

中青年法学文库

上海市重点学科项目

外国法与中国法

——20世纪中国移植外国法反思

何勤华 李秀清 著



中国政法大学出版社

體發展獎補助經費

中青年法学文库

总序

中华民族具有悠久的学术文化传统。在我们的古典文化中，经学、史学、文学等学术领域都曾有过极为灿烂的成就，成为全人类文化遗产的重要组成部分。但是，正如其他任何国家的文化传统一样，中国古典学术文化的发展并不均衡，也有其缺陷。最突出的是，虽然我们有着漫长的成文法传统，但以法律现象为研究对象的法学却迟迟得不到发育、成长。清末以降，随着社会结构的变化、外来文化的影响以及法律学校的设立，法学才作为一门学科而确立其独立的地位。然而，一个世纪以来中国坎坷曲折的历史终于使法律难以走上坦途，经常在模仿域外法学与注释现行法律之间徘徊。到十年文革期间更索性彻底停滞。先天既不足，后天又失调，中国法学真可谓命运多舛、路途艰辛。

70年代末开始，改革开放国策的确立、法律教育的恢复以及法律制度的渐次发展提供了前所未有的良好环境。十多年来，我国的法学研究水准已经有了长足的提高；法律出版物的急剧增多也从一个侧面反映了这样的成绩。不过，至今没有一套由本国学者所撰写的理论法学丛书无疑是一个明显的缺憾。我们认为，法学以及法制的健康发展离不开深层次的理论探索。比起自然科学，法学与生活

II 总序

现实固然有更为紧密的联系，但这并不是说它仅仅是社会生活经验的反光镜，或只是国家实在法的回音壁。法学应当有其超越的一面，它必须在价值层面以及理论分析上给实在法以导引。在建设性的同时，它需要有一种批判的性格。就中国特定的学术背景而言，它还要在外来学说与固有传统之间寻找合理的平衡，追求适度的超越，从而不仅为中国的现代化法制建设提供蓝图，而且对世界范围内重大法律课题作出创造性回应。这是当代中国法学家的使命，而为这种使命的完成而创造条件乃是法律出版者的职责。

“中青年法学文库”正是这样一套以法学理论新著为发表范围的丛书。我们希望文库能够成为高层次理论成果得以稳定而持续成长的一方园地，成为较为集中地展示中国法学界具有原创力学术作品的窗口。我们知道，要使这样的构想化为现实，除了出版社方面的努力外，更重要的是海内外中国法学界的鼎力推动和严谨扎实的工作。“庙廊之才，非一木之枝”；清泉潺潺，端赖源头活水。区区微衷，尚请贤明鉴之。

中国政法大学出版社

序

许多同志提出，在建设现代中国法和法学的过程中，要充分发掘传统中国的本土资源，这话不无道理。但是，当我们仔细审视我们的近现代史时，我们不得不承认，整个20世纪，对于中国法和法学的发展而言，始终处在一个不断学习、借鉴、吸收、消化外国经验的过程之中。当前我国法制中的各项制度、原则和用语，几乎都是从外国移植而来，只是结合了中国国情而已。事实上，外国法已经成为现代中国法的一个不可分离的重要的主体部分了。因此，对这一段历史过程进行系统的梳理和描述，对内中的得失进行反思，并探寻其中的规律性，是一个非常有趣、也是一个具有相当理论价值和学术意义的课题。

经过3年多时间的艰苦劳动，我们终于完成了这一课题。与我们以往的作品不同，本书在如下几个方面作出了新的探索：

注重史实 本书涉及的是20世纪中国移植外国法的整个历程，其中，最为着力的是30年代前后对西方法的引进和50年代以后对苏联法的移植，而在对这两个时期的论述中，我们注重对原始资料的收集和运用，有时，甚至就是各种档案史料的摘录和陈述。我们认为，对20世纪中国移植外国法的反思，只有在深入解读大量第一手的史料的基础上才能比较好地进行，只有让史实本身来说话，才能帮助读者对这一百年中国法的发展有一个比较客观、公正和全面

的了解。

设定专题 20世纪中国法的发展与演变，线索错综复杂，内容丰富多彩，根据我们所掌握的资料，即使写出十卷本的巨著也不算多。为了突出重点，在一本50多万字的著作中，比较清晰和深刻地反映中国移植外国法的主要内容和基本特征，我们采用了在大体完整之体系下分专题研究的模式，即在每一章下，设几个专题，每个专题就是一篇独立的论文，整部书稿，由28篇论文组成。这种以写专题论文的方式来写著作，可以使我们的研究达到较为深刻的层次。

突出反思 本书的主旨是对20世纪中国移植外国法的反思。这一主旨，是针对中国学术界在寻找中国法和法学现代化道路方面的困惑和争论而提出。即自从20世纪初清末修律以来，在构建中国近现代法和法学体系时，到底是以西方法为主，还是以保存弘扬中国传统法律文化为基点，学术界是一直存在着困惑和争论的。即使在一百年之后的今天，中国在移植外国法和法学的基础上初步建立起了近现代法和法学体系的情况下，如上所述，我们对移植外国法的利弊得失还是存有疑虑的。因此，就非常有必要对已经过去的一百年中国移植外国法的实践作出深刻的反思。对此，我们除了专设第六章对移植外国法作出反思之外，还在每篇论文中，适当地作出我们的评论和说明，以使反思能够成为贯穿本书的基本线索。

本书的分工如下：何勤华：导论，第四章，第五章，第六章；李秀清：第一章，第二章，第三章。本书的许多内容，作为前期研究成果，已先后在《中国社会科学》、《中国法学》、《法学研究》、《环球法律评论》、《中外法学》、《法学》、《法学评论》、《现代法学》、《法商研究》、《政法论坛》、《法制与社会发展》、《政治与法律》、《法

序 Ⅲ

律科学》、《犯罪研究》、《法学论丛》、《河南政法管理干部学院学报》等刊物上发表，值此本书出版之际，谨向编辑这些论文的朋友们表示我们诚挚的谢意。

本书是上海市重点学科项目，在完成本书的过程中，我们得到了上海市教委科研处领导的全力支持。本书能够顺利面世，也与中国政法大学出版社总编李传敢、责任编辑张越的辛勤劳动分不开。对此，均表示我们一片真诚的谢意。

本书跨越的岁月比较长，涉及的资料也很繁多，限于我们的学术功力，在处理资料和作出论述方面，肯定会存在一些不周全和不准确的地方，对此，恳请读者诸君予以批评、指正。

3年时间，说长也长，似乎记不得共有多少次的解读资料，认真梳理，苦思冥想，奋指疾输；说短也短，3年前构思框架、编写提纲的情形似乎还在眼前，历历在目，转瞬之间已是3年！真是“逝者如斯夫，不舍昼夜！”

著 者

于上海·华东政法学院

2002年10月1日

目 录

I 总 序
I 序

导 论

- 1 鸦片战争前中国法对外国的影响
12 鸦片战争后外国法对中国的影响

第一章 宪政法律

- 29 清末最后 10 年外国宪政的输入
65 织田万的《清国行政法》与清末行政法
76 “梁启超宪草”与民国初期宪政模式的选择
112 从平政院到行政法院
——民国时期大陆型行政审判制度探究
142 联邦制的理论和实践在近代中国
——北洋军阀时期省宪运动述评
173 50 年代中国移植苏联宪法的实践与理论

第二章 民商法律

- 202 中国近代民商法的嚆矢
——清末移植外国民商法述评

- 237 20 世纪前期民法新潮流与《中华民国民法》
264 民国时期移植外国商事立法论略
275 新中国婚姻法的成长与苏联模式的影响
293 新中国移植苏联民法模式考
330 苏联经济法理论的演变及其对中国的影响
353 当代中国民商立法移植外国法的新动向

第三章 刑事法律

- 364 法律移植与中国刑法的近代化
——以《大清新刑律》为中心
393 《大清违警律》移植外国法评析
404 法的移植与民国时期中国刑法的变迁
428 50—60 年代中国刑事立法移植苏联模式考
457 当代国际刑法新潮流与 1997 年中国刑法

第四章 司法制度

- 471 西法东渐与中国司法的近代化
489 西方模式的选择与中国司法的现代化
512 关于 50 年代中国移植苏联司法制度的反思
546 新时期中国移植西方司法制度的问题分析

第五章 国际法

- 566 《万国公法》与清末国际法
592 略论民国时期中国移植国际法的理论与实践
605 50 年代后中国对苏联国际法的移植

第六章 百年法律移植之反思

- 617 一、关于法律移植语境中几个概念的分析
- 627 二、法律移植是法律发展的规律之一
- 629 三、法律移植是世界法律发展的一个基本历史现象
- 635 四、法律移植与中国法的国际化进程
- 637 五、法律移植与国家主权
- 639 六、法律移植与国家意识形态
- 641 七、法律移植与中国法的“本土资源”
- 644 八、法律移植与立法成本
- 646 九、法律移植与 21 世纪中国法的发展

- 649 附录：主要参考资料索引

导 论

【按语】 中国是古代世界五大法系之一中华法系的发源地，有过光辉灿烂的法律文化。但至近代，中国落后了。在受侵略、被奴役、痛苦屈辱之中，开始了移植外国法律、建设近代法制国家的历程。本导论分为两个专题，着力于对这一历程作一个比较概要的描述。

鸦片战争前中国法对外国的影响

法律，是人类文明的结晶。虽然，各个民族、各个国家、各个地区的法律受其经济、政治、文化的制约而在内容、范围、强制程度上并不相同，但其具有的调整人们之间的关系、规范人们的行为和稳定一定的社会秩序方面的功能是相通的。正因为如此，某一民族、国家或地区的法律从其形成开始，就或多或少地受到其他法律的影响。

在世界法律史上，古巴比伦的法律，曾受到了古埃及法律的影响，古希伯来的法律，受到了古埃及和古巴比伦法律的影响，古希腊的法律受到了古巴比伦法律的影响，古罗马的法律受到了古希腊法的影响，而罗马法又影响了古代欧洲其他各个国家法律的发展。

中国是一个文明古国，早在公元前 3000 年前后就出现了法律。在中国古代法的形成、发展过程中，也同样受到了其他民族法律的影响。同时，中国古代法也不同程度地影响了其他民族、国家、地区法律的形成和发展。受本书主题的限制，本专题主要阐述鸦片战争以前中国古代法对其他国家和地区的影响。

一、中国古代法对西方国家的影响

在中国古代，很早就与西方的国家建立了联系。从商周至战国，我国的丝绸就已经西北各民族之手少量地辗转贩运到中亚、印度等地。汉代，张骞等人出使西域，不仅到达了大月氏、乌孙等国，其副使还远至安息（伊朗）、身毒（印度）等国，从而开辟了一条从中国直达地中海的交通要道，即“丝绸之路”。^{〔1〕}通过“丝绸之路”，中国的使臣虽然因受阻于安息而没有能够直接到达大秦（罗马帝国），但因大秦“与安息、天竺交市于海上”，^{〔2〕}故其接受或承认汉王朝的某些风俗习惯，包括商品交易中的某些法律规范应属自然。

中国法律明显受到西方国家重视和注意，是从中世纪开始的。在马可·波罗（Marco Polo，约 1254 - 1324）关于中国的游记中，就记载了当时中国元朝的婚姻家庭法律制度和刑罚制度：

“男子可以随意娶多少妻子。……妻子的数目这样没有限制，结果是他们的子女比其他任何民族为多。父亲死后，儿子又可以将父亲所遗下的妻子作为自己的妻子，只有生他的亲母是例外。他们不能以自己的姊妹为妻，但他们的兄弟死后，可以嫂子或弟媳为妻。”^{〔3〕}

“他们管理司法的情形大概如下：当一个人犯了盗窃罪，不当处死时，即受一定数目的杖责，如七下，十七下，二十七下，三十七下，四十七下，或一百零七下。随所偷物品的价值和盗窃的情形而异。有许多人死在这种惩罚之下。如果盗了一匹马或其他应处死刑的物品时，盗贼即被判决死罪，用剑将他斩成两段。但他对于所盗的物件如果能够支付九倍价值时，便可免去一切刑

〔1〕 白寿彝、高敏、安作璋主编：《中国通史》第四卷，上海人民出版社 1995 年版，第 403 页。

〔2〕 《后汉书·西域传》。

〔3〕 《马可波罗游记》，李季译，上海亚东图书馆 1936 年印行，第 92 页。马可波罗描写的元朝的这一婚姻家庭制度已为许多史料所证实。如《柏朗嘉宾蒙古行记》（何高济等译，中华书局 1985 年版，第 29 页）中就记载有：蒙古男子“在娶妻纳室方面，每个人都可以拥有他们维持其生活的妻妾数目，某人娶纳一百人、某人五十名、某人十人，多少各有所异。一般来说，他可以与自己所有的女亲戚婚配，唯有生身母亲、亲生女儿或一母同胞的姊妹例外……甚至在其父死后还可以续娶他的遗孀。另外，当长兄去世后，其弟可以续纳其嫂，除非是另一位年轻的同族兄弟坚持续纳之。”

罚。”〔4〕

众所周知,《马可波罗游记》被誉为中世纪西欧的一部权威纪实著作,被译成几乎所有的西方语言,在西方世界有着广泛的影响。因此,通过《马可波罗游记》,中世纪以后的西方人了解古代中国的法律文化,当是正常的事情。〔5〕

进入近代以后,西方学者对中国古代法的论述更多了,在德国学者莱布尼茨(G. W. Leibniz, 1646-1716)和黑格尔(G. W. F. Hegel, 1770-1831)、英国学者亚当·斯密(A. Smith, 1723-1790)、法国学者伏尔泰(F. M. Voltaire, 1694-1778)等人的作品中,都对中国古代法作出了论述(如莱布尼茨于1697年出版了《中国的最新消息》一书,内中收录了6种文献,其中有些内容就涉及了中国古代的法律〔6〕)。只是黑格尔和亚当·斯密的评价要低一点,而伏尔泰的评价要高一些:“中国人最深刻了解、最精心培育、最致力完善的東西是道德和法律。”〔7〕中国的法律能够与道德相结合,帮助人们树立善行:“在别的国家,法律用以治罪。而在中国,其作用更大,用以褒奖善行。”〔8〕

当然,在近代西方学者中,对中国古代法律关注最多,论述最为深刻的是孟德斯鸠(C. S. Montesquieu, 1689-1755)。他在1748年出版的名著《论法的精神》中,对中国的法律作了两方面的论述。

首先,孟德斯鸠从他一贯主张的共和政体、君主政体和专制政体三种政体

〔4〕同上《马可波罗游记》,第96页。马可波罗的这一记载,也与元朝的法律完全吻合。据奇格考证,元代有五种刑罚:笞刑、杖刑、徒刑、流刑、死刑。而前三种刑罚,即是笞七下、十七、二十七、三十七、四十七、五十七。杖六十七、七十七、八十七、九十七、一百零七。徒一年,杖六十七;徒一年半,杖七十七;徒二年,杖八十七;徒二年半,杖九十七;徒三年,杖一百零七。参见奇格:《古代蒙古法制史》,辽宁民族出版社1999年版,第75-76页。

〔5〕关于《马可波罗游记》在西方的影响,可参见常宁文编著:《马可·波罗》,辽海出版社1998年版。

〔6〕这6种文献为:《1692年由一名在北京的葡萄牙传教士约翰·苏亚里奥所写的有关康熙皇帝颁布的宗教圣旨的记述》、《南怀仁神父有关在康熙皇帝关怀下于中国发表的天文学著作的某些片断》、《尊敬的冈明我神父致莱布尼茨的书简》、《尊敬的比利时人安多神父致莱布尼茨的书简》、《对1693、1694和1695年莫斯科赴北京使团的简单报告》、《张诚神父于1689年9月2日-3日赴俄国尼布楚城日记摘要》。莱布尼茨并为此书写了长达28页的序。参见〔法〕安田朴(Rene Etiemble, 1909-):《中国文化西传欧洲史》,耿昇译,商务印书馆2000年版,第382-384页。

〔7〕〔法〕伏尔泰:《风俗论》上册,梁守端译,商务印书馆1995年版,第216页。

〔8〕同上伏尔泰书,第217页。

4 导 论

的理论出发,认为中国是由专制君主治理的大帝国,是一个“强大的专制国家”,“它的原则是恐怖。”〔9〕孟德斯鸠特别以关于“大逆罪”、“子罪父坐”和对妇女的奴役等为例说明这一点。他还以中国的法律制度为例子,详细论证了他的近代平等的、人道的、进步的刑罚观。比如,孟德斯鸠通过对中国关于“大逆罪”的规定的批判,提出了“法律的责任只是惩罚外部行为”的理论:“如果不谨慎的言词可以作为犯大逆罪的理由的话,则人们便可武断地任意判处大逆罪了。语言可以作出许多不同的解释。不慎和恶意二者之间存在着极大的区别。而二者所用的词句则区别极小。因此,法律几乎不可能因言语而处人以死刑。”〔10〕“人们处罚的不是言语,而是所犯的行为,在这种行为里人们使用了这些言语。言语只有在准备犯罪行为、伴随犯罪行为或追从犯罪行为时,才构成犯罪。”〔11〕

其次,孟德斯鸠也对中国古代法中的一些规定作了肯定,如他认为,中国法律关心“预防犯罪,多于惩罚犯罪,注意激励良好的风俗,多于施用刑罚。”〔12〕他特别举出抢劫的例子:“在中国,抢劫又杀人的处凌迟,对其他抢劫就不这样。因为有这个区别,所以在中国抢劫的人不常杀人。”〔13〕再如,孟德斯鸠认为,在中国,法律、风俗和礼仪往往混合在一起,而“这是养成宽仁温厚、维持人民内部和平和良好的秩序,以及消灭由暴戾性情所发生的一切邪恶的极其适当的方法。”〔14〕孟德斯鸠指出:“刑罚可以防止一般邪恶的许多后果,但是刑罚不能铲除邪恶本身。”〔15〕

〔9〕〔法〕孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆1982年版,下册,第172页;上册,第129页。

〔10〕同上孟德斯鸠书,上册,第197页。

〔11〕同上孟德斯鸠书,上册,第198页。孟德斯鸠曾在《〈论法的精神〉的档案》一书中,就中国的专制政体,补充了如下文字:“中国是一种混合政体,它在很大程度上由于皇帝的无限权力而酷似专制主义。中国通过对政府的限制以及以父母和孝道为基础的某种道德也多少具有一点共和的特征,中国是由于一些严厉的法律和对于敢于冒险直谏的坚定行为的崇拜而又是一个君主国。这三种非常温和的事态和出自气候自然现象的形势使它延续下来了。如果该帝国的崇高伟大使之变成了一个专制政府,那么这可能是所有政府中的最佳者。”参见〔法〕安田朴(Rene Etiemble, 1909-):《中国文化西传欧洲史》,耿昇译,商务印书馆2000年版,第494页。

〔12〕同上孟德斯鸠书,上册,第83页。

〔13〕同上孟德斯鸠书,上册,第92页。

〔14〕同上孟德斯鸠书,上册,第312页。

〔15〕同上孟德斯鸠书,上册,第313页。关于孟德斯鸠对中国古代法律评述的归纳总结,详细可参见史彤彪:《中国法律文化对西方的影响》,河北人民出版社1999年版,第28页以下。

当然,由于地理环境、风俗传统、政治经济文化条件等多种原因,中国古代法对西方的影响主要限于学术界,对西方法律的制度层面以及民众的法律生活等方面,中国古代法并无大的影响。在立法、司法以及法律研究等方面受到中国古代法律比较大影响的,主要是中国周边地区的一些东方国家。

二、中国古代法对东方国家的影响

(一) 对越南的影响

越南,在中国古代称“安南”,因其自秦至唐曾是中国版图的一部分,故从很早起就受到中原汉族法律文化的影响。日本学者牧野巽认为:“安南于秦、汉时即接受中国文化,迨后汉马援之远征,遂完全成为中国之领土,直至唐末犹然,故此时代安南所行之法律,恐即以唐之律令为主也。”^[16]杨鸿烈也指出:“唐末之后直至明末清初,有黎一朝之法典仍以唐律令为主也。”^[17]

当然,上述牧野巽和杨鸿烈只是指出了在法律方面安南受唐律影响的线索。具体而言,黎利于1418年起兵,经10年奋斗,击退了明军,于1428年建立了黎王朝,虽此时中国已经进入明王朝统治时期,但黎王朝建制立法时并未完全模仿《大明律》,而是以唐律为主,参酌宋、元、明三朝的法律。主要表现在三个方面:

第一,在法典结构方面,黎朝的法典,其结构分为:名例、警卫、军政、户婚、田产、盗贼、奸淫、殴讼、诈伪、违制、杂犯、捕亡、断狱、勘讼事例,共十四篇。比唐律略有增损,但基本上仿自唐律。^[18]

第二,在刑罚体系上,黎朝的刑罚也采用“五刑制”的体例,即

笞刑五:一十、二十、三十、四十、五十;

杖刑五:六十、七十、八十、九十、一百;

徒刑三:役丁(役妇),象坊兵(炊食妇),植田兵(春室妇);

流刑三:近州,外州,远州;

死刑三:绞,斩梟,凌迟。

这里,除了徒刑大不同于唐律、死刑中增加了“梟”和“凌迟”之外,基本上是仿自唐律的刑罚体系。

[16] 牧野巽:《安南黎朝刑律中之家族制度》,载《日佛(法国)文化杂志》新第6期,引自杨鸿烈著:《中国法律在东亚诸国之影响》,台湾商务印书馆1971年版,第492页。

[17] 前引杨鸿烈:《中国法律在东亚诸国之影响》,第493页。

[18] 前引杨鸿烈书,第503页。

第三,在刑法原则方面,《唐律疏议》的“十恶”加重原则、宗法伦理原则、“八议”之优惠官僚贵族原则、老幼疾等减免原则、比附类推原则、化外人犯罪处罚特殊标准原则、共犯以造意为首以随从减一等原则、数罪并罚原则和自首减免原则等,在黎朝的法律中也完全得到体现。

(二) 对朝鲜的影响

朝鲜很早就受中国法律文化的影响,据班固的《汉书·地理志下》称:“殷道虚,箕子去之朝鲜,教其民以礼义,田蚕织作,乐浪朝鲜民犯禁八条:相杀,以当时偿杀;相伤,以谷偿;相盗者,男没人为其家奴,女子为婢,欲自赎者,人五十万。虽免为民,俗犹羞之。嫁娶无所饘,^[19]是以其民终不相盗,无门户之闭,妇人贞信不淫辟。”而到隋唐,朝鲜受中国法的影响进一步加深。《三国史记·新罗本纪》记载:“景德王十七年置律令博士二员。”^[20]由此可以看出,当时朝鲜受中国法律的影响当在情理之中。

从王建建立高丽王朝(918年)起,朝鲜所留传下来的法制文献开始变得丰富。从该时代朝鲜的法典、法院编制、诉讼程序、刑法、民法等规定中,我们可以了解一些当时立法和司法方面接受的中国的影。如《增补文献备考》引洪汝河所撰《刑法志》曰:“高丽刑法所遵用者,李唐焉”。郑麟趾等撰《高丽史·刑法志》也称:“……高丽一代之制,大抵皆仿乎唐,至于刑法亦采唐律,参酌时宜而用之。”^[21]

此外,朝鲜在法学世界观、法典结构体系、刑罚体系、法律教育和法律研究等方面,也受到了唐律的影响。^[22]

明清以后,朝鲜接受中国古代法律文化的影响进一步扩大。

首先,明清时期的法典,对朝鲜产生了巨大的影响。一方面,朝鲜于世祖七年(1461年)完成颁行、成宗十六年(1485年)修改颁布正式施行的《经国大典》,英宗二十二年(1746年)刊行的《续大典》,正宗(正祖)九年(1785年)刊行的《大典通编》等,都是在中国大明律例的模式下制定的。另一方面,在《经国大典》的“刑典”中,也明文规定准“用大明律”。^[23]

其次,李朝编纂的法典,已经吸收了明清律注释学的技术和经验,如在法

[19] 颜师古注曰:“饘,匹也。一曰,饘读曰售。”

[20] 前引杨鸿烈书,第42页。

[21] 转引自前引杨鸿烈书第48页。

[22] 何勤华:《中国法学史》第一卷,法律出版社2000年版,第420页。

[23] 朝鲜总督府中枢院调查课编:《李朝法典考》,朝鲜印刷株式会社1936年版,第68页。

典的行文中用小字对律文进行注解等。

再次，将中国明律注释书改头换面一下，在朝鲜正式出版，作为官吏和民众学习、执行的依据。这方面的作品有朝鲜人金祗等撰《大明律直解》和在此书基础上编写的《大明律讲解》等。

第四，强调臣民必须讲读律例，并将中国明清律例作为国家律官考试的正式科目。^[24]

第五，受明清律学的影响，朝鲜于18世纪80年代前后还推出了自己编的律学著作《百宪撮要》。该书基本上是一部法典提要注释书性质的作品，具有法律效力。^[25]

第六，接受明清法医学的深刻影响。早在李朝太祖李成桂灭高丽建国号为朝鲜（1392年）之初，便引入了王与的《无冤录》。世宗正统三年（1438年）完成并于1440年刊印的《新注无冤录》，也是以《无冤录》为底本加以音注而成，它在朝鲜一直施行了三百余年。随后，朝鲜又于正祖（正宗）十六年（1792年）和正祖二十年（1796年）分别出版了《增修无冤录谚解》（朝鲜文）和《增修无冤录》（汉文），内容均以《新注无冤录》为主，同时吸收了清代刊行的《律例馆校正洗冤录》的成果。

（三）对日本的影响

日本是中国一衣带水的邻邦，在古代，它接受中国法律文化的影响比任何国家都要更深一些。

1. 中国古代法学世界观对日本的影响。中国古代法的理论基础，是以儒学为核心的封建正统的法学世界观。随着隋唐时期中国古代法向日本的传播，儒家的法学世界观也开始影响日本。

6世纪末，女帝推古天皇的摄政圣德太子（574-622）为了解决国内的各种矛盾，开始不满足于经由朝鲜学习中国政治和法律制度的现状，试图直接从中国移植政制和法制，以支持其正在进行的“推古朝改革”。从600年起，圣德太子直接向中国派遣了一批批使节和留学生（僧）。这些“遣隋使”，有的访问中国后马上回国，带回了各种典籍和经验；有的则留在中国继续学习。通过“遣隋使”，中国的法律文化直接地、源源不断地流入日本，从而对日本统治阶级的政治、法律和文化生活发生了巨大的影响。其表现就是公元603年公布的

《冠位十二阶法》和604年颁布的《宪法十七条》。

《冠位十二阶法》是将冠分为德、仁、礼、信、义、智六种颜色，分别表示六个等级，各个等级又分成大、小两种，共十二阶，授予公卿以下的政府官员。^[26]

虽然能获得这种冠位的仅限于少数奴隶主，但它开始改变了官职爵位以氏族身份制为基础授予的旧体制，使得有才干的中小奴隶主也有了在政治上出头的希望。

《宪法十七条》实际上是向各级官吏提出的政治、法律、道德原则，以约束他们的行为。其中，“以和为贵”（第1条），“治民之本、要在乎礼”（第4条），“无忠于君、无仁于民，是大乱之本也”（第6条），“国非二君、民无两主、率土兆民、以王为主、所任官司、皆是王臣”（第12条）等，阐述的就是强化天皇的地位，加强中央集权的统治机构的思想。^[27]无论是《冠位十二阶法》，还是《宪法十七条》，其贯彻的基本思想，都是儒家学说。

在645年“大化革新”之后，以中大兄皇子（625-671，即后来的天智天皇）和中臣镰足（614-669）等为首的奴隶主革新集团主持了政权，他们任命中臣镰足为内大臣，从中国留学回来的高向玄理等国博士，开始了大刀阔斧的改革。如废止原来属于奴隶主贵族私有的田庄和部民；由国家向奴隶主发给封地、封户，以代替原来的私地、私民；在中央设立京师、畿内制度，在地方设立国、郡（评）、里等组织，由中央统一任命调动，建立一个中央集权的国家组织，代替原来的奴隶主联合政权；实施班田收授法，以保证公民的负担能力，确立国家的经济基础，等等。^[28]

这些改革措施和成果，最终为668年天智天皇制定的《近江令》、689年持统天皇时颁布的《净御原律令》以及701年（大宝元年）制定的《大宝律令》等认可而得以巩固，从而在日本形成了律令制国家。这种律令制，以天皇为中心，以中央集权为形式，以中国的唐律为法制基础，以全国居民的等级制、班田收授法为统治基础，而其背后体现的统治思想，则是儒家的学说。

公元10世纪前后，律令制国家开始崩溃。1192年，源赖朝（1147-1199）在镰仓建立了幕府政权。1232年，幕府制定了基本法典《御成败式目》。该法

[24] 贾静涛：《中国古代法医学史》，群众出版社1984年版，第207页。

[25] 何勤华：《中国法史学》第二卷，法律出版社2000年版，第415页。

[26] [日]石井良助：《体系日本史丛书·法制史》，山川出版社1964年版，第37页。

[27] [日]五十嵐佑宏：《宪法十七条序说》附录，藤井书店1943年版。

[28] 汪向荣：《古代的中国与日本》，三联书店1989年版，第186页。

典针对武家(士)社会的实际状况而发,许多内容和儒学并不一样,如“可修造寺塔勤行佛事等”(第2条)、“诸国守护人奉行事”(第3条)等。尤其是在该式目中,出现了“权利”的意识,这在儒家的学说中是不存在的。^[29]但即使是这样,该式目仍然保留了相当多的儒学的影响,如“忠孝”、“亲亲相隐”等。同时,即使在镰仓幕府,以及后来的室町幕府(1336-1603)和德川幕府(1603-1868)期间,在《大宝律令》基础上修订的《养老律令》,在形式上仍然是日本社会的基本法典。因此,即使在长达七百余年的日本封建社会中,中国古代法学世界观仍保留着相当的影响。^[30]

2. 中国古代法典和法学对日本的影响。首先,古代日本在采纳隋唐法典如《永徽律》的基础上,制定了自己的基本法典《大宝律》和《养老律》。这两部法典对中国的法律虽有一些变动,如将《永徽律》的十二篇改为十卷十三篇,将唐律中的“十恶”改为“八虐”,将“八议”改为“六议”等之外,其他内容尤其是篇目结构几乎完全相同。^[31]

其次,日本基本上采用了中国古代法律的形式,如中国有律,日本也制定了《大宝律》和《养老律》;中国有令,日本也有《大宝令》和《养老令》;中国有格和式,日本也有《弘仁格》和《弘仁式》等。

再次,日本比较系统地采用了中国古代的法注释学方法。比如,日本古代最系统的私人法律注释书《令集解》在注释《大宝令》中的一些专业名词如“悖礼”、“乱常”、“令”、“格”、“式”等时,就袭用了《唐律疏议》的解释方法。^[32]

最后,日本古代出现了大量接受中国古代法影响的注释作品和注释学者。据日本学者利光三津夫的考证,仅奈良和平安时代(710-1086)在中国古代法学影响下写作的日本律注释书,就有《律集解》(30卷,惟宗直本撰)、《律疏》(30卷,作者不详)、《律附释》(10卷,作者不详)等15部。^[33]与此同

[29] [日]池内义贤编:《中世法制史料集·别卷·御成敗式目注释书集要》,岩波书店1978年版,第2页。

[30] 关于中国古代法学世界观对日本古代法的影响,详情请见何勤华:《试论中国儒学对古代日本法的影响》,载《齐鲁学刊》1996年第3期。

[31] 参见《日本历史大辞典》,吉川弘文馆1994年版,第九卷,“养老律令”条(作者:吉村茂树)。

[32] [日]利光三津夫:《律的研究》,明治书院1961年版,第9页;[日]三浦周行、泷川政次郎:《令集解释义》,国书刊行会1982年版,正文第2页。

[33] 前揭利光三津夫:《律的研究》,第210-233页。

时,接受中国古代法学影响、专心致志于日本古代律令研究并以此为业的律学博士(也称“明法博士”、“明法家”)也成批涌现。^[34]据日本学者的考证,从奈良时代至德川幕府时期,光大的律学博士世家,就有惟宗氏、赞岐氏、坂上氏、中原氏等数十家,其著名者有大和长冈、兴原敏久、额田今足、惟宗直本等上百人。^[35]

进入德川幕府时期(1603-1868),日本又进一步全方位地吸收了中国的法律文化。

第一,明清时期的律、例、令、会典等法律形式,如大明律、大明令、问刑条例、明会典、大清律例,以及明清律例的注释书等传入日本,被当时统治阶级以及士大夫作为立法、司法和法律注释时的范本。^[36]

第二,在中国明清律例的影响下,日本发展并巩固了幕藩法律体系。比如,日本近世幕府法的核心《公事方御定书》,就是在中国大明律的示范之下制定的。该御定书分为上、下两卷,上卷系各种法令的汇编,共81条;下卷则仿照大明律的体例,对刑法和刑事诉讼法的内容作了规定。当时日本全国的藩法体系,也是在中国律例的影响下形成的。日本学者曾将这种藩法分为4种类型:(1)参照幕府法《公事方御定书》制定的“御定书系统”;(2)直接参照大明律例制定的“明律系统”;(3)折衷御定书和大明律而形成的“折衷系统”;(4)各藩自己独立制定的系统。^[37]而在这4种系统中,前3种都直接受到了中国大明律例的巨大影响。

第三,出现了日本学者自己翻译或编纂的大明律例注释书。这种注释书,重要者有《明律国字解》、《明律译》、《大明律例谚解》、《大明律例详解》等,这种律例注释书,成为当时日本立法、司法时的重要参考资料。

第四,经由朝鲜,中国古代法医学也传入了日本。明和五年(1768年),日本出版了日文版的《无冤录述》(二卷)。此外,明清时期中国版的《宋元检验三录》中的《平冤录》、《福惠全书》等法医学著作,也被日本司法界翻译(或训译)成日文,成为司法检验官吏的重要参考书目。

[34] 日本于728年(神龟五年)设律学博士,至8世纪后半叶改称“明法博士”,其职责除在大学寮教育指导明法生之外,还从事法律顾问、司法诉讼和著书立说活动。

[35] [日]布施弥平治:《明法道的研究》,新生社1966年版,第168-301页。

[36] [日]大庭修:《江戸时代吸收中国文化的研究》,同朋舍1984年版,第211页,第217页。

[37] [日]高盐博:《日本律的基础研究》,汲古书院1987年版,第425页。

三、中华法系的形成

由于上述中国古代法对东南亚各国的影响,因而以中国法为基础,在中国、日本、朝鲜、越南、马来西亚等若干个国家中形成了一个法律体系——中华法系。它以小农经济为基础,以家族关系为纽带,以维护君主的专制统治为价值取向,以巩固“君君、臣臣、父父、子子”的尊卑等级制度和追求无讼和谐的自然秩序为基本目标,以伦理道德和酷刑惩罚为治理国家的主要手段,民刑不分,诸法合体,强调臣民的义务,忽视百姓的权利,等等。

中华法系的形成,使得东南亚国家在近代西方资产阶级法律东渐以前,形成了一个独立的、强大的和稳固的法律世界。这个法律世界的形成,是当时中国人对外部世界的贡献,与当时的世界秩序是相适应的,因为当时中国的经济、政治、文化、法律在东方乃至世界都是最发达的。18世纪末,中国的经济总量占世界第一位,中国的人口占世界三分之一,中国的外贸长期顺差,当时世界上50万人以上的大城市有10个,中国占了6个,^[38]中国的政治法律制度,也成为东南亚各国仿效的楷模。然而,由于这个法律世界是建立在小农经济之上,受君主专制制度的长期浸淫,为家族血缘关系和伦理道德思想所束缚,因而是保守的,封闭的,它与中国当时的经济、政治、文化一样,只是一种“落日的辉煌”。随着鸦片战争一声炮响,近代西方强大的、先进的、开放的法律思想和制度的东渐,上述法律世界即中华法系顷刻土崩瓦解,中国法对外国法的影响也迅速停步、消失,跟着而来的就是一百多年持续不断的外国法对中国的影响和冲击。

鸦片战争后外国法对中国的影响

1840年的鸦片战争,不仅将近代西方的经济、政治、文化和军事等各项制度带了进来,也为摧毁中华法系、引入西方先进的法律开辟了道路,中国从此进入了一个移植外国法的历史时期。从鸦片战争至20世纪末这大约160年时间内,就中国移植外国法而言,大概分为6个阶段。虽然国内学术界对此6个阶段中的某一时期(如清末修律等)移植外国法的活动有所论述,但就整个160年移植外国法的历史尚未作出过比较系统的梳理。为此,笔者根据掌握的资料,对此6个阶段试作一番概览性质的描述,以求教于学界同仁。

从19世纪40年代的第一次鸦片战争至60年代开始的洋务运动,是中国移植外国法的第一个阶段。该阶段中国虽然在军事上已经被西方列强所打败,在经济上受到帝国主义的剥削和掠夺,在国家主权方面包括政治上受帝国主义的压迫和制约,在法律上受到领事裁判权的束缚,但在内部的政治体制和法律制度上,仍然我行我素,摆出一副千年帝国的架子,不愿意搞任何改革。

当然,受当时国际国内形势的冲击,中国的法律界已经有人奋起,提出了许多学习西方先进国家的法律制度的主张,这方面的杰出人物有林则徐、魏源等。

林则徐(1785-1850),中国近代最早提出了解西方、向西方学习的政治家之一。1838年12月,林则徐被任命为钦差大臣,去广州查禁鸦片。1840年1月,林则徐又被任命为两广总督,负责抵抗英军人侵事宜。在此过程中,林则徐为了了解英国,知己知彼,组织了对外国报纸和书籍的翻译,出版有《四洲志》、《华事夷言》和《各国律例》等作品。其中,《各国律例》虽然只是翻译了瑞士国际法学者瓦特尔(E. De Vattel, 1714-1767)著《国际法》的片断,但对后来美国传教士丁韪良(William. M., 1827-1916)翻译《万国公法》

[38] 《学习时报》编辑部编:《落日的辉煌——17、18世纪全球变局中的“康乾盛世”》,中共中央党校出版社2001年版,第3-7页。

的工作影响很大,可以说开启了中国系统翻译、引进外国法律的先河。^[1]

魏源(1794-1857),中国近代启蒙思想家之一。在1842年12月完成的《海国图志》中,魏源明确提出了“以夷攻夷”、“以夷款夷”和“师夷长技以制夷”的口号。为了实现这一口号,在政治法律制度方面,魏源盛赞并主张学习西方先进的民主政治和法律制度。

比如,对英国,魏源指出:该国“设有大事会议(议院),各抒己见。其国中尊贵者曰五爵,如中国之公侯伯子男,为会议之主,且城邑居民各选忠义之士一二,赴京会议。国主若欲征税纳饷,则必绅士(议员)允从,倘绅士不允,即不得令国民纳钱粮。……如有按时变通之事,则庶民择其要者,敬禀五爵乡绅之会,大众可则可之,大众否则否之。”^[2]

对美国,魏源指出,该国“立一国之首曰统领”,其位“以四年为限”。“凡公选、公举之权,不由上而由下”。“国人以律例为重,不徒以统领为尊”。“所有条例,统领必先自遵行,如例所禁,统领亦断不敢犯之。无异于庶民,而后能为庶民所服”。^[3]

林则徐和魏源称赞并主张学习西方先进政治与法律思想和活动,虽然没有能从大的方面改变最高统治者对内对外的法律政策,但为下一阶段的洋务运动以及相应的法律改革做出了贡献。

二

从洋务运动到1898年“戊戌变法”,是移植外国法的第二个阶段。该阶段,随着第二次鸦片战争和太平天国起义的打击,清政府不得不开始适度向西方学习,在经济制度、政治体制和法律运作方面进行改革,从而出现了学习、移植西方先进技术和接受西方先进制度的洋务运动。

“洋务”一词,最早见之于道光十九年(1839年)二月初九日的《林则徐日记》。林则徐在该日的日记中称:“往制军(邓廷桢)处,与抚军、司道会议

洋务”。同年六月清王朝江南道监察御史骆秉章的奏折也使用了“洋务”一词。^[4]当时主要是指处理与洋人有关的事情,常常与“夷务”一词交替使用。至60年代以后,“洋务”的内涵逐渐扩大,演变成为“制洋器”,“采西学”,学习西方军用民用工业技术和声光化电等学问,以及讨论借鉴西方的经济、政治和法律制度等的运动。该运动的代表人物也扩展至统治阶级中最有权势的人物,如皇亲贵族中的奕訢、文祥,地方诸侯中的曾国藩、李鸿章、左宗棠、刘坤一、沈葆楨、丁日昌、刘铭传、张之洞,以及知识界的王韬、薛福成、马建忠、容闳、郑观应等,而曾国藩、李鸿章、左宗棠和张之洞则是其中的核心人物。

如曾国藩在总结1854年2月和4月两次与太平军作战获胜的经验时就说:“湘岳两次大胜,实赖洋炮之力。”正是在曾国藩的努力下,1861年中国创建了第一所新式军火工厂——安庆内军械所。

李鸿章对洋务要更加热心一些。他曾多次上奏或致函总理衙门,反复陈述中国必须学习西方,建立强大的海军,以增强中国的国力。为此,他还亲自确定了制定海军章程所遵循的“拟参酌中西,画一规制”的指导思想,在章程中,“大半采用英章,其力量未到之处,或参仿德国初式,或仍遵中国旧例。”海军章程的制定,使中国海军的建制、内部管理和运作机制有章可循,是北洋海军建立的标志。^[5]李鸿章还认识到,光有军事法制的建设不够,还必须要有全方位的引进西法的措施。为此,他提出了“外须和戎,内须变法”的纲领性思想,强调现在世界各国“一变再变而蒸蒸日上,独中土以守法为兢兢,即败亡灭绝而不悔。”中国“若守旧不变,日以削弱,和一国又增一敌矣”。^[6]

与李鸿章致力于北方海军建设相呼应,左宗棠也在南方创立了中国近代第一个大型的新式造船厂——马尾船政局,以防御海疆,抵抗外国侵略。在设立马尾船政局时,左宗棠还筹办学堂,培养人才,并制定了《船政事宜十条》和《艺局章程》这两个规章。前者对船政局的组织机构、人才培养目标、职能和外籍专家的待遇等作了规定;后者即《艺局章程》,对入局学艺子弟从学习、

[1] 关于丁韪良翻译《万国公法》的过程及其意义等,详细请参见本书第五章中“《万国公法》与清末国际法”专题。《万国公法》的最新点校本已由中国政法大学出版社于2003年出版(何勤华点校)。

[2] 魏源:《海国图志》“英吉利广述上”,李巨澜评注,中州古籍出版社1999年版。

[3] 同上《海国图志》“弥利坚即美里哥国总记”。

[4] 陈鹏生主编:《中国法律思想通史》近代卷,山西人民出版社1996年版,第46页。

[5] 李青:《综论洋务派的法律思想与实践》(博士论文),中国政法大学2001年4月打印稿,第21页。

[6] 《李文忠公全集·朋僚函稿》,光绪三十一年刻本,卷十九,“复王壬秋山长”(光绪六年十二月二十二日)。

休假,到饭食、医疗以及考试的要求等,也都作了规定。^[7]这两个规章,可以说是中国最早引入西方军法而制定的法律文件。

在洋务派中,对采用西方法律最积极的是张之洞。他与两江总督刘坤一一起,曾上奏了仿行西方进行变法的《江楚会奏变法三折》,该折上奏的时间虽在“戊戌变法”之后,但其思想早在几年前就已形成。其中第三折明确指出,应采纳西方4种主要法律,即《矿律》、《路律》、《商律》和《中外交涉刑律》。张之洞认为,为了较好地引进上述法律,应由总理事务衙门,电致各国驻使,访求各国著名律师,每大国一名,来华充当该衙门编纂律法教习,博采各国矿务律铁路律商务律刑律诸书,为中国编纂简明矿律路律商律交涉律若干条,分别纲目,颁行天下,一体遵守。张之洞指出,在制定四律的同时,应在总理衙门内,设立相关的法律学堂,翻译外国法律书籍,培养执法人才。^[8]

虽然,洋务派的学习、借鉴西方政治和法律制度的活动是不彻底的,其目的与动机也是为了维持大清王朝的统治地位。这一点从张之洞等所强调的“中学为体,西学为用”的口号中可以充分看出。同时,洋务运动的内容主要局限于引入西方的军用民用工业技术层面,而这一点最后也未能取得成功,1894年“甲午海战”的惨败,标志着这一目标的彻底失败。但是,洋务派的活动并不是没有意义的,尤其是他们选送留学生出国,设立同文馆、江南制造局,大量翻译外国法律著作(如《万国公法》、《公法千章》、《公法便览》等)和法典(如《法国律例》、《新加坡刑律》等)的工作,以及与洋务运动相呼应,思想界的启蒙运动如冯桂芬、王韬、郑观应等人宣传西方、进行变法的思想的传播,都为“戊戌变法”和清末修律提供了许多经验和创造了一定的条件。^[9]

三

“戊戌变法”期间,中国掀起了移植西方法律的第三次高潮。甲午战争的惨败,在中国的士大夫中间进一步形成了一种亡国亡种的危机感。为了拯救中华民族,为了富国强兵,从早期维新派中分化出了以康有为、梁启超为首的激进的维新变法派。他们最早以私塾长兴学会为根据地,宣传西学,宣传改革,

[7] 《左文襄公全集·奏稿卷二十》,光绪十六年刻本,第64-66页。

[8] 陈鹏生主编:《中国法律思想通史》近代卷,山西人民出版社1996年版,第63页。

[9] 关于洋务派的法律改革活动及其思想,详细请参见前引李育:《综论洋务派的法律思想与实践》。

并利用上北京参加会试的机会,宣传自己的变法主张,创立学会(强学会等),开办报纸(《强学报》、《中外公报》、《时务报》等)。此后,维新派以湖南时务学堂为基地,启发民智,宣传变法。在此前后,由于严复的《天演论》,黄遵宪的《日本国志》,谭嗣同的《仁学》的相继问世,在全国造成了一个学习西方先进思想和制度,追求民族自强,建立平等自由的大同社会的运动。

1898年6月,以光绪皇帝发布上谕,宣布变法,召见康有为为契机,维新运动进入了高潮。从6月11日至9月21日这一百天中,光绪皇帝连续发布了一百多道上谕,从各个方面进行变法,其中大部分内容都涉及学习借鉴西方的思想与制度方面,如设立近代政府管理机构(如农工商总局、矿务铁路总局等),创建现代化的军队(如训练现代化的陆军等),建立西洋式的学校(如设立京师大学堂等),废除封建的科举制度,实行近代学制等。虽然,康有为等人提出的更为激进的建议如颁布宪法、建立国会、实行君民共治等,在上谕中未及涉及,但光绪已经宣布将准备讨论对政治制度进行根本改革。^[10]因此,“戊戌变法”期间引进西方政治和法律制度的活动,无论在规模和程度上都要远远超过以前两个阶段。当然,由于慈禧太后等保守力量的反扑,“戊戌变法”最后失败了,但其却为下一阶段的仿行西法修订法律的实践积累了经验。

四

从1901年清政府宣布法律改革至1911年辛亥革命中国的修律活动,构成了中国移植外国法的第四个阶段。

1901年1月,因八国联军入侵而流亡在西安的慈禧太后,在万般无奈的情势下,不得不下诏“参酌中西政要”进行立法变革,并要求下属广献变法良策。1902年2月2日,清廷再次下诏,要求仿造西法,加快矿律、路律、商律等的制定工作。在此诏令的鼓舞下,同年2月23日,袁世凯、刘坤一、张之洞连衔保举沈家本出任修律大臣。4月6日,慈禧批准了此奏折,同意著派沈家本、伍廷芳“参酌各国法律”,进行修律活动。

在沈家本等人的努力下,该时期(1902-1911)清政府修订法律馆(1904年由刑部律例馆改制而成)共翻译外国著名法典与法学著作如德意志《刑法》、

[10] [美]费正清、刘广京编:《剑桥中国晚清史(1800-1911)》(下卷),中国社会科学院历史研究所编译室译,中国社会科学出版社1985年版,第380页。

日本《现行刑法》、《日本民事诉讼法注解》、《刑事诉讼法》、《裁判所构成法》、法兰西刑法、俄罗斯刑法、英国国籍法、美国国籍法、意大利民法(节录)、奥国法院编制法约90种,^[11]制定或修订了《大清新刑律》、《大清民律草案》、《大清刑事诉律草案》、《大清民事诉律草案》、大清《法院编制法》等10多部主要法典和法典草案。与此同时,清政府还聘请了冈田朝太郎、松冈义正、志田钾太郎、小河滋次郎等日本法学专家,帮助中国制定近代法典。

与前三个阶段相比,该阶段清王朝在移植西方法律方面有了实质性的进展;其表现一是翻译西方法典和法学著作的数量为中国历史之最;二是仿造西方先进国家,在各个大的法域都制定了法典,并在制定或修订的法典及法典草案中全面引入了各项西方法的制度和原则,包括大量的概念术语,如公司、保险、破产、陪审员、律师、检察官、自由心证、审判公开、妨害选举罪等;三是移植外国法的面也特别宽,不仅仅局限于英美等国,而是涉及德国、俄国、日本、法国、荷兰、意大利、比利时、瑞士、芬兰、奥地利、葡萄牙、罗马尼亚、新加坡等众多国家;四是西方的法治传统开始浸入中国法学界,政党制、代议制、总统制、联邦制、三权分立、地方自治、私权平等、契约自由、罪刑法定、无罪推定、审判公开等各种观念开始在中国知识界获得传播。^[12]

在该阶段中国移植外国法的过程中,为了启发民智,培养法律人才,中国政府还创办了一批法律学术团体如北京法学会等,创办了一批法律刊物如《法学会杂志》等,建立了一批法律教育机构如京师法律学堂等,从外国聘请了一批法学专家来华帮助中国政府立法、讲授法律知识、培养法律人才。所有这些,既是中国近代移植外国法的成果,又进一步推动了移植外国法运动的深入和发展。^[13]

五

中华民国时期(1912年1月至1949年10月)是中国移植外国法的第五个阶段,该阶段具体又可以分为三个时期。

1. 中华民国南京临时政府时期(1912年1月至1912年3月)。1911年辛

亥革命的胜利,导致了1912年1月中华民国南京临时政府的成立,孙中山出任临时政府大总统,开始了大刀阔斧的立法改革。从在此前后制定公布的《中华民国临时政府组织大纲》(1911年12月3日)、《中华民国参议院法》(1912年4月1日)和《中华民国临时约法》(1912年3月9日)等基本法典,以及《普通教育暂行办法》(1912年2月1日)、《中国银行则例》(1912年1月24日)和在农、林、工、矿、贸易等各个领域方面的法规来看,南京临时政府存在时间虽然不长,但在移植西方法律方面做了不少工作。

尤其是在中国宪政体制方面,南京临时政府更是将美国的先进制度大量地移植了进来,如共和制、总统制、代议制、三权分立、主权在民、基本人权、保护私有财产等。对于这一点,孙中山早在“辛亥革命”刚刚取得胜利的1911年11月发表的《在巴黎的谈话》中就已经讲得很明确:“中国革命之目的,系欲建立共和政府,效法美国,除此之外,无论何项政体皆不宜于中国。因中国省份过多,人种复杂之故。美国共和政体甚合中国之用,得达此目的,则振兴商务,改良经济,发掘天然矿产,则发达无穷。”^[14]

2. 中华民国北洋政府时期(1912年3月至1927年4月)。南京临时政府执政时间不长,其政权即被以袁世凯为首的北洋军阀所篡夺,南京临时政府制定的许多进步的法律,以及包含在里面的不少西方法律制度和原则,也被否弃。但是,受当时国际国内形势的左右,出于巩固自己统治的需要,北洋政府也制定颁布了一些法律,并在此过程中移植了一些西方的法律制度和原则。

比如,在宪政方面,北洋政权的国会两院选举产生的宪法起草委员会于1913年10月31日完成了《中华民国宪法草案》(即《天坛宪草》),该草案虽然因袁世凯的破坏而没有能够正式颁布实施,但宪草本身依据西方法治原则所确立的权力分立、相互制约的民主政治原则以及某些具体制度,却为后来中国的宪政建设提供了有益的参考。1923年10月10日,在“辛亥革命”12周年之际,经北洋政权的国会的同意,《中华民国宪法》得以正式公布。该宪法虽带有“贿赂”色彩(曹锟为当总统,用金钱贿赂部分议员而使国会达到了法定人数),但其内容本身,则是吸收西方先进的宪法理论,结合中国10年立宪实践而成,它所确立的共和制、总统制、责任内阁制、代议制、主权在民、统一国家基础上的地方自治、司法独立、司法审查制、权力分立与制衡等,都是近代西方宪政体制中的精华部分。虽然,这些规定在实践中并未得到很好的贯彻

[11] 李贵连:《沈家本传》,法律出版社2000年版,第209-211页。

[12] 关于清末移植各部门法的详细情况,请参见本书第一、二、三、四、五各章。

[13] 由于学术界对清末修律问题的论述比较多,故本文对此不再详细展开。

[14] 《孙中山全集》,中华书局1981年版,第1卷,第563页。

实施,但其启蒙意义仍是不可低估的。^[15]

又如,在刑事法律方面,北洋政府虽无大的建树,但它贯彻实施了由《大清新刑律》易名而来的《中华民国暂行新刑律》,而在新刑律中,贯彻了近代西方刑法的许多制度和原则,比如在基本原则方面,有罪刑法定主义,死刑惟一原则等,在具体制度方面,有时效、责任年龄、犯罪构成、罪名设置等。虽然,新刑律的许多规定,在实践中被袁世凯政府作了保守主义的解释和适用,袁氏还针对其制定了《刑法第一次修正案》,以符合其专制统治和加强伦理教化的需要。但新刑律确立的一些近代西方的刑法原则和制度对南京国民政府的刑事立法是有借鉴意义的。尤其是袁世凯垮台以后1919年北洋政府修订法律馆完成的《刑法第二次修正案》,在新刑律的基础上,又进一步吸收了近代西方的刑法发展成果,不仅在体例结构、刑法原则等方面有更大的进步,而且在具体制度上,结合西方的经验,作出了一些新的规定,如在时效方面的从新从轻原则,在故意和过失方面的概念界定,在正当防卫和紧急避险解释上的适当限制,在亲属范围划定方面引入西欧教会法上的亲等计算方法等。正是由于这些进步,该修正案被南京国民政府所继承,成为其1928年《中华民国刑法》的蓝本。^[16]

再如,在司法制度方面,北洋政府主要沿用了清末司法改革的各项成果,并予以巩固和提高,而这些成果中,许多都是从近代西方引入的制度和原则,如将民事诉讼和刑事诉讼分开的做法;成立大理院和司法部,使行政和审判分开;成立检察院,附设于各级审判机关之内,代表国家提起公诉,并对民事诉讼实施监督;确立四级三审制度;确立司法独立和审判公开制度;成立平政院,专门受理行政诉讼案件;确立辩护制度和律师制度;实施职权主义,以及不告不理、一事不再理、自由心证、回避、合议庭等一系列制度和原则。这些西方的制度和原则,在清末时虽经沈家本提出,许多已经写入法典,但绝大部分没有能够获得实施,而北洋政府期间,则将这些制度和原则都予以施行。这是该时期对中国法律发展的贡献,并为南京国民政府的司法制度改革作了准备。^[17]

3. 南京国民政府时期(1927年4月至1949年10月)。在该时期,中国移

[15] 参见本书第一章中“联邦制的理论和实践在近代中国”专题。

[16] 朱勇主编:《中国法制通史》,第九卷,法律出版社1999年版,第504页。

[17] 参见本书第四章中“西方模式的选择与中国司法的现代化”专题。

植外国法的步骤有了实质性的进步,并在此基础上,完成了中国法律的近代化事业。

首先,国民政府依照法国、德国和日本等国的大陆法系模式,创建起了比较完备的六法体系,如在宪政方面,先后制定颁布了《中国国民党训政纲领》(1928年10月3日)、《训政时期约法》(1931年6月1日)、《中华民国宪法草案》(1936年5月5日)和《中华民国宪法》(1947年12月25日);在民商事法律方面,公布了《民法》(总则、债、物权、亲属和继承,1929年10月10日至1931年5月5日)、《公司法》(1929年12月26日)、《票据法》(1929年10月30日)、《海商法》(1929年12月30日)等;在刑事法律方面,先后两次颁布了《中华民国刑法》(1928年9月1日,1935年7月1日);在诉讼法方面,先后制定了《中华民国刑事诉讼法》(1928年7月,1935年1月)、《中华民国民事诉讼法》(1931年2月,1935年2月)、《破产法》(1935年7月);在行政法律方面,也先后制定颁布了《著作权法》(1928年)、《工厂法》(1929年)、《渔业法》(1929年)、《土地法》和《商标法》(1930年)、《银行法》(1931年)、《行政诉讼法》(1932年)、《行政法院组织法》(1932年)等。

其次,在内容上,国民政府时期虽然保留了不少中国传统法律的规范,但顺应世界发展潮流,将之前数十年间移植外国法的经验成果也巩固了下来,并使其生根发芽。如在宪政方面,进一步将三权分立基础上确立的五权制度,国民主权,保障公民的各项权利和自由,法律面前人人平等等内容规定了下来;在民事法律方面,明确了婚姻家庭方面的男女平等原则,引入了世界各国通用的亲属分类标准和亲等计算方法,采纳了西方资产阶级的三大民法原则即私人所有权神圣、契约自由、过失责任;^[18]在刑事法律方面,国民政府为了维护蒋介石的专制统治,曾与国际上法西斯势力遥相呼应,制定了一批镇压共产党和民主势力的特别刑法,但也吸收了前一阶段立法中的进步因素和当时世界各国施行的一些先进经验,如西方资产阶级的三大刑法原则即罪刑法定主义、罪刑等价主义和刑罚人道主义;在司法制度方面,国民政府时期基本上将北洋政府时期吸收的西方先进法律制度都继承了下来。

[18] 参见本书第二章中“20世纪前期民法新潮流与《中华民国民法》”专题。

六

中华人民共和国成立至 20 世纪末,是中国移植外国法的第六个阶段。该阶段具体又可以分为两个时期。

1. 1949 年 10 月至 60 年代初。该时期中国在移植外国法律方面,主要是以吸收苏联法律为主。新中国成立以后,在法制建设方面实施了一系列新的战略决策,其中比较重要的有“废除国民党政府的伪法统”、“另起炉灶”(不承认国民党政府与外国建立的旧的外交关系,在新的基础上与各国建立外交关系)和“一边倒”(毛泽东宣布的新中国“不是倒向帝国主义一边”,只能“倒向社会主义一边”)。在这些战略决策的指导下,中国开始了大规模地向苏联学习、移植苏联法法的活动。

一方面,中国政府利用 1949 年 12 月至 1950 年 2 月毛泽东访问苏联、中苏两国签署《中苏友好同盟互助条约》、中苏关系进入“蜜月”时期这一有利条件,邀请了苏达里可夫、贝可夫等苏联法学专家来中国,参与和指导中国政府的立法、司法工作,^[19]从事法律教育和法学研究,帮助中国加快培养法律人才。^[20]

另一方面,中国政府开始派出留学生,赴苏联学习法律。后来成为中国法学界骨干的一批法学家,如北京大学的王哲、甘雨沛、萧蔚云、段瑞林、张宏生,中国人民大学的王厚立、韩铭立,北京政法学院的江平、史越、曹子丹,华东政法学院的彭万林,西北政法学院的刘振江,中国人民公安大学的宋涛,

[19] 如在 1950 年 7 月 26 日由最高人民法院、最高人民检察院、中央人民政府法制委员会和司法部联合召开的第一届全国司法会议上,除了听取上述 4 个机关的报告之外,还听取了苏达里可夫和贝可夫两位苏联法学专家所作的关于苏联司法经验的介绍报告。参见《中央人民政府司法部史良部长:关于第一届全国司法会议的综合报告》,载《中央政法公报》第 18 期,1950 年 10 月 31 日。

[20] 从 1949 年 12 月 5 日开始,苏联法学专家苏达里可夫和贝可夫为中央政法系统各部门的干部开设了系列讲座《苏维埃国家与法律的基础》,内容涉及“胜利的社会主义的宪法”、“马列主义论国家和法律的基本的学说”、“国家的历史类型”、“苏维埃国家——新类型的国家”、“作为国家政权形式的苏维埃”、“苏维埃社会主义法律的基本原则”、“苏维埃国家与法律的基本的发展阶段和职能”、“苏维埃民法”、“苏维埃刑法”、“苏维埃的国家管理”、“苏联国家权力和国家管理的最高机关”、“苏联国家权力的地方机关”、“苏维埃刑事诉讼法”、“苏维埃民事诉讼程序”、“苏维埃社会主义国家与法律在建设共产主义社会中的作用”等 15 讲,时间一直延续至 1950 年 12 月 31 日(这 15 讲讲座的内容,连续刊登在《中央政法公报》第 2 期至第 22 期上)。

中国社会科学院法学研究所的王叔文、王家福、吴大英、吴建璠、韩延龙、曾庆敏、任允正、马骧聪、刘楠来、高恒等,均是在此时被送往苏联留学的。

同时,中国法学界开始引进苏联的法学理论(包括教材、著作和论文),从国家与法的基础理论,到各部门法。

比如,在国家与法的基础理论方面,我们移植了前苏联检察总长维辛斯基提出的关于法的著名的定义:“法是以立法形式规定的表现统治阶级意志的行为规则 and 为国家政权认可的风俗习惯和公共生活规则的总和,国家为了保护、巩固和发展对于统治阶级有利和惬意的社会关系和秩序,以强制力量保证它的施行。”^[21]这一定义,随后便统治了中国法学界近 40 余年,一直到 90 年代初期,法学界还有人抱着此定义不放,以此来衡量是否马克思列宁主义法学的标准。

在国家和法的历史发展方面,我们移植了苏联法学界关于国家和法是和私有制、阶级一起产生的,是在经济上占统治地位的阶级实施对被统治阶级的专政的工具这样一种观念,移植了国家与法在历史发展过程中依次分为奴隶制、封建制、资本主义和社会主义 4 种类型(在共产主义社会中,国家与法将消亡)这样一种学说,移植了奴隶制、封建制和资本主义的国家与法是剥削阶级的、旧的类型的,而社会主义的国家与法是为无产阶级广大劳动群众服务的新型的这样一种理论。^[22]

在宪政制度方面,首先,我们在新中国建立后不久就比较快地制定公布了选举法和宪法,而这和斯大林的建议是密切相关的。^[23]其次,就 50 年代中国宪政体制内容而言,也移植了苏联的许多经验,如 1953 年选举法的许多条文,来自苏联 1947 年《地方各级苏维埃选举条例》和 1950 年《苏联最高苏维埃选举条例》;1954 年宪法在政权组织形式、国家机构、公民基本权利与义务等方面,也大量移植了苏联的经验。而在新中国初期的宪政理论研究方面,中国移植苏联的成果更加普遍。^[24]

[21] 维辛斯基:《国家和法的理论问题》第 100 页。转引自张尚鸾:《安·扬·维辛斯基院士对法律科学的卓越贡献——介绍维辛斯基的〈国家和法的理论问题〉》,载《政法研究》1955 年第 4 期。

[22] 苏联的学说参见新中国初期出版的各种翻译过来的关于“国家与法的理论”以及“国家与法权通史”的译著,而中国移植这些理论的表述由于在各种教科书和专著中都有,故此处就不再一一注明。

[23] 参见本书第一章中“50 年代中国移植苏联宪法的实践与理论”专题。

[24] 此点详细请参见同上专题。

在民法方面,新中国初期的民事立法与民法学研究深受苏联模式的影响,这主要表现在50-60年代的新中国第一次民法典草案,不仅在框架体系上,而且在具体内容和学术研究方面,也都移植了苏联的成果。如在规定总则编中民法的调整对象、民事主体、民事权利客体,所有权编中只规定所有权、未规定其他物权,债权编中以计划法令为债的发生依据、计划合同在债中占据重要地位,继承法编中关于继承人的范围和继承顺序等,都采取了与苏联相同的立场;移植了苏联的立法与理论解释模式。

在刑法方面,我国50-60年代几次刑法草案在总则编中对刑法的阶级性的强调,对刑法任务、犯罪概念和刑罚目的的规定,对罪刑法定主义的否定以及规定类推制度和刑法具有溯及力,在分则编中对反革命罪的突出规定,对侵犯社会主义公共财产罪的重视,对投机倒把罪的强调,等等,也都是移植了苏联的做法。

在诉讼法方面,建国以后,我们除了大量引进苏联的诉讼法理论著作和教材,聘请苏联法律专家来华担任诉讼法方面的授课教师之外,在法院体制改革、民事诉讼和刑事诉讼的程序等方面,也移植了苏联的模式。如公审制度、人民陪审员制度、法院的宣教作用、重刑的观念、人民法院的性质与任务、审判独立原则,以及检察机关的五项职能等的确立,都与移植苏联经验有关;在刑事诉讼观念、刑事诉讼的具体程序和基本原则,以及关于民事诉讼的主体、审判过程中的和解、检察机关参与民事诉讼、有关离婚的特别程序等方面,也都深受苏联模式的影响。尤其是在50年代为学术界所广泛争论的“一般监督”和“无罪推定”这两个问题上,更是深深打上了苏联模式的烙印。^[25]

在国际法方面,新中国建立之初,从理论到实践,也照搬了苏联的模式,即不仅在从事国际政治和国际法的指导思想上,而且在国际法的理论研究上,中国也紧跟苏联“老大哥”,以他们的经验为自己行为的指导。^[26]

尤其是在法律教育方面,中国法学界受苏联的影响更为明显。当时,在中国最著名的法律教育基地中国人民大学法律系,一些主干课的教师是苏联专家,各门法律专业课使用的教材都是苏联的。当时中国的其他一些法律院系,如中央政法干部学校、北京政法学院、华东政法学院、西南政法学院、西北政法学院等,其法律主干课的教师,也都是由苏联专家担任。即使有一些政法院

系没有苏联专家,但使用的教材也都是苏联的。

此外,在整个中国的政治与法律建设方面,中国接受了从苏联传入的马克思列宁主义法学观的支配,即使在对待西方资产阶级法学的态度上,也都是以苏联专家的观点为立足点。如1951年3月7日,苏联法学专家苏达里可夫在中国新法学研究会上作了题为“对资产阶级法学反动本质的批判”的长篇演讲。^[27]在这篇演讲中,苏达里可夫提出的资产阶级法学“否认国家与法律的阶级性,而自己就是服务于一定阶级目的,因为他们企图把群众引入迷途,使他们离开阶级斗争的任务。资产阶级的反动理论家们说着法律的超阶级性,而其本身就是在为一定的阶级目的,即剥削者的阶级目的而服务”^[28]等一系列观点,此后在相当时间内,就成为中国学者批判资产阶级法学的基本论点。

当然,尽管50年代初中国比较全面地移植了苏联的法律以及法学理论,但这种移植与民国时期移植西方法有很大的区别,具有一些不寻常的特点。换言之,一般而言,任何国家,在移植外国法时,都会自觉或不自觉有所保留,必须照顾到自己民族的利益、情绪和传统,所以,移植总是有选择的,不彻底的,明治维新时期日本的移植西方法,清末民初时期中国的移植外国法,都是如此。但新中国成立后,中国政府移植苏联法时,在这方面更为突出。表面上看,中国向苏联一面倒,全面学习苏联的法和法学,从立法到司法,从派遣留苏法律学生到招聘苏联法律专家,从使用苏联教材到翻译引进苏联的法学论文与专著,等等。但在实际上,由于一些深层次的原因,中国学习移植苏联法,比起前一阶段来说,保留的更多,改造的更多,拒绝的更多。这些原因有:

第一,中国移植苏联法的范围和程度,在很大程度上取决于中国与苏联的政治关系,而中苏政治关系,在根本上取决于毛泽东对苏联的看法,而毛泽东对学习苏联,始终抱有保留的态度。

早在第二次国内革命战争时期,围绕中国革命的道路问题,到底是搞城市武装起义,还是建立农村革命根据地,走农村包围城市的道路,毛泽东曾与苏联领导人发生过激烈的争论,而后来的事实证明,毛泽东是对的,苏联是错的。

第二次世界大战以后,在如何消除内战、实现统一、建设一个民主和平的

[25] 详细请见本书第四章中“关于50年代中国移植苏联司法制度的反思”专题。

[26] 详细请参见本书第五章中“50年代后中国对苏联国际法的移植”专题。

[27] 载《中央政法公报》第26期、第27期,1951年4月24日,5月10日。

[28] 载同上公报,第26期。

新中国的问题上,毛泽东和斯大林之间又发生了冲突。斯大林原本是看不起中国共产党及其领导的人民武装的,认为中国共产党如果和国民党的军队作战,肯定会失败,而中国的前途也会失去光明。他将统一的希望寄托在国民党身上,要求共产党与国民党合作,交出武装,参加国民党的政府。此事又被毛泽东等中国共产党人所拒绝,后来的事实又证明,毛泽东是对的,斯大林是错误的。

斯大林去世后,赫鲁晓夫上台,对内全面否定斯大林,对外大搞政治上的沙文主义和军事上的冒险主义,尤其是在处理其盟国波兰和匈牙利的事件上所表现出来的霸权主义,进一步引起了毛泽东的反感,中国共产党与苏联领导人之间发生了严重的分歧,这进一步引起了中国对苏联经验的反思。

所有上述因素,决定了中国共产党人对苏联法和法学的移植不会也不可能全面的,更不会持久的,即使苏联是第一个社会主义国家,是中国的“老大哥”。这一点与民国时期移植外国法不同,当时的外国法主要是西方发达国家的法律,它已经淡化了国家的界限,形成了一个体系,抽象为一种法律传统,因此,即使中国与其中某一个国家如日本交恶,也不影响对这一法律体系的学习和移植。而当时苏联是第一个社会主义国家,其法律被认为是社会主义法的代名词,学习移植社会主义法,就是学习移植苏联法,因此,一旦中苏关系不好,就马上会影响到中国学习和移植苏联法的进程。

第二,苏联虽然是中国的老师,中国是通过“十月革命”才较为全面地知道马克思主义,通过苏联共产党开始接受马克思主义的世界观,在苏联的帮助下建立了自己的政党,走上了无产阶级革命的道路。但是,与中国的地位相同,苏联也是马克思主义的学生,它只是中国的“师兄”,而不是“师傅”。当中国人对马克思主义不熟悉时,中国人要借助于苏联来学习、引入马克思主义,而当中国与苏联关系紧张、产生严重分歧时,中国人就可以抛弃苏联而直接与马克思主义发生关系,甚至与苏联争谁是马克思主义的正统的弟子的问题,中国在50年代末谴责苏联背叛了马克思主义,是修正主义,是这方面的典型表现。

当然,此时,中国还遵守着苏联的国家与法的基本理论,严守着维辛斯基关于法的定义,这是因为第一,中国法学界认为苏联关于国家与法的理论以及维辛斯基关于法的定义,尚符合马克思列宁主义的原理。换言之,苏联是中国的老师,马克思主义又是苏联的老师这一点,决定了中国移植苏联法和法学的特殊性,即当中国认为苏联的经验是符合马克思主义时,中国就学习,就移

植;当中国认为苏联的经验背离了马克思主义时,中国就马上放弃苏联,而直接向马克思主义学习。这一点也体现在对斯大林的态度上,当建国初,斯大林被认为是一个伟大的马克思列宁主义者时,斯大林的话在中国法学界曾被广泛引用。而当斯大林被认为犯有错误时,他的话就不被引用了,取而代之的是毛泽东的著作。

因此,苏联法和法学与马克思主义法学理论的相互重合以及可以分离这一两重性,使中国移植苏联法也带有两重性:将苏联法和法学视为马克思主义法学理论的实践与发展,而加以全面接受——移植苏联法的早期阶段,此时,苏联法和法学被认为与马克思主义法学理论是一回事,同一概念;对苏联法和法学进行分解,符合马克思主义的,中国就接受,不符合者,就予以抛弃——移植苏联法的后期阶段。这后一个特征,就带来了我们接下来要讲的第三个特点。

第三,中国传统的法律虚无主义,决定了中国对苏联法和法学的移植是不会也不可能全面和彻底的。一方面,在中国,法律的地位始终是低下的,即使在新中国建立以后,这一传统也没有改变。许多人认为,法律是约束我们手脚的东西,是可有可无的东西,我们有党的领导,有方针政策,没有法律照样搞社会主义建设。^[29]而在苏联,即使是在批判资产阶级法律的虚伪性和反动性的文章中,也始终承认法律对社会主义经济建设和政治稳定的作用。^[30]这一点充分表明,在中国,法律虚无主义的流行比在苏联要猖獗得多。

另一方面,在中国,从事法律工作的人,其地位也是低下的。比如,苏联成立后,其左倾思潮也很泛滥,但其法院、检察组织,其律师队伍,一直是比

[29] 曾经长期主管政法工作的彭真在总结过去中国不重视法制的经验教训时说:过去为什么不重视立法?总觉得有党的领导,有方针政策,迟搞几天也不要紧,结果拖了下来,贻误了事情。参见《发展社会主义民主,健全社会主义法制——有关重要论述摘编》,法律出版社1988年版,第114页。

[30] 1949年来华的苏联法学专家苏达里可夫在《对资产阶级法学反动本质的批判》(载《中央政法公报》第27期,1951年5月10日)中,从5个方面,对认为法律在社会主义社会已经无用的观点进行了系统的批判。

较健全的，^[31]其法律教育也是比较发达的。包括对“旧法人员”，只要其接受布尔什维克的领导，拥护苏维埃政权，苏联都给以留用。而在新中国建立后不久，法院、检察院的建设就受到阶级斗争论的冲击，律师队伍则被取消，而法律教育至60年代中叶则被解散。

此外，在对保护公民民主权利的法律程序方面，中国也不如苏联。因为苏联虽然有过封建帝国的历史，但时间比中国短得多。同时，它曾建成过资本主义国家，曾实行过资本主义的民主。加上它离西欧比较近，受西方资产阶级法观念与法制度的影响也相对比较深。这些，都决定了苏联在实行保护公民民主权利程序方面可以比中国做得更好一些，而中国对有关这方面的经验的移植也不可能是彻底的。

最后，受各种历史条件的影响，在将法律视为阶级斗争的工具，是刀把子这一点上，中国比苏联走得更远、也更加彻底一些。甚至在移植苏联的经验方面，中国也是用阶级斗争理论来诠释苏联法，对此适合的、有用的，就移植；不适合、无用的，就拒绝。

2. 70年代末至90年代末。1976年10月，中国政府在粉碎“四人帮”之后，逐步开始重视对外开放，吸收西方发达国家的法和法学。1978年底，中国共产党十一届三中全会以后，这一步伐明显加快。邓小平的基本观点：“无论是革命还是建设，都要注意学习和借鉴外国经验”，^[32]“社会主义要赢得与资本主义相比较的优势，就必须大胆吸收和借鉴人类社会创造的一切文明成果，吸收和借鉴当今世界各国包括资本主义发达国家的一切反映现代化生产规律的先进经营方式、管理方法”，^[33]逐步成为中国政府和人民的共识。在

这种背景之下，中国新一轮学习、吸收和移植西方发达国家的法和法学的活动得以更广泛地展开。

在这一时期中国政府移植外国法的过程中，主要有如下几个特点：第一，移植的力度比较大，有些法典，证券法、商业秘密保护法等，是整部移植发达国家与地区的立法。第二，被移植法律的国家的面比较广，既有英、美、法、德、日等西方发达国家，也有澳大利亚、加拿大等一批中等富裕国家，还有韩国、马来西亚、新加坡等亚洲地区的新兴国家。第三，在法律教育方面，我们移植发达国家的步子更大，尤其是2002年3月实施的国家司法考试，基本上是全盘照搬了日本等国的法律教育模式。第四，在法学研究方面，20世纪80年代以来中国所出版的外国法的著作和论文，是中国历史上数量最多、质量最好的，受西方发达国家的影响也是最深的。第五，在法律观念方面，在前几个时期移植过程中曾经有过激烈争论的，如法律面前人人平等、私有财产所有权应受严格保护、罪刑法定、无罪推定、审判独立等，在此时都已经成为无须争论、不言自明的常识，为国人所普遍接受。第六，出国学习法律的留学生的大量出现，使中国法与外国法的交流和沟通也变得越来越平常、越容易。第七，外商独资企业、中外合资企业、经济特区、经济开发区、科技园区等的大量出现，大规模地引进了发达国家的管理技术和法律法规，从而使对国际法的移植变得更加具体和日常化。

这里，必须强调的最后，也是最重要的一个特点，即中国于2001年11月正式加入世界贸易组织（WTO），对中国移植西方发达国家的法律制度具有不可估量的意义。众所周知，世界贸易组织是包括世界上几乎所有的文明国家的组织，至2001年11月已经拥有143个成员国（包括刚加入的中国在内），它的一套运行规则，虽然来自于几个西方发达国家的国内法规范，但已经得到各成员国的认可而成为一整套国际规则。中国加入世界贸易组织，就意味着中国必须遵循这套行为规则，即中国必须整个地移植这一套法律规则，来规范自己的行为。这无论就哪个方面而言，都将是160多年移植外国法历史上的一次最广泛、最深刻的活动，是以往各个时期都未出现过的移植运动。

综上所述，从鸦片战争至20世纪末的160年时间，尤其是1901年清末修律以来的100年时间，移植外国法是中国法制建设的主旋律或基本方面。反思这100年间中国移植外国法的历程及其经验教训，可以使更清楚地认识中国近现代法的内容与本质以及其所经历过的艰难和曲折，从而更自觉地投身于21世纪中国法制的建设之中。

[31] 与新中国在建国后对律师工作极端不重视，乃至在1957年“反右”运动后彻底取消律师制度形成鲜明的对照，苏联在建国后对律师工作是逐步加强、日趋重视。1917年“十月革命”后，苏联在取消旧的律师制度的形式的同时，规定保留律师制度的内容，即辩护制度，让“法权保障人团”来行使为当事人辩护的职能。1920年10月，《苏俄人民法院条例》把告诉和辩护的组织用专章来规定。1922年5月，苏联第九届全俄中央执行委员会第三次会议通过了《律师章程》，并在省级司法处内组成刑民案件的律师协会。1939年8月，苏联人民委员会以决议的形式，批准了新的律师章程，对律师的职能、律师任职的资格、律师组织的管理、律师辩护在苏联司法体制中的地位等作了进一步的规定，使律师制度更为完善。参见苏联法律专家撰写、中央法制委员会编译室译：《苏联律师的任务及其组织形式》，载《中央政法公报》1951年2月20日，第24期。

[32] 《邓小平文选》第3卷，人民出版社1993年版，第2页。

[33] 同上《邓小平文选》第3卷，第373页。

第一章 宪政法律

【按语】 宪政，作为近代西方政治民主的象征，在中国传统社会中并无踪迹可循，完全是鸦片战争之后才传入中国的。因此，宪政法律的移植在 20 世纪的中国表现得非常突出，其遭受的磨难与挫折也特别多。本章分 6 个专题，依次对这一坎坷悲壮的历史过程作出评述。

需要说明的是，20 世纪 70 年代以后，中国实行了改革开放的国策，外国宪政制度中一些好的内容，开始被引入中国。尤其是 1982 年宪法以及以后三次修宪增加的 17 条宪法修正案，将市场经济的规范、法治国家的理念、多种所有制经济的共同发展、对公民私有财产权的严格保护、公民基本权利保障的规定，以及强化司法权、限制行政权、提高立法机关的权威、强化宪法监督等外国宪政的经验引入了中国宪政领域。由于上述这些都是现代西方宪政之精华，对其的移植经过了国内学术界以及实务部门的长期探索和努力，包括在国民中的广泛宣传，目前已经在中国扎下了根。因此，本章对此没有再列专题展开论述。

清末最后 10 年外国宪政的输入

过是距今约一百年前的事情。中国历史古老悠久，长期以来实行君主专制，历史载籍中虽然曾有过汉刘邦初入咸阳的约法三章、唐李渊入关的约法十二条等近似宪法的文件及许多管理国家行政的法章，但这些充其量也只不过是形似宪法而已，丝毫不能与民主政治发生联系。因为在君主专制下，治国之本在于君明臣良，所依赖的主要是封建君法，这样的人治与法治是格格不入的，它更不会与包含民主政治这一精华的宪政有任何联系了。

历史进入 19 世纪，闭关自守、盲目自大的清王朝的统治遇到了前所未有的内外压力，这预示着社会变革运动的必将来临。1840 年的鸦片战争，是中国历史上一个划时代的巨变，它使国人渐渐明了欧西文明的优点，一改过去排斥“西蛮”的社会心理，认为非效法欧西不足以图存。后于 1863 年设同文馆于京师，1866 年设船政局于福建，1867 年设制造局、1870 年设招商局于上海，1874 年开始派遣学生出洋留学研习各种技术。与此同时，国内也相继进行筑路、开矿、练兵等活动，这些革新运动偏重于物质建设。

这一时期也有一些忧国的封建士大夫及思想家们把视角对准了国家的政治制度，开始介绍西方国家的民主政治制度，虽然这种介绍具有明显的时代及立场的局限性，但对中国近代宪政思想的形成还是具有启发性的影响。1894 年中日战争清政府的失败，给了开明的中国人以极大的震动，他们在悲愤欲绝之时开始意识到，只有有了良好的政治环境，才会产生良好的物质文明。

新兴资产阶级改良派创办书局和报刊杂志，翻译西方法典和法学著作，发表介绍当时先进的资本主义的政治法律制度和思想，他们以“救亡图存”为出发点，提出了一系列的变法维新主张，内容涉及经济、政治、法律、文化教育、军事等方面，而其中的关键是仿明治维新后的日本，在政治上学习西方，建立“三权分立”的君主立宪政体。其后的“戊戌变法”虽然失败，但在其过程中所提出的君主立宪的主张却是中国有史以来最为完整系统的宪政理论，而且戊戌变法的失败所引起的广泛不满，导致了抨击政府声浪的进一步高涨，预示着更加丰富的宪政理论和更为剧烈的变革运动的必将涌现。

20 世纪初清王朝统治的最后 10 年，中国大地终于迎来了立宪活动的初步尝试，而在这一过程中，无论是宪政理论还是宪政实践都打上了广泛从西方输入的烙印，这在实行了长期的以牺牲多数人的权利与幸福以供奉皇帝一人、而牺牲者和被供奉者均视之为理所当然的专制历史的中国，宪政领域的这种输入较任何其他法律领域都更加广泛而明显。

何谓宪政？各家众说纷纭，实无定论。尽管如此，论者大多将它与民主政治相联系。若从这一意义上看，宪政意识与宪政制度在中国的稍露端倪也只不

217580



外国宪政理论学说和实践,是这一时期改良派与革命派关于宪政问题争论的主要论据。

戊戌变法及义和团运动之后,国难加深,资产阶级在政治上分裂成两个不同的派别——改良派与革命派,前者代表与封建势力、帝国主义势力有密切联系的大资产阶级利益,其代表人物主要有康有为、梁启超等,后者代表中等资产阶级和小资产阶级利益,主要代表人物有孙中山、章太炎等。两派虽然都抨击、反对封建专制,但在对待宪政的具体主张上是存在极大差异的。改良派总体上主张拥护满洲政府、实行君主立宪;革命派则主张排除满族政府,实行民主共和。两派各自创设多种报刊杂志,^[1]撰文发表各自的宪政观点,形成了 20 世纪初著名的、影响深远的君主立宪与民主共和的论战,这实开近代中国宪政理论之先河。清末之立宪运动,大都以改良派所倡导的“君主立宪论”为依归,而中华民国开国以后之数十年中,又莫不受革命派宪政理论的影响。^[2]而在这一论战中,两派的立论往往都依赖于当时先进的外国宪政理论与实践。

首先,来看一下改良派的代表人物与理论观点。

康有为是整个戊戌变法运动的中心人物,而在 20 世纪初的这场著名论战中,他在改良派的阵营中仍扮演了主要角色。

康有为早在《富国养民教士练兵诸端》(1894 年)中,就有“采万国律例,定宪法公私之分”之论,不过全书言及宪法者仅此一抽象语句。戊戌正月,康有为复上统筹全局之疏(应诏统筹全局摺〈上清帝第六书〉),该疏中提到,中国变法宜取法日本维新成规,故特述日本维新成功之道:“考其维新之始,百度甚多,惟要义有三:一曰大誓群臣以定国是,二曰立对策所以征贤才,三曰开制度局而定宪法,其誓文在决万机于公论,采万国之良法,协国民之同心”。^[3]

戊戌变法失败后,康有为虽流亡海外,但其君主立宪的主张未变。在此期

间,他撰写了《大同书》、《中庸注》、《论语注》、《春秋笔削微言大义考》等,继续阐述其“循序渐进”的改良学说。在其《与同学诸子梁启超等论印度亡国由于各省自立书》(1902 年)和《答南北美洲诸华商论中国只可以立宪不能行革命书》(1902 年)中,提出在中国只能采用“皇上复辟”才能“定宪法变新政而自强”的论点。其主要理由是,近代实行资产阶级革命的只有法国一个国家,而这在欧洲是“特别之情”,况且法国在革命后发生了大乱,可见其保皇论调一如既往,君主立宪的主张毫无改变。

同年,康有为还上一奏摺,即“请归皇上立定宪法以救危亡摺”,请求慈禧归政皇上,立定宪法,大予民权,以救危亡。阐述其理由时提出:“窃惟方今大地交通,强国林立,莫不合国民而国治,变旧法而日新,发愤为雄,庶几不败。若守旧不变,专制压民,未有不败亡者也”;^[4]“今英、法、德、奥、意、美、日本及欧美各国,皆立宪法而有民权者也。印度、土耳其、波斯、安南、缅甸,皆无宪法而一二人专断者也。英、法、德、奥、意、日本之以小国而强盛如此,土耳其、波斯之以大国而削弱如彼,若印度、安南、缅甸等则夷灭矣”。^[5]他接着具体列举了英、法、瑞典、挪威、葡萄牙、比利时、意大利、荷兰、瑞士、奥地利、西班牙、日本、美国等的立宪概况,在此基础上得出“然综大地而计之,百年以来,欧美各国,无论顺变逆变,流血无数,要其归,无不与民权而定立宪者矣”,以此劝说慈禧“归政皇上,大予民权”,否则“中国必亡,大清必灭”,皇太后本人则将如“法主路易,英主查理”。

1902 年,《新民丛报》第 5、6、7 期连续刊登了署名为“明夷”的康有为的“公民自治篇”。该文在论及公民资格时提出:“凡公民之制,美国则男子年二十无过犯,人人得为之,德则有租三千,纳税十二马克,英则纳四十喜林(即先令),奥则百金,其法、意、瑞、荷、挪各国,皆数十金不等,日本则纳六元者得为之,皆取有名誉无过犯,许为公民”。并阐述为公民有四益,即“爱国之心日热、恤贫之举交勉、行己之事知耻、国家之学开智”,并提出“即以中国之大,而昔者败于蕞尔之日本者,非吾将相之才之必远逊于日本也,乃吾无公民之不如日本也”。他还进而对中国公民的资格作了具体说明,即“今中国举公民之制,凡住居经年,年二十以上,家世清白,身无犯罪,能施贫民,能纳十元之公民税者,可许为公民矣”。

[1] 改良派创办的有《时务报》(1896 年)、《清议报》(1898 年)、《新民丛报》(1902 年)、《东方杂志》(1904 年)等;革命派创办的有:《译书汇编》(1900 年)、《国民报》(1901 年)、《浙江潮》(1903 年)、《江苏》(1903 年)、《民报》(1905 年)等。

[2] 杨幼炯:《近代中国立法史(增订本)》,台湾商务印书馆 1966 年版,第 22 页。

[3] 周异斌、罗志渊:《中国宪政发展史(增订本)》,大东书局 1947 年版,第 3 页。

[4] 上海市文物保管委员会编:《康有为与保皇会》,上海人民出版社 1982 年版,第 8 页。

[5] 上海市文物保管委员会编:《康有为与保皇会》,上海人民出版社 1982 年版,第 20 页。

在讲到地方自治之必要时，康有为认为：“今欧美之日强，人民之日智，地利之日出，学校之日盛，技械之日精，……此其本非在国政也，非在政府及疆吏令长之一二人也，乃由于举国之公民，各竭其力，尽其智，自治其乡邑，深固其国本故也。非惟欧美而日然也，日本明治维新以来，行地方自治而骤强矣”。并在分析了美、英、德、法、日的自治制度后提出：“今中国举行地方自治，因乡邑之旧俗，而采英、德、法、日之制，可立推行矣”，他还进而对中国当时的地方自治制度提出了具体的设计。

这一时期，康有为的论著甚丰，但他所赖以立论的理论常显示出他对西方宪政文化缺乏更深的了解，折射出历史变革路口一个传统士大夫向近代知识分子转换的彷徨、踟蹰的矛盾心境，他在阐释西方宪政时往往是立足于中国传统与西方宪政的简单嫁接，并且坚信这两者是可以交融的。尽管他的宪政学说各部分之间本身充满矛盾，而且这些理论与当时的现实之间也存在着不可调和的冲突，但正如李泽厚先生对康有为的《大同书》持较客观的肯定态度一样，^{〔6〕}我们也应承认，这一时期康有为的宪政理论和学说在近代中国宪政史上，特别是其实际上所起到的传播西方宪政理论的作用是不能忽视的。

在 20 世纪初期关于宪政的这一著名论争中，改良派阵营中的另一主要人物当是梁启超。作为康有为的弟子和得力助手，梁启超在戊戌时期积极参加变法维新活动，在宣传改良派的变法思想方面发挥了主要作用，他的《变法通议》和《时务报》（1896 年创刊，梁启超担任主笔）起的正是这种宣传作用，所宣传的大多是康有为的思想和主张。

梁启超对中国近代史尤其是宪政史上的重大影响是在戊戌变法失败后流亡海外期间，特别是 1902 年他在日本横滨创办了《新民丛报》，作为主笔人，他撰写了一系列介绍、宣扬资产阶级社会政治文化道德思想的文章，这些文章体现了他一度脱离康有为的思想理论和政治主张的控制，进行了广泛的思想启蒙工作。仅《新民丛报》创刊的第一年，就刊登了梁启超的“新民说”（包括“论权利思想”、“论自由”、“论进步”等）、“论立法权”、“论专制政体有百害于君主而无一利”等，这些论著中大多有关于外国政治法律制度的内容。比如

〔6〕 李泽厚先生认为，康有为的《大同书》虽然存在一定的缺陷，但它在中国近代空想社会主义史上占据着重要的进步地位，它根据社会必然向前发展的历史进化理论，提出了一个以高度物质文明为经济基础、以人人劳动和财产公有为基本原则，以政治民主平等自由为社会结构的“大同”世界，他是近代启蒙思想家渴望中国走向光明未来的欢乐颂。参见李泽厚：《中国近代思想史论（修订本）》，安徽文艺出版社 1994 年版，第 145 页。

在“论立法权”一文中，他阐述了立法部之不可缺、立法行政分权之理、立法权之所属等三方面的内容，对西方国家立法部的设立历史作了探究，远自古希腊的长老议会（Gerontes），近至近代英国巴力门（parliament）的设立，阐述了孟德斯鸠的立法与行政相区分的理论，提到“今日各文明国，皆以立法权属于多数之国民”，借以说明在当日中国设立立法机关、实施立法与行政的区分、由大多数国民行使立法权的必要性。同年，梁启超还著有“法理学大家孟德斯鸠之学说”、“乐利主义泰斗边沁之学说”、“政治学大家伯伦知理之学说”等，^{〔7〕}系统、广泛地介绍了西方近代著名思想家的政治法律学说。

这一时期大量著作的面世，反映了梁启超对西方宪政文化较以前更为全面的认识和把握，表达了他对宪政问题的新认识。此外，梁启超对君主立宪的推崇也可从刊登于《新民丛报》的插图中观之一斑。仅从 1902 年正月初一创刊的第 1 号至同年 8 月 15 日的第 16 号各期刊登的图片可以看出，政治人物就有赫赫有名的拿破仑、俾斯麦、维多利亚女王、德皇威廉一世、沙皇大彼得（Peter the Great）和亚力山大（Alexander）一世、英皇爱德华七世及其皇后，还有日本近代著名的西乡隆盛、福泽谕吉、大隈重信、板垣退助、伊藤博文等。他对西方宪政学说的推崇可从刊登的卢梭、康德、约翰·弥勒、达尔文、斯宾塞、赫胥黎、培根、孟德斯鸠、笛卡儿、福禄特尔、亚里斯多德、苏格拉底、柏拉图、斯宾诺莎、黑格尔等人的照片得以体现。刊登的场景图片有澳洲联邦初次会议图^{〔8〕}和加拿大下议院议事图，^{〔9〕}这体现了这一时期以梁启超为代表的改良派人士对议会制度的喜好。

以《新民丛报》为主要阵地，改良派在宣扬和传播西方君主立宪、议会制度的理论和学说等方面曾起了较大的作用，梁启超的保皇立宪观（当然在进民国之后他的宪政观发生了转变）在当时留日学生中的影响更大，甚至对革命派人士一度也有一定的影响。许多人初至日本时倡言革命，等到快毕业时却主

〔7〕 以上论著均被收录在梁启超著、林志钧编：《饮冰室合集》（其中文集 16 册，专集 24 册，中华书局 1936 年版）中，近时出版的由范中信选编的《梁启超法学文集》（中国政法大学出版社 2000 年版）也收录了这些论著。

〔8〕 即 Meeting of the Australian Federal Convention at Adelaide in 1897.

〔9〕 即 The Canadian House of Commons in Session.

张保皇或立宪，华兴会^[10]也受到冲击，有些人日渐向立宪派靠拢，有些则表示不愿再从事革命工作。就连一向激进的陈天华也开始动摇，散发“要求救亡意见书”，主张用全体留学生名义，向清政府陈述维新救亡的意见，后经过宋教仁和黄兴的耐心劝说，陈天华终于收回“要求清廷立宪”之说。^[11]可见这一时期改良派的影响之大。

向这一时期康有为、梁启超的改良派宪政观点提出挑战的是革命派人士，他们也创办刊物，发表论著，驳斥改良派的宪政观点，提出较具革命性的宪政主张和学说，作为立论的依据，虽然立足于对当时中国国情的分析，但也运用了外国宪政的理论和实践。从革命派的论著中可以看出，他们从西方资产阶级的革命武库中取出了民族主义和民主主义，作为论证革命的正义性和合理性的工具。他们以西方资产阶级的革命历史和革命学说为根据，反对清王朝的专制统治，认为民族民主国家的建立是历史发展的必然趋势，他们提出了经过革命建立资产阶级民主共和国的理想，还提出了建立资产阶级政党的主张。在这些文章里，革命者驳斥了君权神圣不可侵犯的封建说教，揭露了儒家学说的本质。在反对封建思想的斗争中，他们所依据的和要树立的思想是资产阶级的民主主义和个人主义。在谈到这一时期的革命派宪政观时，不可能不提到两位英年早逝的热血青年——邹容和陈天华的宪政思想，^[12]他们在短暂的人生历程中，均留下了振聋发聩的论著。

邹容的《革命军》于1903年由章太炎作序发表在《苏报》上，该文批判了封建专制，倡导武装革命，宣传天赋人权，并设计了未来中国民主共和的体制，从中可明显地看出邹容对西方激进的民主宪政学说的喜好。现摘录若干段落如下：

“吾但信卢骚、华盛顿、威曼……”

吾幸夫吾同胞之得卢梭“民约论”、孟德斯鸠“万法精理”、约翰·弥

勒“自由之理”、“法国革命史”、“美国独立檄文”等书译而读之也。

有生之初，无人不自由，即无人不平等，初无所谓君也，所谓臣也……故我同胞今日之革命，当共逐君临我之异种，杀尽专制我之君主，以复我天赋之人权，以立于性天智日之下，以与我同胞熙熙攘攘，游幸于平等自由城郭之中。

国民者，有自治之才力，有独立之性质，有参政之公权，有自由之幸福，无论所执何业，而皆得为完全无缺之人。

吾见夫法、美等国之无君可忠，而其国人尽瘁国事之义务，殆一日不可缺焉。

自格致学日明，而天子神授为皇帝之邪说可灭；自世界文明日开，而专制政体一人奄有天下之制可倒；自人智日聪明，而人人皆得有天赋之权利可享。

全国无论男女皆为国民。凡为国人，男女一律平等，无上下贵贱之分。各人不可夺之权利，皆由天授。生命自由，及一切利益之事，皆属天赋之权利。不得侵入自由，如言论、思想、出版等事。

各人权利，必需保护，须经人民公许，建设政府，而各假以权，专掌保护人民权利之事。

无论何时，政府所为，有干犯人民权利之事，人民即可革命，推倒旧日之政府，而求遂其安全康乐之心。

定名为“中华共和国”。“中华共和国”为自由独立之国。

立宪法悉照美国宪法，参照中国性质立定。自治之法律悉照美国自治法律。……”^[13]

《革命军》一书被誉为近代中国的“人权宣言”，邹容的充满激情的呐喊，对当时的旧势力不啻为当头一棒，对改良派的宪政观点给予了有力的回击，并为其他革命派人士的宪政观树立了良好的榜样。

陈天华的重要著作有《猛回头》、《警世钟》、《狮子吼》、《中国革命史论》、《论中国宜改创民主政体》等。他的这些作品充满了急迫痛彻的国家民族的危亡感，阐述了为爱国、救国而革命的深刻道理，也反映了他对西方激进的资产阶级宪政理论和制度的向往。

[13] 邹容：《革命军》，载《辛亥革命前十年间时论选集》（第一卷下册），生活·读书·新知三联书店1978年版，第649—677页。

[10] 华兴会于1903年11月决定成立，1904年2月在长沙召开正式成立大会，公举黄兴为会长，宋教仁、刘揆一为副会长，1905年8月华兴会与兴中会、光复会及其他革命志士联合在日本东京成立了中国同盟会。

[11] 刘全景、张静、任向阳：《宋教仁与民国初年的议会政治》，河北人民出版社1998年版，第110—111页。

[12] 关于邹容、陈天华的民主法律思想，最新的有关系统论述有徐永康的《邹容、陈天华民主与法律思想》，载华东政法学院法律系编：《2000法学新问题探论》，上海社会科学院出版社2000年版，第517—529页。

如在《警世钟》中，陈天华介绍卢梭时说：“当明朝年间，法国出了一个大家，名号卢梭……，著有一书，叫做《民约论》，说道这国家是由人民集合而成，公请一个人做国王，替人民办事，这人民就是一国的主人，这国王就是人民的公奴隶。国王若有负人民的委托，这人民可任意调换”，^[14]这实际上是对卢梭人民主权理论的通俗阐述。

发表于 1905 年《民报》第一期的署名“思黄”的陈天华的《论中国宜改创民主政体》中，写道：“法人孟德斯鸠侗法政之不如英善也，为‘万法精理’一书，演三权分立之理，而归宿于共和。美利坚采之以立国，故近世言政治比较者，自非有国拘流桎之见存，则莫不曰：共和善，共和善。”进而提出，中国“求乎最美最宜之政体，亦宜莫共和若”。同书还批驳了改良派关于当时中国国民素质欠缺还不能在中国实行民主共和制度的观点，指出“夫以中国国民之能力可以回复，并可以至短之期限回复，能享有完全权利之证据又确凿如是，而犹曰欧美可以言民权，中国不可以言民权，欧美可以行民主，中国不可以行民主，为是言者，无论何人皆知其失。……至于民主政治为取放任，则曷不取法：美、清、俄四国现时之行政而比较之，教育之强迫，内政之整饬，秩序之维持，孰能实行，孰不能实行，当不待智者而辨也”。^[15]

在《国民必读》中，陈天华系统地介绍了西方资产阶级国家有关公民权利和义务的规定，提出了在中国实现资产阶级民主政治的总目标，阐明了未来资产阶级宪法有关自由、民主的基本原则。陈天华在阐述这些观点时所显示出的一个显著特点是深入浅出，通俗易懂，因此更加具有启迪民智的作用。

章太炎在其一生中思想变化较为错综复杂，但他在中国近代史上作为思想家、宣传家的作用无人能够否认。而他的这种作用主要体现在人生的第二阶段，即 1900 年至 1908 年，这一时期章太炎的主要作为就是与改良派进行了尖锐的政治思想斗争。^[16]这一时期章太炎的论作甚丰，仅发表在《民报》第 6 号至第 24 号（1906 年 7 月至 1908 年 10 月间）的文章就有《演说录》、《俱分进化论》、《无神论》、《革命之道德》、《建立宗教论》、《箴新党论》、《人无我

[14] 《警世钟》，《陈天华集》，湖南人民出版社 1982 年版，第 50 页。

[15] 陈天华：《论中国宜改创民主政体》，《辛亥革命前十年间时论选集》（第二卷上册），生活·读书·新知三联书店 1978 年版，第 120—124 页。

[16] 李泽厚先生认为章太炎一生约可分为四个阶段，并在《章太炎剖析》一文中详细阐述了章太炎的思想源流及其政治、法律、哲学思想的特色，参见其所著的《中国近代思想史论（修订本）》，第 366—403 页。

论》、《军人贵贱论》、《社会通论商兑》、《官制索隐》、《中华民国解》、《五无论》、《定复丑之是非》、《国家论》、《大乘佛教缘起说》、《排满平议》、《驳神我宪政说》、《驳中国用万国新语说》、《四惑论》、《哀陆军学生》、《革命军约法问答》、《五朝法律索隐》、《代议然否论》、《规新世纪》等。

上述文章体现了章太炎由原来的资产阶级的自然科学和民权思想的热情的学习者和宣传者已逐渐地转变为批判资产阶级的代议制、选举制及民权思想，在当时具有抵制清政府搞假立宪的现实政治意义。他与保守势力不同的是，他反对代议民主主要是怕代议民主会新添一批压迫者，体现了他的不同于孙中山的以发展资本主义政治为中心的民权主义。但是，在批判资产阶级政治法律制度的同时，他不也传播了这些内容吗？

孙中山的三民主义学说是当时最先进最完整的思想体系，作为中国革命的先行者，他比同时代的其他革命者更加高瞻远瞩，第一个全面提出了资产阶级民主革命的理论 and 政纲，在这场与改良派的大论争中，他扮演了领导人的角色。他的民族主义、民权主义、民生主义的理论，从源流上说是他向西方学习的结果，在吸取西方宪政的经验教训及结合中国实际的基础上又有创新，从而反过来又具有了国际影响。限于篇幅，更由于学者关于孙中山的政治法律思想的论著现已比较多，故不赘述，仅摘录他在《民报》“发刊词”的下述一段话以资辅证：

余维欧美之进化，凡以三大主义，曰民族、曰民权、曰民生。罗马之亡，民族主义兴，而欧洲各国以独立，洎自帝其国，威行专制，在下者不堪其苦，则民权主义起。18 世纪之末 19 世纪之初，专制仆而立宪政体殖焉。世界开化，人智益蒸，物质发舒，百年锐于千载经济问题及政治问题之后，则民生主义跃跃然动。20 世纪不得不为民生主义之擅扬时代也，是三大主义皆基本于民递嬗变易……今者中国以千年专制之毒而不解，异种残之，外邦逼之，民族主义、民权主义殆不可以须臾缓，而民生主义，欧美所虑积重难返，中国独受病未深而去之易，是故，或于人为既往之陈迹，或于我方为方来之大患。

针对当时改良派所编的《新民丛刊》在知识分子中影响日健，其改良主义

阻碍民主革命运动发展的状况,革命派创刊《民报》,^[17]以此为阵地,与改良派展开尖锐斗争。其所刊登的图片也与《新民丛报》的不同,充满了革命、民主的色彩。《民报》第1号的人物画像有黄帝、^[18]卢梭、^[19]华盛顿、^[20]墨翟,^[21]其后各号的人物画像还有虚无党女杰苏菲亚(Sophie Perovakala)和无政府党首创者巴枯宁(Michael Bacunin)、陈天华、邹容、吴稚^[22]及被称为“中国大民族革命伟人”的朱元璋、洪秀全、孙逸仙等。场景图片更是值得玩味,有“法兰西第一次革命之真景”、“太平天国战胜清兵之真景”、“法路易十六上断头台之真景”、“西班牙王之遭难”、“俄国虚无党轰炸首相之真像时(1906年7月)”、“1789年7月14日法兰西人民攻破巴士底狱之图”、“立宪国之暴尸图”。^[23]很显然,主张革命,反对立宪。

改良派与立宪派的论争,从20世纪初年开始,到1905年全面展开,其斗争时间之长,规模之大,涉及问题之多,都是空前的。1903年随着梁启超等改良派人士把运动的重心从国外转向国内的立宪运动,从事实际的立宪运动,改良派在论战中的主要舆论阵地《新民丛报》也停刊了,这样,两派之间的论战也就逐渐停止了。^[24]尽管出发点不同,方式、内容也有异,但都有一定的传播外国宪政理论和介绍外国宪政实践的作用。

改良派与革命派的争辩本是时代进步力量之间的路线分歧,绝非后人一般所论革新与守旧、进步与反动之间的对立。革命派在辛亥革命后的理论与实践都未超越梁启超在论战中所划定的方略,孙中山提出的军政、训政和宪政的循序渐进的方案在本质上不过是梁启超君主立宪主张的具体化;在宪政问题上的过渡阶段论是维新派和革命派的共同纲领,区别只在于时间的技术估算而

[17] 《民报》是同盟会的机关报,由原宋教仁主办的《二十世纪之支那》改组而成,1905年在日本东京创刊,共出26号附“天讨”增刊一号,最后的第25号和26号于1910年发行于法国,这两号的总编辑人为汪精卫。

[18] 被称为“世界第一之民族主义大伟人”。

[19] 被称为“世界第一之民权主义大家”。

[20] 被称为“世界第一之共和国建设者”。

[21] 被称为“世界第一之平等博爱主义大家”。

[22] 即1905年携炸弹于北京正阳门车站行刺出洋考察政治的五大臣的激进革命党人,本人也于这一事件中死亡。

[23] 此图下还注明“此俄国立宪后杀人暴尸之惨状也,希望立宪者盍鉴诸”。

[24] 董四礼:《晚清巨人传——梁启超》,哈尔滨出版社1996年版,第238-240页。

已。^[25]这种观点是比较客观的。无论是改良派还是革命派,两者以不同的方式,从不同的侧面,都既传播了西方的宪政理论,介绍了外国的宪法制度,又都一定程度地激发了中国的宪政运动。

三

对外国宪政学说和制度的传播和介绍不仅体现在关于宪政的两派论争中,还体现在这一时期的宪政论著中。

在清末最后10年间,继续进行了继19世纪末的编译外国法律法规^[26]和法学论著的工作。^[27]其中,关于外国宪政方面的译著和编著占了相当的比例。限于篇幅,仅就已查阅过的比较有典型意义的著作介绍如下:

1902年作新社编著并出版的《各国宪法大纲》,共分四编,依次为英国宪法、德意志联邦宪法、法兰西宪法、日本宪法。其中,关于英国宪法,有宪法之沿革、君主、立法、行政四章。关于德意志联邦宪法,则包括德意志宪法和普鲁士宪法两部分。之所以选编此四个国家的宪法,编者在“凡例”中作了说明:“英吉利及德意志、普鲁士、法兰西之宪法,为诸国宪法之渊源,理论精详,特为荟萃。倘读者玩索而有得焉,则可以知其他宪法之组织及体裁矣。本书于日本宪法,特别说明,盖以示其由欧美宪法研究而成也,东亚诸国,其首布宪法者,惟日本耳,空谷足音,编者所特注意。本书起于宪法之起源,终于宪法之完成,最为简明,中国尚未制定宪法,实为国民之急务,本局亟编是书,以备研究,裨补当时,甚非浅解”。

章宗元翻译的《美国宪法》,由上海文明书局于1902年出版。翻译了美国1787年宪法及第1-15条修正案,不仅逐句详译,并且根据其他论著整理附加了有关的说明和解释。

[25] 杜钢建:《论梁启超的人权思想》,载《人大法律评论》2000年卷第一辑,中国人民大学出版社2000年版。

[26] 据商务印书馆刊登于《法政杂志》第2卷第8号(1913年)的出版广告言道,“世界现行宪法三十种”于民国2年3月初旬出版,该书由英法德葡日本等国文译出,皆为当时最新之版本,其中共和国宪法11种,君主国及属地联邦19种约20余万字。可见当时翻译外国宪法之盛行。

[27] 关于清末所出版的翻译、编译外国法律法规、法学论著方面的书籍概况,参见田涛、李祝环:《清末翻译外国法学书籍评述》的附录“清末外国法学引进书目”,载《中外法学》2000年第3期。

戢翼翠翻译的《万国宪法比较》(日本学者辰巳小二郎原著),由上海商务印书馆于 1902 年出版。该书涉及 70 余个国家及地区的宪法及政制,可能是这一时期有关宪政方面所涉国家和地区最为广泛的一本论著,既有当时宪政较为发达的英、美、法、德、日等国,也有同时期其他同类书籍不常提到的南美洲、非洲、大洋洲、亚洲等国家和地区的宪法、政制。但内容比较简单,提到有些国家的宪政仅有建国的时间、主要体制模式等寥寥数语。全书只有数十页,而涉及那么多的国别,可以想见它内容的简陋。此外,在介绍各国宪法时,全书没有提到公民权利自由的任何一个条款,而只有关于统治体制的内容。不过,编译者的目的在序言中还是表达得非常清楚,即“作万国宪法比较,洵为初学者之津梁也,近日维新风潮耸起,大陆有志之士旋思研究政学,以为他日变法用,则考各国政体之得失,宪法之善恶,尤为当务之急,故首先译之以享有志新学之士,则他日者中国有宪法或亦此书之起点”。

范迪吉和李思慎译述的《日本宪法全书》(日本学者田中次郎原著),由上海群学社于 1905 年出版。该书分为两编,第一编为总论,共有 5 章,内容涉及宪法的沿革、宪法的解释、国家的观念等基本问题,第二编为各论,按日本明治宪法的 7 章体例,分别为天皇、臣民权利义务、帝国议会、国务大臣及枢密顾问、司法、会计、补则。正文后还有附录,包括“誓文五条”、“皇室典范正文”等。在“译者自识”中,表明了译述者翻译此书的目的,即“而原其所以致此(日本成为强国),由先则唯五条之誓文,后则唯 76 条之宪章,义务则有限而无一敢以自诿,权利有保护而无一敢以自私熙熙乎……宪法之可宝贵,而其维系于家与国之间者,如山有干,如水有源,如树之有本根……而原日本之所以强则自明,治建之始之以统一,继之以立宪,无欧洲倣效之劳,而有其治安之逸……我不欲立宪则已,苟欲立宪,则非日本之师将谁师”。

卢弼和黄炳言翻译的《宪法》(日本学者清水澄原著),于 1906 年由政治经济社出版。分为第一编总论,包括国家、宪法两章;第二编统治权的主体,主要对统治权的性质及作为统治权主体的天皇的地位、继承等作了规定;第三编统治权的客体,包括领土、臣民两章;第四编宪法上的机关,共 10 章,内容涉及摄政、国务大臣、帝国议会、政府、裁判所等;第五编统治权的作用,共 7 章,对立法、预算、司法、行政等作了具体规定。清水澄所著的此书为近代日本非常具有权威性的宪法著作,这种权威性不仅体现在体系上,而且还体现在上述内容上。

齐雨和、古翔九编辑的《十七国宪法正文录纂》,由敬慎书庄于 1907 年刊

行。涉及欧美 17 个宪政发达国家的宪法部分条文。

《各国宪法源泉三种合编》,由中国图书公司于 1908 年印行,原著者为德国的挨里捏克,^[28]由林万里、陈承泽根据日本美浓部达吉翻译的日文版转译。三编分为第一编人权宜言论、第二编论少数者之权利、第三编历史上国家之种种相。其中,第一编的内容最为详尽,阐述了人权宣言于法史上之地位、人权宣言与美国诸州之权利宣言的对照、美国诸州之权利宣言与英国权利宣言之不同等,并说明了卢梭的《民约论》并非人权宣言的渊源、人权思想与日耳曼民族固有法律思想的关系等问题。校订者潘承镔在“合编序”中说明了出版此书的目的:“于吾今日预备立宪时代,凡政府国民皆宜取为重要之参考,庶几实行时不至徒袭各国宪法之文,能识其根本理论之所存,而后能收政治上实际之效果”。

陈文中译述的《宪法论纲》(日本法曹阁编纂),由日本博通书局于 1910 年出版。第一编绪论,包括国家、宪法两章,论及国家的概念、意义、理论、种别及宪法的位置、沿革、关系、效力、解释等;第二编国家之组织,有统治权、领土、臣民三章;第三编国家之机关,包括天皇、摄政、帝国议会、国务大臣等 8 章;第四编国家之作用,有国家作用之概说、立法之观念、司法之观念、行政之观念、法律、命令、预算、国际条约等 8 章。关于编译此书的目的,“译者自序”作了明确的说明:“奉宪法以为生命财产之保障,不知宪法为定国家组织及行动之大则者,原理之差,即事实之谬。故欧美学者不拘门类,党同伐异,阐其蕴奥,冀明真理,期不误其行事,日本学子也审弹力于斯,分君主主权说与国家主权说二大派,以究斯法之真相。而我士大夫器器然徒恣龙吠其下者,无论已即今之有宪政之责者,能识宪法为何物乎。余为此惧,爰就各国宪法比较论之,而采至精极当之学说,阐明其真理,妄著为篇,饬我国人俾有所依据。”

邵义译编的《(各国对比)日本宪法详解》(由日本学者城数马述),由预备立宪公会于 1908 年出版。此书按照日本明治宪法的体例,依次分为天皇、臣民之权利义务、帝国议会、国务大臣及枢密顾问、司法、会计、补则等七章。该书的特点如译编者在“例言”中所言,主要有两个方面。一是“是书为日本城法学士当初发布宪法时所著,意在使一般之人,明晰宪法条文规定之意义,故文字无取精深,法理不求高远,但就条文之用意解释之,以期普通一般

[28] 现一般译为耶里内克(G. Jellinek, 1851-1911)。

之人民皆能明晰宪法之为何物，而知规定权利义务之所在，以为立宪之国民”；二是“是书特长之处，在每一条文下，附欧美各国宪法条文对比，可知宪法根源于欧美各国，而东方之立宪国，以日本为首，在日本当时附欧美各国宪法条文对比于下者，欲人民知日本宪法之有所模范”。同样是在“例言”中，译编者也说明了编译此书的目的，即“我国正当实行预备立宪时代，宪法大纲虽已颁布，而大多数之国民亦如昔时日本国民不知宪法为何物，故译此以示多数之国民，使悉宪法内容之何若，将来我国宪法颁布后，可为研究之资料”及“我国国民更可藉规定之异同，比较日本宪法与欧美宪法之优劣，以为异日之研究”。

这一时期出版的行政法方面的译著，既有具比较行政法性质的，如（日）浮田和民著、白作霖译的《比较行政法》（东京译书社1902年版），也有关于具体某国行政法的，如顾昌世编译的《日本行政法》（通社丛书1907年版），还有关于外国具体的行政法律制度的。受篇幅限制，这里仅介绍两本相关的论著。

曹履贞编辑的《行政法》，由湖北法政编辑社于1905年发行。全书分为九编，第一编总论，分行政与行政法规两章；第二编行政机关，分行政组织、行政官厅、官制、中央官厅、地方官厅、行政官吏、地方公共团体、营造物八章；第三编行政行为，有行政法规与行政处分两章；第四编行政监督，分行政诉讼、行政诉愿、行政行为之取消及停止；以下5到9编为各论，依次为内务行政、财务行政、军务行政、外务行政、司法行政。该书无论是形式还是内容，均是当时日本行政法著作的翻版。编辑者在该书例言中说明了这一点：“本编为法学博士清水澄先生所讲，而行政上事，范围甚广，博士因时日促迫，所讲甚略，今参以法学士松本顺吉讲义，始略具大体焉”，可见只是对日本行政法学者讲义的编译。例言中还说明了编译此书的目的：“对于中国言行政，当就吾国政事，比较其利病得失，非可偏执而论也，望同志抑其是己非人之心，以研究之，庶于吾国前途有补耳……。吾国无行政上之成书，其有论者，不过一二贤能，就已所阅历者，叙述一二，又或名臣钜动，身后之奏议。哀然成集，求其会通国体政体，明述内外法制。使人一见可晓者，绝不可得，自今以后，应研究之，顾兹事体大，非非才所能办，望同志有以教之。”

夏同和编辑的《行政法》，由东京并木活版所于1905年印刷。该书分为绪论和四编，绪论共有3章，依次为行政法研究之方、行政法备于宪法国、行政法与宪法之区别；第一编行政及行政法，分政权分立、行政与立法、行政与司法、行政与大权作用、实质之意义之行政、形式之意义之行政、行政法之范

围、行政法之渊源等八章；第二编行政机关，分行政组织、行政官厅、行政官吏、自治公共团体、营造物等五章；第三编行政行为，分行政法规、行政处分、行政处分强制手段等三章；第四编行政监督，分命令处分取消及停止、诉愿、行政诉讼等三章。该书也和上书一样是对日本行政法学者讲义的编译，编辑者在“例言”中也作了说明：“清水澄博士讲述行政法简略已甚，故本其三十年度已刊行之讲义录为编辑之主要，其不备者乃参考笈克彦博士行政法大意、冈实学士行政法论、美浓部达吉行政法总论、上杉慎吉行政法原论、富冈康郎行政法理研究书、小原新行政法总论、穗积八束行政法大意诸书以补之”。并作了如下说明：“法律名词多我国典籍未经见者，然关声法理，万难纂易，至事实上名词则往往改之，以便观览……书中阐明法理处多照原书直译，编辑者于法理未能贯通，改之恐失直意，故其文多艰涩，阅者宜潜心玩之”。

从上述介绍可以看出，以上两书取名为“日本行政法”更为妥贴。

除宪政专著以外，在这一时期出版发行的法学类期刊中，有关外国宪政的译文、论文也占了较大比例。

《法政学交通社杂志》由法政学交通社创刊于1906年，刊登在其第1号上的“法政学交通社章程”第2条规定，本社社员以留日学生5人以上同意为基础，以海内外留心法政者组织之；其第25条规定，该社杂志分科为论说、宪法、行政法、民商法、刑法、国际法、经济学、工商业调查记、杂录。考虑当时中国的实情，这种分科的体例显然也是拿来之物。

从刊登在该杂志的论文看，有黄宗麟翻译的“公法与私法”，连续刊登在1906年—1907年间的第1—6号中，还连载了薛宜璠翻译的“各国众议院规则”、王凤翘翻译的“各国上院规则”，对英国、法国等国的上、下议院规则作了详细介绍。唐肯翻译的“欧洲大陆市政论”，主要是关于法国巴黎市的行政组织的介绍。还有，过耀根所著的“最新各国政体考”，该文先对亚里士多德、孟德斯鸠、一木喜德郎的政体分类学说，继而对包括英国在内的欧洲国家的政体作了阐述。此外，还有其他一些专论，如陆定的“地方自治论”，萱野二郎著、全焕常译的“论政党之性质”，笈克彦著、蔡寅译的“论公法之本质”。

刊登在其第6号的刘志扬的“论专制国君主与立宪国君主之权力何如”，该文对专制国家君主的权力与立宪国君主的权力作了分析，并列举立宪国君主之大权，具体包括立宪国之国基于万世一系之君主统治之、立宪国之皇位依皇室典范之所定传之于皇统男系之子孙、立宪国之君主神圣不可侵犯、法律上之无责任、政治上之无责任、有以议会之协赞行其立法之大权、有裁可法律命其

公布及执行之大权、召集议会命其解散之大权、解散众议院、统辖陆海军、宣战、命令议和及缔订条约、组织宫廷、设置守卫、定敬称及纹章之大权。在列举立宪国君主权力之前，作者对3种宪法说作了分析，即第一说“宪法者关于国家组织之法也”，该说为德国公法学者格那斯脱（Gneist）所提倡，作者认为宪法不仅单为关于国家组织之法，因此认为该说失之太狭；第二说“宪法者，国家之直接机关以规定君主及议会之权限也”，此为欧里纳苦（Erinct）所提倡，君主立宪国采用此说者甚少；第三说“宪法者，统治权之所在及发表其作用之形式也”，此说为日本穗积八束、清水澄等所主张，作者认为，统治权为宪法之原则，以之规定统治机关之权限也，统治机关者，即国务大臣等是也，认为该说用之于君主立宪国最为适当。从文中所列举的君主大权可以看出，作者主要依据的也是当时日本占主流地位的学说及日本明治宪法的规定。作者最后得出结论，对于以上各项君权，“则臣民之不能与君权抵抗者明甚，反对者亦可以自省矣。且夫仪正则景正，孟方则水方，君主不行法于上，而欲人民之奉法于下，未之闻也，况当此内乱外患交迫之日，若不使国民自知其地位而勇于守法，则强臣固足以危国，而内乱更足以自丧其元气。嗟夫！中流失船一壺千金势之相变也，如此吾愿执政者毋误国，并愿吾国民毋为邪说所惑，而遗恨于万年也。”作者赞同采日本君主立宪体制的观点昭然若显。

该杂志同期还刊有美浓部达吉著、刘作霖译述的“立法司法及行政之区别并其意义”^[29]的部分内容。该文首先对三权分立主义的由来作了追溯，认为它是孟德斯鸠在《论法的精神》^[29]中首先系统提出的，并指出，德国学者对于孟德斯鸠的这一理论提出了三方面的责难。^[30]尽管如此，作者认为，三权分立是近世立宪国的普通原则，并继而分析了立宪君主国所通行的三权分立主义的具体体现，在此基础上，对立法、司法、行政的观念作了阐释，分析了国家之作用之所以区别立法、司法、行政的原因。

《（欧美）法政介闻》由上海商务印书馆于1908年开始发行，从刊物的名称上即可知其主要的内容是介绍欧美国家的政治法律制度。如其第1期先刊登了“希腊法权神像”、“德意志帝国议院图”、“普鲁士王国议院图”，继而以较大篇幅刊载了当时德意志国法学大师基克马耶著、施愚译的《德意志国法学教科书》。同期与宪政制度有关的文章还有舒贝（Schubart）著、胡钧译的《德普

[29] 原文称之为《法律精神论》，当时中国学界一般称之为《万法精理》。

[30] 这三方面的责难是三权分类之不完全、误解英国的制度、实行之不可能。

现行宪政》的结构和部分内容，结构为绪言、第一篇德意志帝国宪法及行政法、第二篇普鲁士宪法及行政法及附载“德意志帝国宪法条文”、“普鲁士王国宪法条文”，并载有其中第一章“德意志帝国宪法之历史”的部分内容；柏林大学教授波恩哈克（Bornhak）著、古德明译的《行政各论》，原书名为“行政法纲要”，译者取其各论翻译，该期所载是“第一章内务行政”的内容；等等。

这一时期宪政论著大多是对外国宪政历史及君主立宪、议会体制、三权分立、依法行政等宪政基本制度和原则的介绍和编译，这说明了中国近代宪政法学的起步就是与输入外国相关制度和学说紧密相随的，而且主要是受到了君主立宪国的制度和学说的影响。学者们（并不都是真正意义的学者）的意图是非常明确的，即为当时正在涌动的立宪活动提供理论基础，为清末的立宪提供可供借鉴的模式和具体的资料。虽然这在当时有些一相情愿的味道，但实际上这种愿望还是间接得到了一定的实现，而且这也初步预示着当时中国立宪的基调 and 方向。

四

与宪政论争、学术著作相比，清末的立宪活动在借鉴外国宪政制度方面所表现的态度更加直接，目的更加明确。

戊戌政变及义和团运动之后，以慈禧为首的清朝统治更是岌岌可危，全国的反清、反满运动汹涌澎湃。为时势所迫，慈禧在对待变法问题上来了一个一百八十度转弯，于1901年以清政府的名义连续发布三道“上谕”，承认“法令不更，锢习不破，欲求振作，须议更张”，下谕成立督办政务处，以“专责成而挈纲领”，强调“惟有变法自强，为国家安危之命脉，亦即中国生民之转机”。以慈禧为首的保守派的态度在如此短的时间内发生如此大的转变，虽出乎一般民众的意料，但深究一番还是可以作出解释的。一者可以以此缓和与帝国主义列强的关系，二者自以为可以缓和国内的反清反满情绪，再者，辛丑回京后，慈禧想以此限制光绪皇帝的权力，能继续驾制光绪皇帝。^[31]出于这些目的而颁布的这些上谕，革命派们当然会对此嗤之以鼻，一般民众更是冷眼相看，但是，清政府的一些封疆大吏及改良派们还是因此而又重新燃起了君主立宪、变法图强的幻想，他们有的上递奏书，如张之洞、刘坤一等，有的发表论

[31] 仇父：《立宪运动之进行》，载中国史学会主编：《辛亥革命》（四），上海人民出版社1981年版。

著,如康有为、梁启超等,对立宪变法提出了种种设想和建议。从学界看,翻译欧美及日本等国的政治法律书籍及研究宪政者的热情由此高涨。

1905年日俄战争结束,俄国大败,这给了清廷内外极大的震动。一般人士均以为,日本之所以能以小国战胜大国,乃是日本近代立宪所取得成就的结果。日俄和约还未签订之际,江苏名士张謇就在《致袁世凯书》中主张立宪,指出:“不变政体,枝枝节节之补救无益也。不及此日俄全局未定之先,求变政体而为揖让敦苒之迂图无及也。……日俄之胜负,立宪专制之胜负也。今全球完全专制之国谁乎?一专制当众立宪尚可幸乎?”^[32]张謇这一被有关近代宪政的论著广为引用的观点表达了当时大部分有识之士的心声。

日俄战争后,清廷立宪之议再起。同年,仿日本明治政府在制定日本近代第一部宪法(即“明治宪法”)之前,作为制宪的准备,派遣伊藤博文等人赴欧洲考察各国宪政情况的做法,清政府发布“派载泽等分赴东西洋考察政治谕”,^[33]载泽、戴鸿慈、端方、尚其亨、李盛铎五大臣受命分赴各国。^[34]在长达7个多月的考察历程中,5大臣的足迹遍及日、美、德、英、法、俄等15个国家。^[35]他们沿途考察,屡有陈奏,继而有驻外使臣等纷纷奏请立宪。1906年6月,考察政治大臣们相继回国,“两宫召见泽公二次,端大臣三次,戴尚两大臣各一次,垂问周详,皆痛陈中国不立宪之害,及立宪后之利”。^[36]

虽然当时的朝廷内外出于各种目的反对立宪之声不绝于耳,但慈禧在反复考虑及连续召见亲贵、召开一系列御前会议后,于1906年7月13日(应为农历,阳历为9月1日)发布《宣示预备立宪先行厘定官制谕》,言道:“……而各国之所以富强者,实由于实行宪法,取决公论,君民一体,呼吸相通,博采众长,明定权限,以及筹备财用,经画政务,无不公之于黎庶。又兼各国相

师,变通尽利,政通民和有由来矣。……仿行宪政,大权统于朝廷,庶政公诸舆论,以立国家万年有道之基。但目前规制未备,民智未开,若操切从事,涂饰空文,何以对国民而昭大信。……必从官制入手,……次第更张,……以预备立宪基础。……俟数年后规模粗具,查看情形,参用各国成法,妥议立宪实行期限,再行宣布天下,视进步之迟速,定期限之远近……”。^[37]

此谕一发布,有人欢呼,有人抗议,内外评价不一。^[38]不过,在此谕发布后,清廷的改革举措并不大,9月改内官制,次年4月发布外官制,7月改考查政治馆为宪政编查馆。一年之内所预备者不过如此。8月,派达寿使日本、汪大燮使英、于式枚使德,考察宪政。1908年6月,始定咨议局章程及议员选举章程,预备立宪才稍有实际行动,是年8月,宪政编查馆咨政院会奏宪法大纲暨议院法选举法要纲及逐年筹备事宜摺。^[39]同月,终于颁布了《钦定宪法大纲》。

《钦定宪法大纲》虽然已经颁布,但规定九年预备,为期久远,宪政之实行尚有待时日。宣统即位,因其年幼,由其父醇亲王摄政,以皇族组织内阁,国人对此大为不满,各省咨议局议员要求迅速召开国会。1909年7月,颁布《咨政院章程》,以作为预立上下议院之基础。1910年8月,召集第一次咨政院会议,该院即请钦颁宪法。于是颁发命令规定改于宣统5年(即1913年)召集国会。特派溥伦、载泽为纂拟宪法大臣,按照《钦定宪法大纲》,迅速拟定宪法条文。当时清廷还欲借《钦定宪法大纲》以保障其君主至高无上的大权,1911年颁布内阁官制,设立内阁,以奕劻为总理大臣。同年10月发生武昌革命起义,各省一时四应,相继宣告独立,清廷惶急无措乃复召集咨政院,开临时会议,决定弛党禁,下罪己诏,以冀收拾已失之人心,罢亲贵奕劻等,授袁世凯为总理大臣并向咨政院负责,并命将宪法交咨政院协赞。此时,蓝天尉等人电奏要求立宪,并请宪法由议院制定。咨政院受命起草宪法。11月,该院先行拟定宪法《重大信条十九条》(以下简称《十九信条》),即发布命令加以宣布。

[32] 潘树藩编:《中华民国宪法史》,商务印书馆1935年版,第4页。

[33] 参见《清末筹备立宪档案史料》(上册),中华书局1979年版,第1页。

[34] “上谕”旨明派载泽、戴鸿慈、端方、徐世昌4人出国考察,后又增派绍英。1905年8月26日5大臣在北京车站登车准备开行之际,遭到革命派人士吴稚晖炸弹袭击,造成一定伤亡。后改由尚其亨和李盛铎取代徐其昌、端方出国考察。参见“出使各国考察政治大臣载泽等奏出京乘坐火车遇炸情形摺”,《清末筹备立宪档案史料》(上册),中华书局1979年版,第2-3页。

[35] 关于考察团在各国考察的情况,朱勇主编的《中国法制通史》(第九卷,法律出版社1999年版)的第3章第1节“制宪前奏——考察宪政”(第51-76页)及韦庆远、高放、刘文源著的《清末宪政史》(中国人民大学出版社1993年版)的第3章第4节“五大臣出洋考察概况”(118-132页)有较为详细的介绍。

[36] 引自《考政大臣之陈奏及廷臣会议立宪情形》,《辛亥革命》(四),第14页。

[37] 参见《清末筹备立宪档案史料》(上册),第43-44页。

[38] 《东方杂志》(临时增刊,1906年)的“舆论一斑”及“外论选译”两专栏对此有非常详细的介绍。

[39] 参见《清末筹备立宪档案史料》(上册),第54-67页。

法。《钦定宪法大纲》与《十九信条》的颁布是清末所进行的主要立宪活动，^[40]这两个文件在内容上均是借鉴外国宪政制度的结果，在此分别作具体分析。

(一)《钦定宪法大纲》(以下简称“大纲”)

大纲共23条，分为两部分，一部分是关于君上大权，共14条，另一部分为臣民的权利义务，共9条。从其根本精神看，乃为日本明治宪法(以下简称“日宪”)之化身，作具体比较如下：

1. 关于君上大权：

·大纲：大清皇帝统治大清帝国万世一系，永永尊戴。

日宪：大日本帝国由万世一系之天皇统治之。(第1条)

·大纲：君上神圣尊严，不可侵犯。

日宪：天皇神圣，不可侵犯。(第3条)

·大纲：钦定颁行法律及发交议案之权。凡法律虽经议院议决而未奉诏令批准颁布者，不能见诸施行。

日宪：天皇裁可法律，命公布及执行(第6条)。两议院得议决政府提出之法律案，并得提出法律案(第38条)。

·大纲：召集、开闭、停展及解散议院之权。……

日宪：天皇召集帝国议会，命开会、闭会、停会及众议院之解散。(第7条)

·大纲：设官制禄及黜陟百司之权。用人之权操之君上，而大臣辅弼之，

议员不得干涉。

日宪：天皇定行政各部之官制及文武官之俸给，并任免文武官，但本宪法及他法律载有特例者，各依该条项。(第10条)

·大纲：统率陆海军及编定军制之权。君上将遣全国军队，制定常备兵额，得之全权执行，凡一切军事皆非议员所得干预。

日宪：天皇统帅海陆军(第11条)。天皇定海陆军之编制及常备军(第12条)。

·大纲：宣战、媾和、订立条约及派遣使臣，与收受使臣之权。国交之事由君上亲裁，不付议院议决。

日宪：天皇主宣战、议和及缔结各种条约(第13条)。

·大纲：宣告戒严之权，当紧急时，得以诏令限制臣民之自由。

日宪：天皇宣告戒严，戒严之要件及效力，以法律规定(第14条)。

·大纲：爵赏及恩赦之权。恩出自上，非臣下所得擅专。

日宪：天皇授予爵位、勋章及其他荣典(第15条)。天皇命令大赦、特赦、减刑及复权(第16条)。

·大纲：总揽司法权，委任审判衙门，遵钦定法律行之，不以诏令随时更改。司法之权操诸君上，审判官由君上委任，代行司法，不以诏令随时更改者，案件关系至重，故必以已经钦定法律为准，免涉分歧。

日宪：司法权，由法院以天皇之名，依法律行之。法院之构成，以法律定之(第57条)。

·大纲：发命令及使发命令之权，惟已定之法律，非交议院协赞，奏经钦定时，不以命令更改废止。法律为君上实行司法权之用，命令为君上实行行政权之用，两权分立，故不以命令改废法律。

日宪：天皇为执行法律或为保持公共之安宁秩序及增进臣民之幸福，亲发或使发必要之命令，但不得以命令变更法律(第9条)。

·大纲：在议院闭会时，遇有紧急之事，得发代法律之诏令，并得以诏令筹措必需之财用，惟至次年会期，须交议会协议。

日宪：天皇为保公共之安全，免公共之灾厄，有紧急之必要时，于帝国议会闭会中发可代法律之敕令，此敕令至次会期当提出于帝国议会，若议会不承诺，则政府当公布自此以后此敕令失其效力(第8条)。为保持公共之安全，需紧急费用之时，依内外情形，如政府不能召集帝国议会，得依敕令行财政上必要之处分。前项事情当于下会期提出于帝国议会求其承诺(第70条)。

[40] 刊登于《北大法律评论》(第1卷第2辑，法律出版社1999年版)的包万超所著的《儒教与新教：百年宪政建设的本土情结与文化抵抗》的“制表说明”中提到，1911年7月3日至9月20日，清政府曾委托汪荣宝、李家驹等人起草过《大清宪法典(草案)》，该草案分为10章，除其中的“摄政”一章外，其余各章基本仿照日本的明治宪法，但该草案从未公布，现保存于故宫博物院。由于资料所限，笔者无法在此对这一草案作具体介绍。

此外，还需要说明的是，近年来，我国青年学者俞江先生对于清末立宪方面的研究取得了突破性的成果，他首先在《历史研究》1999年第6期上发表了《两种清末宪法草案稿本的发现及初步研究》，对其在北京中央第一历史档案馆查找到的“大清宪法案”(仅存3个条款)及“清政府拟定宪法草稿”(完整稿，共有9章、81条)作了一定的考证及研究。他还在《法律史论集》第4卷(韩延龙主编，法律出版社2002年版)上刊载了这两个法案，同时撰文对前一草案的作者、时间等作了进一步的说明，断定该草案初稿系日本学者北鬼三郎于1908年2月完成，1909年6月经稍作增删而正式出版，它虽然并非为清政府起草，但出版后曾受到宪法起草者的重视，并被译成中译本进呈朝廷。对于后一草案，至今仍难以断定它是否系受清政府委托而起草，但从条文规定可以看出，它是在广泛参考日本及欧洲国家宪法的基础上而起草完成的，该草案正文之前的“总论”对此也有明确的说明：“我中国制定宪法，其形式宜法日本，其精神宜法欧洲，盖二美并从而也”。

·大纲：皇室经费应由君上制定常额，自国库提支，议院不得置议。

日宪：皇室经费依现在定额每年由国库支出，除将来需增额之时外，无需帝国议会之协赞（第 66 条）。

·大纲：皇室大典，应由君上督率皇族及特派大臣议定，议院不得干涉。

日宪：皇室典范之改正，无须经帝国议会之议，不得以皇室典范，变更本宪法之条规（第 74 条）。

2. 关于臣民权利义务

·大纲：臣民中有合于法律命令所定资格者，得为文武官吏及议员。

日宪：日本臣民合法律命令所定之资格，均得任文武官及就其他公务（第 19 条）。

·大纲：臣民于法律范围以内，所有言论、著作、出版及集会结社等事，均准其自由。

日宪：日本臣民在法律范围内有著作、印行、言论及集会结社之自由（第 29 条）。

·大纲：臣民非按照法律所定，不加以逮捕、监禁、处罚。

日宪：日本臣民非依法律不受逮捕、监禁、审问、处罚（第 23 条）。

·大纲：臣民可以请法官审判其呈诉之案件。

日宪：日本臣民受法律所定之裁判官裁判之权不能被剥夺（第 24 条）。

·大纲：臣民应专受法律所定审判衙门之审判。

日宪：第 24 条。

·大纲：臣民之财产及居住无故不加侵扰。

日宪：日本臣民其所有权不能被侵害，为公益事必要之处分依法律之所定（第 27 条）。日本臣民除法律所定者外，未经许诺，其住所不能被侵入及搜索（第 25 条）。

·大纲：臣民按照法律所定，有纳税当兵之义务。

日宪：日本臣民从法律所定有纳税之义务（第 21 条）。日本臣民从法律所定有服兵役之义务（第 20 条）。

·大纲：臣民现完之赋税，非经新定法律更改，悉仍照旧输纳。

日宪：无相应条款。

·大纲：臣民有遵守国家法律之义务。

日宪：无相应条款。

《钦定宪法大纲》从颁布之日起，就招致多种抨击。如批评“其本旨在于

巩固君权”，只不过是“徒饰宪法之外貌，聊备体裁，以蔚民望”。^[41]《民声》^[42]第 1 期（1910 年版）刊登有荪楼的“宪法大纲刍议”，^[43]此文指出，《钦定宪法大纲》的“钜谬”有三方面，即“一曰悖正义”、“二曰昧法理”、“三曰反事实”。时至今日，大多法史书籍及论著在论及该大纲时，往往仍会提到“假立宪”、“粉饰宪政”、“以宪法名义维护君主专制制度”等词句。

本文为避免有离题之嫌，不能也不想在此对大纲作过多的评价。只想说明的是，无论当时的清政府出于怎样的目的制定、颁布这一文件，也无论这一文件多么欠缺近代宪法应有的内容和特征，但不能否认《钦定宪法大纲》是中国历史上由官方颁布的、在名称上明确带有“宪法”两词的文件，它是中国历史上第一个宪法性文件。仅从此方面言，任何完全否认这一文件的历史意义的言论都会给人以有失客观、公正之嫌。而作为近代中国的第一个宪法性文件，它的出台，很大程度上是受外来宪政的实践和理论的影响，而从上面的对照可以看出，它的内容则与日本的明治宪法大同小异。

在中国古老悠久的历史中，不存在实行宪政的土壤，17、18 世纪当欧美等国开始实行宪政时，中国却仍采取闭关自守、盲目排外的措施。19 世纪中叶，当国门在洋枪大炮的压力之下被渐渐打开时，从来没有基础的宪政思潮也在大地开始涌动。20 世纪初，在不同势力的要求立宪和反对立宪的嘈杂声中，在以慈禧为首的清廷政府的拖拖拉拉和半推半就中，近代中国的第一个宪法性文件终于面世，这一文件是“宪政编查馆、资政院王大臣督同馆院谕习法政人员，甄采列邦之良规，折衷本国之成宪”^[44]编辑而成的。而从上面的对比可以看出，大纲的一个显著特征是对日本明治宪法的借鉴，而借鉴范围如此之广以致可以用“抄袭”两词来形容了。在当时的中国，被介绍的外国宪政理论和宪法制度如本文前面所阐述的那样，实际上是比较广泛的，名为“采列邦之良规”，为何独效法日本？看似难以理解，实际上却是完全列得出理由的。

《钦定宪法大纲》的出台过程非常清楚地说明，它的颁布并非出于清廷的自愿和主动，而更多的是由于迫于内外形势而采取的权衡再三的统治措施，是

[41] 转引自朱勇主编：《中国法制通史》（第九卷），法律出版社 1999 年版，第 97 页。

[42] 1910 年 5 月创刊于上海，半月刊，编者为陈区。

[43] 此文被选编于《辛亥革命前十年间时论选集》（第三卷）中，生活·读书·新知三联书店 1978 年版。

[44] 参见“宪政编查馆资政院会奏宪法大纲暨议院法选举法要领及逐年筹备事宜摺”，《清末筹备立宪档案史料》（上册），第 55 页。



在确信立宪有“皇位永固”、“外患渐轻”、“内乱可弭”〔45〕三大利的情况下，才发布预备立宪令，并颁布宪法大纲的。因此，如何确保王权，如何维护专制统治，这是首先考虑的事项。这既是清廷政府允诺进行立宪活动的前提条件及最清楚的底线，也是具体起草大纲条文的皇亲权贵们在甄选列邦宪法时确定孰为“良规”时主要考虑的基本标准。

当时影响较大、被广泛介绍的有美国、法国、英国、德国、日本等国的宪政制度。其中，美国作为第一个颁布实施成文宪法典的国家，按照其 1787 年颁布的《美利坚合众国宪法》，实行的是总统制的共和国制度；此时的法国是第三共和国时期，按照其 1875 年的“法兰西第三共和国宪法”，实行的也是总统制的共和国制度。总统制的共和国制度显然是不对清廷胃口的，这在五大臣出国考察宪政途中对这两个国家的宪政作总结时已清楚表明了这一点。

在“出使各国考察政治大臣戴鸿慈等奏在美国考察大概情形并赴欧日期摺”中，虽然戴鸿慈、端方盛赞美国的议会制度及工商业之发达等，但非常明确地指出了“大抵美以工商立国，纯任民权，与中国政体本属不能强同”。〔46〕在“出使各国考察政治大臣载泽等奏在法考察大概情形并再赴英呈递国书摺”〔47〕中，载泽、尚其亨、李盛铎一方面赞扬法国“条规既整齐完密，精神尤固结流通”，指出“遗其粗而擷其精，可以甄采之处，良亦非鲜”；不过，他们的这些观点是建立在考察法国政治后作出的“复知其立国之体，虽有民主之称，统治权实与帝国相似”基础上的，所谓“精”，实指“统治权实于帝国相似”，而非指要效仿此时法国实行的总统制和共和制。

除美国、法国外，当时的英国、德国、日本实行的均是保留王位的君主制。载泽、尚其亨、李盛铎在“出使各国考察政治大臣载泽等奏在英考察大概情形暨赴法日期摺”〔48〕中，对英国的宪政有一归纳，即“大抵英国政治，立法操之议会，行政责之大臣，宪典掌之司法，君主裁成於上，以总核之”，指出英国精神之所在，“特色实在地方自治之完密”。不过，他们并不力主效仿英制，因为“考其政治之法，实数百年积渐修改，条理烦琐，仓猝未易洞悉源流”，并且“惟其设官分职，颇为复杂拘执之处，自非中国政体所宜，弃短用

〔45〕 此为载泽在出国考察宪政回国后向清廷提出的“奏请宣布立宪密摺”中所阐述的立宪对当时中国的三大有利的方面，具体请参见前引《辛亥革命》（四），第 27—30 页。

〔46〕 参见《清末筹备立宪档案史料》（上册），第 7 页。

〔47〕 参见《清末筹备立宪档案史料》（上册），第 14—15 页。

〔48〕 参见《清末筹备立宪档案史料》（上册），第 11 页。

长，尚须抉择”。

强调英国宪政的形式烦琐和难以操作而不易洞察和尚须抉择，这只是表面的借口。实质上是由于，作为近代宪政的发源地，英国宪政制度的起源就与限制王权相联系，经 18 世纪末资产阶级革命后实施的君主立宪制，更是进一步限制了王权，20 世纪初的英国，其君主立宪体制中的君主，地位进一步下降，行使的权力所剩无几，而这些权力更多的具有象征性和礼仪性。这些亲贵权臣的考察大臣们虽然主张立宪，但就他们所代表的利益和所站的立场看，在清廷实行封建专制、统治集团只是想做立宪表面文章的 20 世纪初的中国，他们根本不可能（其实也不敢）提出力主效法英国的主张，而且即使提出这一主张，也不可能被接受。

1871 年德意志帝国成立不久就制定颁布了《德意志帝国宪法》，作为近代统一以后德国的第一部宪法，其一个显著特征是确立皇帝拥有广泛权力，皇帝是帝国行政的最高首领，任命宰相和帝国其他官吏，并有权召集联邦议会。他还可以以帝国名义宣战、媾和、结盟、缔约、派遣驻外使节，可以宣布帝国任何地区为战争状态，对某些种类的立法，如涉及修改宪法、军事及关税、消费税等，有否决权。宪法虽然确立联邦制，但强调维护联邦中央的权力，各邦的权力范围很小。此外，该宪法具有维护容克贵族在政治体制中的优越地位，推行普鲁士军事制度的特点。

这部宪法由于具有上述内容和特征，在当时的欧洲大陆中是比较独特的，反映了近代德国有别于法国、英国等国的社会现实。戴鸿慈、端方在“出使各国考察政治大臣戴鸿慈等奏到德考察大概情形暨赴丹日期摺”〔49〕中，指出“揆其立国之意，专注重於练兵，故国民皆有尚武之精神，即无不以服从为主义……其人民习俗，亦觉有勤俭质朴之风，与中国最为相近”，并且恍然大悟道：“是以日本维新以来，事事取资于德，行之三十载，遂致勃兴。中国近多歆慕日本之强，而不知溯始穷原，正当以德为借镜”，并提出“适自明其强盛之由，在中国虽不必处处规随，而其良法美意行之有效者，则固当急於师仿不容刻缓者也”。不过，他们也承认，“因德文繁重难通，译材太少，恐不免於挂漏，唯有多购书籍回国以待研求”。

日本明治维新以后，初期虽主要效法法国，但效果不甚理想，转而以德国作为楷模，日本近代的第一部宪法，即《大日本帝国宪法》（又称“明治宪

〔49〕 参见《清末筹备立宪档案史料》（上册），第 9—10 页。

法”)，就是仿行德国宪政的结果，而它的制定主要是以1850年的《普鲁士宪法》为蓝本，尤其是其所确立的形式上的君主立宪制、实质上的天皇专制制度的统治体制几乎是普鲁士宪法的翻版。在制定明治宪法之前，以伊藤博文为首的考察宪政代表团在欧美考察宪政的途中，就特别青睐《普鲁士宪法》，认为这比较符合保留较浓厚封建残余的日本近代社会现实。同时由于这也比较称当时重新掌握国家大权的日本明治天皇的心，因此明治宪法与《普鲁士宪法》在内容和体制上一脉相承，均体现了严格维护君权、限制自由权利的基本特征。

对于日本效法德国实行宪政并且取得成功这一情况，已经被戊戌变法人士及其后立宪派人士、留日学生们所宣扬，因此考察政治大臣们在考察日本过程中对此特别留意，他们“连日率同参随各员赴其上下议院、公私大小学校，及兵营、械厂、警察裁判递信诸局署，详为观览，以考行政之机关，与其管理监督之法。又与彼政府各大臣，伊藤博文、大隈重信诸元老，及专门政治学问之博士，从容讨论，以求立法之原理，与其沿革损益之宜”。这些日本大臣及学者们给考察大臣讲解的主要是日本宪法的天皇制度。

如1906年1月28日下午，伊藤博文在芝离宫为载泽、尚其亨、李盛铎三大臣及其随从数人讲解宪法，他首先说明，各国君主政体可分为两种，即君主国和民主国，君主国又分为专制君主国与立宪君主国，立宪政体与民主政体的根本区别在于，前者主权在君，后者主权在民。并且指出，中国与日本相同，数千年来为专制君主国，主权在君而不在民，立宪之后，于君主国之国体仍无窒碍，中国为君主国，主权必须集于君主一人之身，并继而对本国明治宪法第一章规定的天皇所拥有的具体权力作了详细的介绍，并明确表明他对中国制定何种宪法的态度，即“贵国为君主国，以上所论种种大权，将来施行宪法时，必须归之君主，而不可旁落者也。余甚希望贵国为立宪君主国，故于此节特详”。在两个半小时的时间内，涉及自由权利的很少，只是提到“贵国欲输入文明，必须参以民权，如言论自由等事，此自由乃法律所定，出自政府所界与，而非人民之可随意也”。〔50〕

日本法学博士穗积八束也向载泽等人讲解日本宪法，着重说明的也是君主大权：“日本国体，数千年相传为君主之国，人民爱戴甚深，观宪法第一条可知。明治维新，虽采用立宪制度，君主主权初无所损。今就表中所述（讲解时于墙壁上挂一君主统治简明图），以君主为统治要之总纲，故首列皇位为主权

之本体，此数千年相承之治体，不因宪法而移。凡统治一国之权，皆隶属于皇位，此日本宪法之本原也”。〔51〕

通过对日本宪政体制的考察，更可能是受伊藤博文等人讲解日本宪法影响的结果，载泽等人得出了“大抵日本立国之方，公议共之臣民，政柄操之君上，民无不通之隐，君有独尊之权”〔52〕的结论。考察政治大臣回国后，在“出使各国大臣奏请宣布立宪摺”〔53〕中，明确说明“夫立宪政体，利于君利于民，而独不便于庶民官者也”，因为“考各国宪法，皆有君位尊严无对，君统万世不易，君权神圣，不可侵犯诸条，而凡安乐尊荣之典，君得独享其成，艰巨疑难之事，君不必独肩其责”。并且在分析当时中国的内外交困后，提出“臣等反复衡量，百忧交集，窃以为环球大势如彼，宪法可行如此，保邦致治，非此未由”，并进而提出3个方面的具体主张，即：宣示宗旨，仿照日本初行宪政的做法将朝廷立宪大纲“腾黄刊贴”；布地方自治之制宜取各国地方自治制度，择其便利者，酌订专书，著为令典；定集会言论出版之律，宜采取英、德、日本诸君主国现行条例，编为集会律，言论律，出版律，迅即颁行。

立宪派人士对日本近代政体的理论与实践的称颂和宣扬，日本宪政论著在中国的较多传播和介绍，出国考察大臣对日本宪政的感性认知与青睐，更主要的原因是，此时的封建王权还比较强大，清廷政府还没有真正认识到政权所受到的威胁，资产阶级力量相对软弱和不成熟，这些都决定了《钦定宪法大纲》在维护君主体制上采取的大致是借鉴普鲁士体制的近代日本的明治宪法体制，与之具有大同的特点。

但是，《钦定宪法大纲》与日本明治宪法相比，仍有一定的小异。具体表现在：

一方面，在确立君上大权方面比日本明治宪法的规定更甚。如大纲与明治宪法都有关于设官制禄之权的规定，但前者明确的是“议院不得干涉”，后者规定的是“但本宪法及他法律载有特例者，各依该条款”，前者强调的是皇上权力的不得干涉，后者则蕴涵着天皇权力受某些法律的限制；大纲规定皇上有宣告戒严之权，并同时规定“当紧急时，得以诏令限制臣民之自由”，明治宪法也规定天皇宣告戒严，但同时明确“戒严之要件及效力，以法律规定”；大

〔51〕 转引自前引朱勇主编：《中国法制通史》（第九卷），第58-59页。

〔52〕 参见《清末筹备立宪档案史料》（上册），第6页。

〔53〕 参见前引《辛亥革命》（四），第24-26页。

〔50〕 参见《泽尚李三大臣行程日记——述伊藤侯讲演宪法》，《时报》第605号，1906年2月18日。

纲明确的是“皇室大典，应由君上督率皇族及特派大臣议定，议院不得干涉”，明治宪法虽然规定“皇室典范之改正，无须经帝国议会之议”，但又强调“不得以皇室典范，变更本宪法之条规”。

同时，大纲根本没有提及内阁的组织，规定大臣辅弼制的只有一处，即“用人之权操之君上，而大臣辅弼之”，日本明治宪法则在其第 55 条规定了“国务各大臣，辅弼天皇，而负责任。凡法律敕令及其他关于国务之诏敕，须国务大臣副署”。这样，明治宪法所规定的天皇之种种大权，多由大臣辅弼。虽然这种大臣辅弼制及明治宪法体制下的上述对天皇以法律上的限制等在实践中可能形式意义比实质意义更大，但比起大纲所规定的皇上权力连形式上的限制都难以寻觅到来说，显然还是有一定差异的。

此外，《钦定宪法大纲》尚附带有“议院法要领”及“选举法要领”^[54]两章。其中，在“议院法要领”中，非常引人注目的是规定了“议员言论，不得对朝廷有不敬之语，及污蔑毁辱他人情事，违者分别惩罚”及“议员开会之际，议长有指挥警察整饬议场之权。如有违议院法律规则者，议长得禁止其发言，或令退出议场”。有这两条规定，议员在议院中就没有了自由发言的权利，对于政府更不敢有所批评。而自英国近代的《权利法案》(Bill of Rights, 1689 年)第 9 条规定“议会中的演说、辩论及议事是自由的，不应在议会以外的任何法院或地方受到弹劾或讯问”^[55]起，近代各国宪法大多采用这一制度，主要是为了保障议员的言论自由。明治宪法第 52 条也规定这一内容，即“两议院议员关于在议院发言之意见与表决在院外不负责任，但议员自将其言论以演说刊行笔记或其他方法公布之，则当以一般法律处分”，该宪法第 53 条还规定了对议人人身的特别保障，即“两议院议员除现行犯罪或关于内乱外患之罪外，在会期中未经该院承诺不得逮捕”。

另一方面，关于权利义务的规定也有一定的不同。如大纲虽然效仿日本明治宪法所规定的“臣民”的权利方面的内容，但并没有规定明治宪法所规定的日本臣民所享有的移徙自由(第 22 条)、书信秘密受保护(第 26 条)、信教自由(第 28 条)及请愿权利(第 30 条)，反而规定了“臣民现完之赋税，非经新定法律更改，悉仍照旧输纳”及“臣民有遵守国家法律之义务”两条明治宪

法中所设有的条文。人们一般在论及日本明治宪法时，常会提到这一宪法在规定自由权利方面不仅范围十分有限，种类较少，而且具有不彻底性，但通过上述比较可以看出，大纲所规定的自由权利在范围和种类方面更加欠缺，所规定的义务却比明治宪法要多。

把仅仅是宪法性文件且具有纲目性质的《钦定宪法大纲》与具有真正意义之宪法地位的明治宪法的条文进行比较，从而挖掘两者的差异，本身并不是十分科学的方法。但即便如此，通过比较，我们还是可以感受到这样的印象，即在《钦定宪法大纲》有限的条文中，在规定皇上大权、臣民义务条款上并不吝惜笔墨，但在规定臣民权利自由方面却特别简单。这不应被理解为是无意的疏忽，而应理解为是有意的安排。因为明治宪法与近代欧美同时期的宪法相比虽然因有许多的不足而常被指责，但它毕竟诞生于日本明治维新之后 20 年之久的 1889 年，它的制定本身是作为实现日本法制近代化系统工程的重要组成部分，必然要反映确立资产阶级政权以后，资本主义经济得到一定的发展，资产阶级的政治要求要得到一定的满足这些社会现实。而《钦定宪法大纲》出台时的中国，资产阶级力量相对薄弱，资产阶级的政权也没有确立，掌握统治权的是封建的清朝政府，制定它的目的如果说完全是玩弄花招有些过分和片面的话，那也绝不能与实现法制的近代化有什么联系。因此，《钦定宪法大纲》与日本明治宪法条文的简繁之间、内容的差异之间，反映出来的主要还是制定的目的及所依存的社会背景的不同。

对《钦定宪法大纲》与日本明治宪法的相似与相异作如此详细的对照与分析，无非是想说明中国历史上第一个宪法性文件是对外来宪政的吸收(或移植)的结果以及在这一过程中所显示的变异，而不是抨击其抄袭的立法技术，也不是抨击其内容的虚伪性，更不是想指责这是在玩弄政治骗局。《钦定宪法大纲》的形式虽然不完善，内容也不充分和现实，制定的目的也不那么真诚，在当时也不可能具备多大的价值，而且本身并不发生法律效力，它被以孙中山为首的革命派所完全否定。但是，《钦定宪法大纲》的所有这些缺陷并不能使它丧失作为中国历史上第一个宪法性文件的地位。

作为中国历史上的第一个宪法性法律，《钦定宪法大纲》宣示了宪法的合法地位，以法律文件的形式明确了权利义务，规定了皇上也要受限于法律(虽然这种限制是如此的无力)，等等，这些历史的意义远较其本身的内容来得深远。而从宪政领域对外国法的吸收角度看，《钦定宪法大纲》制定前派遣政治大臣和使臣出外考察，制定过程所引起的支持派与反对派的论争，及具体内容

[54] 参见《清末筹备立宪档案史料》(上册)，第 59-61 页。

[55] 关于《权利法案》的内容，参见 E.C.S Wade and A.W. Bradley, *Constitutional and Administrative Law*, London and New York, 1985, pp. 14-15.

对日本明治宪法的效仿（或曰抄袭），从而形成了中国立宪实践历史上移植外国宪政的第一次高潮。这既是此前几十年外国宪政理论和制度在中国不断传播的继续延伸，也为其后这种传播的更加广泛和深入打下了基础。此外，这也为近代中国的立宪活动及其他法律领域确立了立法要借鉴外国模式和经验的方向和丰碑。

（二）《十九信条》

1911 年颁布的《十九信条》与前述《钦定宪法大纲》相比，有许多不同。从效力上说，大纲只是一个具有纲领性的宪法性文件，本身并没有法律效力，而信条是先行颁布的宪法重要条款，具有法律效力；从内容上说，大纲的条文主要抄袭了日本明治宪法，体现的是维护皇上大权的宗旨，而信条则较多地体现了对英国宪法体制和精神的借鉴。

英国是近代宪政的发源地，宪法制度从其产生就与限制王权紧密相连。^[56] 17 世纪末的光荣革命以后，英国确立的是君主立宪体制，王权受到更多的限制，后随着一些宪法性法律的颁布和宪法惯例的形成，王权日渐缩小，并最终形成了君主虚位的体制。在近代的英国宪政史上，在君主虚位体制形成的同时，国家的立法权与行政权逐渐地分别由议会与内阁真正地行使。20 世纪初英国宪政的君主虚位与议会内阁制一定程度地被《十九信条》所借鉴。

《十九信条》虽然规定“大清帝国之皇统万世不易”（第 1 条）和“皇帝神圣不可侵犯”（第 2 条），但也明确了“皇帝权以宪法规定者为限”（第 3 条），“皇帝继承之顺序，于宪法规定之”（第 4 条）。宪法虽然由皇帝颁行，但“宪法由资政院起草议决”（第 5 条），而且“宪法改正提案之权，属于国会”（第 6 条）。皇帝有权任命总理大臣和国务大臣，但规定“总理大臣由国会公选”和“其他国务大臣由总理大臣推举”（第 8 条），因此皇帝并没有人事任免的决定权。皇帝虽然直接统率海陆军，“但对内使用时，须依国会议决之特别条件”（第 10 条）。其他体现限制皇帝权力的条款还有：皇族不得为总理大臣、其他国务大臣并各省行政长官（第 8 条）；不得以命令代法律，除紧急命令外，以执行法律及法律所委任者为限（第 11 条）；皇室经费之制定及增减，由国会议决（第 15 条）；皇室大典不得与宪法相抵触（第 16 条）。从这些规定可以看出，虽然皇权仍然存在，但已受到了较大的限制，假如真正落实到实处，那皇

帝基本等同于虚位。

按照《十九信条》的规定，国会不仅拥有宪法的改正提案权、公选总理大臣权、议决皇室经费权，而且还有议决国际条约权（第 12 条）、议决年度预算权（第 14 条），同时还规定了“总理大臣受国会弹劾时，非解散国会即内阁总理辞职，但一次内阁不得为两次国会之解散”（第 9 条）、“官制、官规以法律定之”（第 13 条）、“国务裁判机关由两院组织之”（第 17 条）。其第 7 条规定：“上院议员由国民于法定特别资格中公选之”。从第 7 条和第 17 条的规定可以看出，信条确立的国会是两院制，第 6、10、12、14 等条则体现了以国会为国家政治中枢的精神，特别是第 8 条和第 9 条，明确了内阁对国会负实际政治责任的责任内阁制。

当然，在借鉴英国宪法原则的总精神下，也出现了一定的变异。

表现之一是，在责任内阁制下，议会对行政的监督手段主要不在于弹劾权，而在于通过不信任案的议决权。行使弹劾权一般适用于行政官员有犯罪行为的情形，弹劾权的实施属法律行为，程序烦琐，而适用提出不信任案的条件相对宽松，在因政策观点冲突及合作出现困难等情况下也可采用，属政治行为，程序简单。因此，即使在实行总统制的国家，比如美国，国会也拥有弹劾权，^[57] 而不信任案的提出权则只有内阁制的议会才享有。比如在英国，弹劾案须由下院提出，再由上院审判，不信任案则单独由下院实行，因此，相对于弹劾权的行使而言，不信任案的实行不仅前提条件宽松，而且程序也简便，因此更加有利于议会对政府内阁的控制，故在实践中，英国议会的弹劾权已久弃不用。在议会内阁制的国家，议会是否拥有弹劾权其实并不十分重要，但不信任案的议决权却是不可缺的。《十九信条》虽然想使政府内阁受制于国会，但却没有规定国会享有不信任案的议决权，国会所能监督行政者，只限于行政官员有犯罪行为的情况，而对于一般的政策问题则无法牵制，使国会失去了监督行政的有力根据，这与议会内阁制的精神显然有所不符。

表现之二，并没有规定皇帝的命令须由国务大臣副署的条文。虽然宣统即位初期，即实行军机大臣副署敕谕之制，但这不能与责任内阁制的国务大臣副署之制同日而语。^[58] 既然《十九信条》没有规定皇帝签署命令必须由国务大

[57] 1787 年美国宪法第 1 条第 3 款即规定有“参议院有审讯一切弹劾案之全权”的内容。

[58] 关于这一内容，详细请参见梁启超：《饮冰室合集》“文集”中的“军机大臣署名与立宪国之国务大臣副署”、“朱谕与立宪政体”两文。

[56] 关于英国宪法的早期形成和发展，详细参见何勤华主编：《英国法律发达史》的第 2 章第 1、2 节，法律出版社 1999 年版。

臣副署，那从法理上可以推出这样的结论，即皇帝于其权限内尚可自由行使大权。这一遗漏使得《十九信条》与英国宪法的虚君、内阁制存在一定的差距。这些借鉴中的变异一般被认为是当时的起草者还没有透彻地了解英国宪法精神的结果。

此外，其第14条规定的“本年度之预算，未经国会议决，不得适用前年度预算；又预算案内规定之岁出，预算案所无者，不得为非常财政之处分”，尤其是该条的前一款规定，假如真正得到实施，必将出现严重的弊端，因为如遇国会党争激烈的情况，预算案一时不能获得多数人的赞同而通过，那政府机关即要关闭停顿。正因如此，日本、西班牙等国的宪法都有特许其政府在此种情形下暂用前年度之预算的规定。^[59]

既然有本来作为将来制宪的纲领性文件《钦定宪法大纲》在前，那继之之后颁布的具有宪法效力的《十九信条》为何不遵循前者已确定的仿照日本明治宪法的维护皇上帝权的体制，而效仿英国的虚君及议会内阁制的精神呢？政治考察大臣在考察英国宪政时还认为其“条理烦琐，仓猝未易洞悉源流”、“弃短用长，尚需抉择”，短短数年过后，难道就因对英国宪政已“洞悉源流”和作出抉择而转变效仿方向了？看来这绝难令人信服。深究这种转变的真正原因，还是要分析《十九信条》的出台背景。

清廷下诏宣示预备立宪及《钦定宪法大纲》的颁布，给予主张实行君主立宪的立宪派们以很大的鼓舞。在他们的奏请和要求下，1907年，清廷又相继下令设立资政院、咨议局和议事会，并公布了资政院和咨议局章程及议员选举章程。经一系列的筹划活动，1909年各省咨议局除新疆奏明缓办外，全国共设立了21个咨议局，^[60]资政院于1910年正式成立。是年，资政院召开第一次常会时，各省咨议局已屡次请愿要求速开国会，均被清廷政府以筹备不及为由而拒绝。资政院成立后由于许多议员提出要求速开国会及受各省咨议局联合会请愿的影响，很快也通过了《资政院请速开国会奏折》。

在上述压力下，清廷才放弃了原来一直坚持的在立宪问题上必须以9年为预备立宪期的立场，于1910年11月4日颁布“缩改于宣统五年开设议院谕”，^[61]明确规定于宣统五年，即1913年，实行开设议院，并同时宣布这一

[59] 陈茹玄：《中国宪法史》，台湾文海出版社1985年版，第16页。

[60] 前引朱勇主编：《中国法制通史》（第九卷），第125页。

[61] 参见《清末筹备立宪档案史料》（上册），第78-79页。

期限“一经宣布，万不能再议更张……此后，倘有无知愚氓，籍词煽惑，或希图破坏，或逾越范围，均足扰害治安，必将按法惩办”。后因湖南巡抚杨文鼎举办公债未经咨议局议决、云贵总督下令盐斤加价未经咨议局议决、广西咨议局因高等巡警学堂限制外籍学生议案与督抚发生异议等案，资政院具奏请旨，而朝廷却下令由盐政大臣及民政部议奏。

资政院认为把本院议决的上奏之案由行政衙门覆议，是以行政机关蹂躏立法机关，因此决议弹劾军机大臣奕劻，但却招致来自清廷的严词驳斥：“朕维设官制禄及黜陟百司之权为朝廷大权，载在先朝钦定宪法大纲，是军机大臣负责任与不负责任，暨设立责任内阁事宜，朝廷自有权衡，非该院总裁所得擅预，所请着毋庸议”。^[62]这激起了资政院议员的极大愤慨。此后，资政院与清廷的行政衙门之间的冲突不断，在这些冲突中，资政院和各省的咨议局在不断限制皇上专权与中央集权、推动政治公开化方面有一定的作用，这一程度也左右着当时预备立宪的进程。

当清王朝的统治日渐穷途末路时，另一影响清末历史进程的重要力量——革命派利用其一惯的革命措施加紧了行动。1911年10月，武昌起义爆发，各省纷纷响应，宣告独立。在全国形势行将失控之际，热河都统溥颐、山东巡抚孙宝琦、江苏巡抚程德全会同奏请改组内阁宣布立宪疏，为清廷出谋划策。在该疏中，他们提出，“必须标本兼治，治标之法，曰剿、曰抚；治本之法，不外同民好恶，实行宪政”。^[63]在武昌革命的炮火声中召开的资政院第二次常会中，虽然议员们强烈要求立宪，后资政院总裁又多次奏请实行宪政，清廷仍犹豫不决。

同时，袁世凯、梁启超等人也纷纷致书，提出迅速与武昌革命军议和、即开国会的主张。面对剿围革命军收效不大、立宪派要求立宪的呼声高涨的情况，清廷才似猛醒，于1911年10月（宣统三年九月）一日之内连下“准开党禁颁布特赦谕”、“实行宪政谕”、“著溥伦等迅拟宪法条文交资政院审议谕”^[64]等，表示接受取消皇族内阁、召开国会的建议。但即便如此，陆军第二十镇统制官张绍曾、护理陆军第三镇统制官卢永祥、陆军第二混成协统制官蓝天蔚、陆军第二十镇三十九协统制官伍祥桢、陆军第二十镇四十协统制官潘矩楹仍向清廷提出了“政纲十

[62] 转引自朱勇主编：《中国法制通史》（第九卷），第114页。

[63] 前引《辛亥革命》（四），第48页。

[64] 前引《清末筹备立宪档案史料》（上册），第95-97页。

二条”，要求“立决可否，迅即颁谕旨，明白宣示，导军心于一致，坚亿众之信从，……如以臣等之言为欺枉，亦请治臣等以狂妄之罪，明正典刑，死亦无怨”。〔65〕

本来以为颁布几个敕谕表示一下实行立宪的决心就能应付局势的清廷，面对 5 位军官的类似最后通牒式的这一政纲着实震动不小。同日，资政院总裁李家驹等提出“请将草拟宪法内重大信条先行颁示并请准军人参与宪法起草意见摺”，在该摺中，明确提出“伏查东西各国君主立宪，皆以英国为母。此次起草，自应采用英国君主立宪主义，而以成文法规定之”。〔66〕同日颁布“择期颁布君主立宪重要信条谕”，称资政院拟具的“重大信条十九条”“均属扼要，著即照准”，并依据此谕于 11 月 26 日以《重大信条十九条》宣誓太庙。《十九信条》就是在这种特殊的情况下诞生的。

可见，从《钦定宪法大纲》到《十九信条》，从抄袭维护皇上大权的明治宪法到效仿英国宪法的虚君议会制，实在非出于清廷的自愿。前者起草于君权未衰、民权未张之日，后者则是在革命军树共和的旗帜，势力已占全国大部分地区，而且立宪派也对清廷的立宪态度和立宪诚意丧失信心的形势下出台的。《十九信条》采用英国宪法体制，实在是清朝政府在穷途末路之际的不得已的选择；因为王权是清廷所不能割舍的最后底线。此时早忘了英国宪法“条理烦琐”的缺陷，也忘了对其曾有过的“颇有复杂拘执之处，自非中国政体所宜”的评价，只要还有挽救王权不至于被颠覆的一线希望，何不作一番尝试呢？哪里还顾得上是否借鉴得当这一小节？绝口不提自由权利又何妨？只可惜它并没有起到如清廷所希望那样的作用，它颁布不久，清廷灭亡的丧钟仍然敲响了，清末立宪过程中借鉴外国理论和制度的实践也就至此终结了。

五

清末最后 10 年在中国大地上所演绎的关于宪政的一幕幕场景可谓丰富多彩，令人应接不暇，每一个参加者所扮演的角色有主有次，而总导演即是当时外国盛行、中国没有的“宪政”两字。因为应否立宪，导致了改良派与革命派的论争；为了制定好宪法，促使学者们去编译各国宪政论著；为了利用宪法，清廷派遣大臣出访，拟定宪法文件。因为中国没有、外国盛行，故为了在这一演出中扮演好角色，所有参加者的演出方法都是一样的，即都是自觉或不自觉地利用、借鉴或照搬了外国的制度和经验。只是由于每个参加者的目的不同，态度有自愿与被迫之分，演技有优有劣，所产生的演出效果也当然会有好差之分。不过，从传播和介绍外国制度和经验来说，所有参加者均起了一定作用。

确实，无论是主张立宪的改良派人士和理论界学者，参与立宪的皇亲权贵，还是反对和抨击清廷立宪的革命派人士，他们都以自己的行为方式，在清末最后十年移植外国宪政理论和制度的实践中发挥了作用。而且，他们这一时期的活动共同形成的立宪必先考虑借鉴外国的做法自此也成了惯例，影响了其后近代中国变化多端的宪政史。这当中的成败得失也为后人提供了一条足可铭记的教训，即在法制建设过程中，不管是借鉴，还是效仿，要想取得成功，都应该怀着诚意和自愿，任何缺乏诚意和民众的自发性的借鉴和效仿都是先天不足的，注定是难以产生真正的、重大的作用的，宪政领域更是如此。

〔65〕 前引《辛亥革命》(四)，第 96 页，“政纲十二条”的内容是：1. 大清皇帝万世一系。2. 立开国会，于本年之内召集。3. 改定宪法，由国会起草议决，以君主名义宣布，但君主不得否决之。4. 宪法改正提案权专属于国会。5. 陆海军直接由大皇帝统率，但对内使用应由国会议决特别条件遵守，此外不得调遣军队。6. 格杀勿论、就地正法等律，不得以命令行使；又对于一般人民不得违法随意逮捕、监禁。7. 关于国事犯之党人一体特赦擢用。8. 组织责任内阁，内阁总理大臣由国会公举，由皇帝敕任，国务大臣由内阁总理大臣推任；但皇族永远不得充任内阁总理及国务大臣。9. 关于增加人民负担及媾和等国际条约，由国会议决，以君主名义缔结。10. 凡本年度预算未经国会议决者，不得照前年度预算开支。11. 选任上议院议员时，概由国民对于有法定特别资格者公选之。12. 关于现时规定宪法、国会选举法及解决国家一切重要问题，军人有参议之权。

〔66〕 前引《清末筹备立宪档案史料》(上册)，第 101 页。

织田万的《清国行政法》与清末行政法

织田万（1868—1945），生于日本佐贺县杵岛郡须古村的支藩藩主之家，原姓为须古。1岁时被须古藩的乡士织田范治收为养子，始改为现姓。织田曾在家乡的汉学私塾中学过《大明律》、《福惠全书》及《万国公法》等作品。

1883年，织田来到东京。翌年，他作为公费生进入司法省正则法律学校^{〔1〕}预科学习。1889年，织田考入东京帝国大学法科大学法律学科第二部（即法国法科），1892年毕业。在法科大学读书期间，织田曾听过穗积陈重（1855—1926）、富井政章（1858—1935）、梅谦次郎（1860—1910）、穗积八束（1860—1912）等知名学者的授课。法科大学毕业后，织田进入东京帝国大学研究生院学习，开始研究公法，其导师即是日本著名宪法学家穗积八束。

1895年，织田被选定为正在筹备中的京都帝国大学法科大学的候补教官而准备派往欧洲留学。次年5月，他乘船出发赴欧洲。织田先在巴黎学习了2年，后又转学至柏林呆了1年。1899年8月，织田回到日本。同年9月，他出任京都大学法科大学教授，主讲行政法。1901年，他被授予法学博士学位，同年，出任法科大学长（相当于现在日本的大学法学部部长），直至1907年。

在法科大学任教期间，织田除讲授行政法以外，还开设了法国法讲座，并担任了文科大学的教育行政法、理工科大学的矿山法及医科大学的医事法规等课程的讲授。此外，他还参与创建了京都法政学校（1900年，后改名为立命馆大学）。

1918年，织田当选为帝国学士院会员。1921年至1930年，他担任了国际法院第一届法官。1930年12月他从京都大学退官，次年，获得京都大学名誉

〔1〕 1885年，该校归文部省管理，并改名为东京法学校。次年，该校并入东京帝国大学。

教授称号，并被推选为立命馆大学名誉校长。1931年，织田万被敕选为贵族院议员。

1936年，织田移居东京。1945年5月，在东京遭空袭时他因中毒而去世。^{〔2〕}

二

早在东京帝国大学研究生院学习期间，织田就展现出学术思想比较活跃的个性，他经常对当时的一些法律热点问题发表自己的观点，这些观点有的发表在这一时期的《法学协会杂志》及《大阪朝日新闻》上。1892年，他发表了第一篇专业论文，对其导师穗积八束的观点提出批判，其对当时占主流地位的法学思想进行抨击的个性得到初步显现。1895年，织田出版了他的第一本专著——《日本行政法论》（六石书房）。该书是根据他在法律专门学校的授课讲义整理而成的，从其体例和引用的文献可以看出，主要是受到了法国行政法学的的影响。该书因是最早的关于日本行政法的具有体系性的研究著作而引人注目。正是因为这一著作的影响，织田受到其同乡先辈、研究法国法的学者本野一郎的推荐，因而得到当时的文部大臣西园寺公望的赏识，而被选定作为京都帝国大学法科大学的候补教官派往欧洲留学。

1910年织田又出版了《行政法讲义》（有斐阁·宝文馆），这是他根据在京都大学的授课讲义整理而成的。与前述《日本行政法论》相比，《行政法讲义》在编别上发生了较大变化，更加接近德国行政法的体系。虽然该书后来被多次重版、改订，内容上有所增补和变化，但它的编别纲目一直没有改变。

1934年，织田又出版了《日本行政法原理》（有斐阁），这是他从国际法院和京都大学退官之后在京都孜孜不倦学习并撰写完成的。与《行政法讲义》相比，《日本行政法原理》的体例发生了一定的变化，而且后者在阐述过程中也一定程度地引进了美浓部达吉的行政法学的理论和用语，^{〔3〕}这表明织田的

〔2〕 关于织田万的生平，参见〔日〕潮见俊隆、利谷信义编：《日本の法学者》，日本评论社1975年版，第130—146页。

〔3〕 美浓部达吉（1873—1948），日本现代著名宪法学家，其最著名的理论是主张“国家法人说”和“天皇机关说”。织田与美浓部的行政法理论各有特点，但两人因彼此的学问和为人而相互尊敬。1935年，当美浓部在贵族院为自己的理论辩护时，织田就是表示赞同美浓部观点而鼓掌的2、3名议员之一。

行政法学进一步发生了变化。此前织田还出版了其法文版著作 *Principes du droit administratif du Japon* (Paris: Recueil Sirey, 1928)。

除行政法著作外, 织田还曾出版过其他一些论著。比如, 1917年, 他出版了《改订法学通论》(有斐阁·宝文馆)。该书分为总论与各论两卷, 总论又具体分为法学、法律、国家及政权、权利及义务等4编, 各论分为宪法、行政法、刑法、民法、商法、诉讼法等6编。出版此书是为了“供初学之提撕, 兼为法律思想普及之一助”,^[4] 因此该书内容的主要特点即是浅近易懂。此外, 织田还发表过上百篇论文。^[5]

当然, 织田万学术上的最大业绩是他的6卷本巨著《清国行政法》。

三

织田万是从1903年开始在京都大学从事《清国行政法》的编述工作的。当时, 他正任京都大学法科大学长之职, 临时台湾旧惯调查会^[6]的创立者、台湾总督府民政长官后藤新平(1857-1929)慕名来到京都他的私宅拜访他, 恳请织田调查清朝制度。后藤认为, 中国人或者西洋人都不能担当此任, 只有“日本人中既精通近世法理又懂汉语者”才能胜任这一工作。同时, 后藤还提出, “中国的开发”乃是“日本人的天职”, 并明确表示调查工作的一切事宜由织田自己安排, 他并不提出任何有关的具体要求。在听了后藤的这一番鼓动话语之后, 织田欣然接受邀请, 开始了这方面的工作。^[7]

《清国行政法》并不是织田万独自完成的。最初, 协助织田的有狩野直喜(1868-1947)。^[8] 他们先是将参考书籍及其他资料收集分类, 继而根据近世

法理拟出纲目, 再进行调查。后来, 3位研究中国史的专家, 即浅井虎夫(1877-1928)、加藤繁(1880-1946)及东川德治(1870-1938), 作为补助员也参与第2卷以后的调查及第1卷的订正工作。参与调查的这些专家就自己所承担的部分, 撰写完成后交给织田, 再由织田在通读并对其中的疑点提出质问后, 进行补充完善, 对内容的先后次序作些必要的调整, 补上各章、节的标题, 并附上必要的法律解释和增加一些总说性的内容, 再进行前后文的统稿工作。因此, 确切地说, 织田万是《清国行政法》的主编。

《清国行政法》的完成时间如下: 1905年, 第1卷(泛论)完成^[9]; 1910年11月至1912年2月, 第2、3、4卷刊行; 1912年6月, 第5卷完成; 1913年, 第6卷完成。1914年, 第1卷的修订版(分为上、下两册)公开出版。^[10]

因此, 全部完成后的日文版《清国行政法》的全称为“临时台湾旧惯调查会第一部^[11]报告《清国行政法》”, 正文有6卷7册, 共有2884页(另有索引1册)。其体例为: 第1卷分为上、下两册, 相当于总则部分, 内分为3编, 依次为清国行政法之渊源、行政组织、官吏法; 第2卷至第6卷, 每卷为1册, 相当于分则部分, 内分为内务行政、军务行政、司法行政、财务行政4编。^[12]

四

《清国行政法》一书出版之后, 立即震动了日本朝野, 有的称它为“空前绝后”之作品, 有的认为它是“近代日本法学史上的力作之一”。^[13] 该书能得到如此赞誉, 主要是源于它所具有的下列特征。

其一, 该书体系清晰。本书各编之下分设章、节、款、项, 几乎在每一编或每一章的开端都设有一铺垫性的概论内容, 在此基础上再开始各章或各节的具体内容的阐述。比如, 在第1卷第2编“行政组织”中, 其第1章“概论”

[9] 第1卷完成之后, 织田万等人曾受邀于1906年9月赴中国游历, 进行了2个月的实地调查。

[10] 关于《清国行政法》的完成过程, 参见《清国行政法》(第1卷上)织田万所作的卷首语, 日本东洋印刷株式会社1914年印刷, 第1-5页。

[11] 临时台湾旧惯调查会的第一部即为调查有关法制旧惯之部, 当时任部长的是京都大学的民法教授冈松参太郎(1871-1921)。

[12] 关于日文版《清国行政法》的具体体例, 参见本文“附录”。

[13] [日] 潮见俊隆、利谷信义编:《日本の法学者》, 日本评论社1975年版, 第140-141页。

[4] [日] 织田万:《法学通论》, 刘崇佑译述, 商务印书馆1927年版, 第1页。

[5] 尤其是早期在京都帝国大学任职时期, 织田万发表了许多文章。1902年, 京都帝国大学法科大学创刊《内外论丛》, 织田为该刊物的编辑之一, 几乎在每一期上都有他的一篇或数篇文章。比如, 在创刊号上, 就刊发了他的《官吏的民事责任》(共25页)一文, 同时还有他的《塞尔比亚新宪法》(共7页)、《关于法国的法学教育》(共3页)、《普国小学义务教育法案》(共1页)、《关于伊国的行政裁判》(共2页)等4篇短文。1906年, 由织田任编辑主任的《京都法学会杂志》创刊, 1919年京都又创刊《法言论丛》。织田经常在这两个刊物上发表文章。他最后发表在《法言论丛》上的文章是9卷5号(1923年)的《省制论一斑》。

[6] 台湾总督府临时台湾旧惯调查会创立于1901年。

[7] [日] 潮见俊隆、利谷信义编:《日本の法学者》, 日本评论社1975年版, 第141页。

[8] 此后不久, 狩野直喜就成为京都大学文科大学的教授。

以介绍中国行政组织的传统特征为开端,接着阐述清朝行政组织的特质和撰写该书时清末正在进行的改革行政组织工作的艰难。在总论之后,才分别设皇室、官厅、中央官厅、地方官厅、藩部、地方自治等各章,具体阐述从皇帝、皇室到中央、地方等各级行政组织的内部组织及权限。其他各编的体系也同样清晰,其章、节、款、项基本上都是依据从一般到具体、从上级到下级、从主到次的线索而安排的。

其二,该书逻辑严密,文风严谨。以清晰的体例为前提,本书在具体阐述上也极具逻辑性,全书很少有前后矛盾或重复的内容。该书规模宏大,卷帙浩繁,而且初稿出自4、5个撰稿人之手,能做到具体内容的如此前后统一,也反映了织田万对此书所化费的心血。同时,全书各章几乎都设有若干“备考”,或对其之前的正文内容作进一步的解释,或结合实际情况对正文内容作些评析,或为后文的相关内容的阐述作一预告性说明,这既起到画龙点睛的作用,使全书在形式和内容上增色不少,而且也体现出其文风的扎实。此外,对于难以确定或难以把握的史料或不敢肯定的论点,明确说明“姑记之以存疑”,全书这样的词句多处出现,这也显示出作者严谨的治学风格。

其三,该书内容详尽,参考资料翔实。本书洋洋洒洒,不仅涉及面极广,并且就某一具体问题的阐述也非常详尽和细密。如关于“皇室”一章(第2卷第2编第2章),就具体设有皇帝地位及特权、皇位继承、立皇后、太上皇、皇太后、训政及摄政、皇族、皇室隶属官厅、皇室财产等9节,每一节都有非常具体的内容,其中有些特别详尽。如,关于“御名敬避”一项(第1节第1款第2项),就具体介绍了从顺治皇帝到光绪皇帝的敬避文字及敬避方法;关于“授与荣典权”一款(第1节第9款),具体包括崇祀及旌表、外藩封号等12项内容。又如,在“任官类例”一项(第1卷第3编第2章第2节第4款第1项)中,特制了一份长达数十页的“文官升进表”,具体介绍了160余种文官的升进顺序。而在全书各编中,“内务行政”一编的内容最为具体、详尽,该编内设户籍、警察、卫生、土地制度、产业、货币及度量衡、土木、交通、教育、祭祀及宗教、救恤等11章,第2、3两卷全部及第4卷的一部分都是关于内务行政的内容。

该书内容的详尽与作者撰写过程中参考了翔实的资料是分不开的。根据

“清国行政法引用书目”,^[14]撰写《清国行政法》时的参考资料分为中文书、日文书及西语书3大类。其中,中文参考资料最多,具体包括:《大清会典》、《大清会典事例》等法令类资料约40种;《钦定皇朝通典》、《皇朝掌故汇编》等政书类资料约90种;《东华录》、《日知录》等历史地志及杂著40余种。列举的日文参考资料包括《大明律释义》、《清俗纪文》等,有16种,西语参考资料涉及英语、法语、德语,有30余种。

五

《清国行政法》能具有上述形式和内容的特征,当然主要应归功于织田万,因此该书的完成成为织田万带来了很高的学术声誉,该书成为其重要的代表作。而《清国行政法》在学术上的主要贡献和影响有下列方面。

首先,该书包含的史料价值值得重视。虽然该书并不是单纯的历史书籍,但由于它内容十分详尽,引用资料翔实,文风严谨,在阐述上较多运用考证的方法,因此它具有极高的史料价值。有的日本历史学家认为,该书虽然在具体细节上也存在一些不充分或谬误之处,但显示的中国清代制度的大致提纲则没有错误。^[15]正因如此,对于研究清朝的政治史、法律史、社会史、宗教史、民族史等领域的人士来说,都可从中查找到许多珍贵的资料。

其次,该书是东方学者第一次用近代西方宪政思想来研究中国封建社会的行政组织和行政法规的力作,它首次用近代的历史和批判精神来审视和梳理中国清代的行政组织和行政行为,全书贯彻的价值尺度就是以“近世法理”、“近世的立宪国家”来批判清末的专制政治。^[16]虽然这种批判或多或少与作者接受这一调查工作的邀请时所负有的作为日本知名行政法学者的所谓“开发中国的历史使命”有关,而且字里行间也让人不时感受到先进者批判落后者所普遍具有的怜悯、嘲弄抑或幸灾乐祸的情绪,但不可否认,这也为人们提供了了解清朝封建统治具有不可克服的弊端及其与当时实行宪政的国家之间在体制、观念等方面存在相当差距的一个新视觉。

[14] 关于该目录的具体内容,参见临时台湾旧惯调查会:《清国行政法》(第1卷上),日本东洋印刷株式会社1914年印刷发行,第1-15页。

[15] [日]潮见俊隆、利谷信义编:《日本の法学者》,日本评论社1975年版,第140页。

[16] 何勤华主编:《二十世纪百位法律家》,法律出版社2001年版,第379页。

最后,也是最为重要的是,近代行政法理论和行政法体系借助于《清国行政法》在中国的传播而被介绍到中国,这对于清末中国的行政法产生了一定的影响。

在中国古代,不乏规模浩大的行政法典,如《唐六典》、《明会典》及《大清会典》、《大清会典事例》等,但严格地说,这些都不是真正意义的行政法典,而只不过是官制法规汇编。而在清末以前,中国更没有专门研究行政法的作品。而《清国行政法》却依据近代行政法理论,将庞杂无章的清朝行政法律事务进行分类、梳理,纳入织田万已自成特色的行政法体系之中进行阐述。^[17]之所以采用这种方法,并不是因为清代的中國存在近代意义的行政法,而是织田万以行政法为总括关于政权作用的所有法规的宽泛概念为前提,效仿德国学者古那伊斯特著《英国行政法》使英人始知自己国家有行政法的做法的结果。^[18]这种编述方法虽然使人有张冠李戴之感,但随着中文版《清国行政法》在国内的发行,其所包含的行政法理论和体系客观上却对清末中国的行政法产生了一定的影响。

《清国行政法》完成之后,不仅引起了日本学术界的关注,而且“适会清国留学诸生急于讲究我国法律制度,乃私得之,不请本会允准,敢擅汉译。奸猾书贾翻刻发售,风行海外”。^[19]出自织田万本人之口的这种描述未免显得有些夸张,但《清国行政法》第1卷初版(泛论)一完成就被翻译成中文在国内出版并引起国人的关注却是不可否认的事实。

1906年上海广智书局出版的《清国行政法》(译者为陈奥年、梁继栋、郑箴),全书分为行政法规、行政组织、官吏法和裁判制度4个部分,从其体例和内容可以看出,它就是根据《清国行政法》第1卷的日文版初版而翻译的。由于相关背景资料的缺乏,无法考证除前述上海广智书局1906年版的《清国行政法》之外是否还有其他的非授权翻译的中文版本,也无法断定该书的3名译者即为留日学生,但因该书早于临时台湾旧惯调查会印行的汉译初版(1909年)而出版,完全可以肯定这是织田万所说“敢擅汉译”的结果(按现在所言,这属于盗版)。尽管这些擅自汉译出版的《清国行政法》被织田万认为

“意义错置,法理颠倒”,^[20]但其发行后还是得到了一定的流传。比如,该版《清国行政法》由上海广智书局于1906年4月13日初版发行,在两个月后的6月25日就被再版发行。

而能够查找到的《清国行政法》的另一中文版本,即是临时台湾旧惯调查会组织专家翻译完成并于1909年印行的《清国行政法泛论》,全书分为行政法大意、清国行政法之渊源、行政组织、官吏法4编。它并不是完全依据《清国行政法》第1卷的日文版初版而翻译的,其中的第1编“行政法大意”是专门为汉译初版而新增加的,^[21]同时,裁判制度也没有被列入其中。该版属于正版,在内容上更加接近原著,而且语句也更为流畅,印行之后被交给了当时的台湾当局,从而在国内流传。1979年台湾华世出版社影印的就是这一版本。

而在《清国行政法》被翻译成中文传入我国前后,由于内外因素的影响,外国的宪政思想及理论不断涌入中国,翻译或编译外国宪政论著(大多是日本学者的论著)成了20世纪初期刚刚起步的中国宪政理论界的主要手段。就行政法领域看,有顾昌世编译的《日本行政法》(通社丛书1907年版);曹履贞编辑的《行政法》(湖北法政编辑社1905年发行);夏同和编辑的《行政法》(东京井木活版所1905年印刷),等等。其中,后两本论著虽然无“日本行政法”之名,但主要都是依据日本行政法学家清水澄的行政法讲义而编辑成书的。

这些行政法论著的出版,在介绍和传播近代行政法理论和行政法体系方面都起到了一定的作用,但与《清国行政法》相比,这些论著毕竟是单纯阐述日本的行政法律制度,因此对于尚未能通晓近世各国法理的大部分中国人来说,在理解上必然会产生一定的障碍。而《清国行政法》却将人们本已了解的清朝行政事务纳入到近代的行政法体系中进行阐述,这种全新的编述方法自然会引起此时正试图以实行宪政作为使国家走上富强之路的有识之士的关注,它所包

[20] 应该说明的是,通过对照上海广智书局1906年版的《清国行政法》与临时台湾旧惯调查会于1909年印行的《清国行政法泛论》的具体内容,明显感觉到前者在语言流畅、用词准确等方面确实不及后者。

[21] 之所以在汉译版中增设“行政法大意”一编,织田万曾有说明:“当是之时,万窃谓清国人士未能通晓近世各国法理,徒读颠倒错置之书,益恐失之毫厘,差之千里。乃别作‘行政法大意’一编,明述近世各国行政法之要”。参见[日]织田万撰:《清国行政法泛论》,台湾华世出版社1979年影印版,第2页。

[17] 具体地说,《清国行政法》的体例与织田万于1910年出版的《行政法讲义》的体例比较相似。

[18] [日]织田万撰:《清国行政法泛论》,台湾华世出版社1979年影印版,第12页。

[19] [日]织田万撰:《清国行政法泛论》,台湾华世出版社1979年影印版,第2页。

含的行政法理论^[22]和行政法体系对于刚刚从事传播和介绍外国宪政制度的中国理论界人士来说也更加感性,更容易接受和理解。因此,从这种意义上说,《清国行政法》对20世纪初期清末中国的行政法产生过较为直接的影响。

附录 临时台湾旧惯调查会第一部报告
《清国行政法》
(日文版)

该日文版《清国行政法》的正文为6卷。其中,第1卷分为上、下两册,其他每卷为1册。以下为翻译成中文的该书目录。

第一卷上 (第一卷由东洋印刷株式会社于1914年印刷发行)

第一编 清国行政法之渊源

第一章 概论

第二章 成文法

第三章 不成文法

第二编 行政组织(第一)

第一章 概论

第二章 皇室

第三章 中央官厅

第一卷下

第二编 行政组织(第二)

第四章 地方官厅

第五章 地方自治

第三编 官吏法

[22] 尤其是1909年临时台湾旧惯调查会印行的《清国行政法泛论》的第1编“行政法大意”,包含了非常丰富的行政法理论。该编分为7章,依次为行政及行政法、行政机关、行政行为、行政作用、行政执行、行政监督、行政救济,它具体阐述了有关行政法的下列基本理论问题:行政的意义及分类;行政与立法、司法的关系;行政法的性质与渊源;作为行政机关的国家元首、行政官厅及公共团体的含义、权限等;行政行为的意义及分类;行政命令及行政处分的含义、分类;警察权行使、营造物管理及征收租税等具体行政作用的性质、分类等;行政刑罚与行政上强制的含义;行政监督的性质、种类及形式;行政救济的含义及具体措施。

第一章 概论

第二章 文官

第三章 武官

第四章 官吏之身分地位

第五章 官吏权利

第六章 官吏义务

第七章 官吏责任

第二卷(第二卷由金子印刷所于1910年印刷发行)

第一编 内务行政(第一)

第一章 户籍

第二章 警察

第三章 卫生

第四章 土地制度

第五章 产业

第三卷(第三卷由金子印刷所于1910年印刷发行)

第一编 内务行政(第二)

第六章 货币及度量衡

第七章 土木

第八章 交通

第九章 教育

第四卷(第四卷由东洋印刷株式会社于1912年印刷发行)

第一编 内务行政(第三)

第十章 祭祀及宗教

第十一章 救恤

第二编 军务行政

第一章 军队编制

第二章 征兵

第三章 马政

第五卷(第五卷由东洋印刷株式会社于1912年印刷发行)

第三编 司法行政

第一章 概论

第二章 裁判所

第三章 诉讼手续

第四章 监狱

第五章 近年之新制

第四编 财务行政（第一）

第一章 概论

第六卷（第六卷由东洋印刷株式会社于1913年印刷发行）

第四编 财务行政（第二）

第二章 收入

第三章 会计

“梁启超宪草”与 民国初期宪政模式的选择

中华民国成立之后，很快颁布了《中华民国临时约法》，它以根本法的形式肯定了资产阶级共和制度，规定了政权组织形式与权力的行使与制约，列举了人民的自由权利，这在近代中国宪政史上无疑具有重要的意义。但它只是临时宪法，其第53条规定：“本约法施行后，限10个月由临时大总统召集国会，其国会之组织及选举法由参议院定之”；第54条规定：“中华民国之宪法，由国会制定；宪法未施行以前，本约法之效力与宪法等”。在这种形势下，制定宪法就成了各方关注的热点问题，政界要人及学界名流等相继以各自的方式参加了这一活动，各种私人宪法草案相继出台。^{〔1〕}

1912年10月，梁启超结束了长达15年的海外流亡生活，从日本回到了国内，很快就投入了当时中国正风起云涌的政治热潮之中，于1913年初正式加入了共和党，以争取组织内阁的权利。^{〔2〕}此次努力的失败虽曾使梁启超一度萌生与政治绝缘的念头，但1913年5月，他还是再一次组织策划了把共和、民主、统一三党合并为进步党的举措。进步党总部设在北京，其党纲有三条：

〔1〕 经初略查阅民国初期的报刊，除梁启超所草拟的宪法草案外，还有“王宠惠宪法草案”（部分内容刊登于《宪法新闻》第2期，1913年）、“汪荣宝宪法草案”（该草案刊登于《法政杂志》第3卷第1号，1913年）、“李超宪法草案”（该草案刊登于《法政杂志》第3卷第1号，1913年）、“何震彝宪法草案”（该草案刊登于《法政杂志》第3卷第1号，1913年）、“席聘臣宪法草案”（该草案刊登于《法政杂志》第3卷第2号，1913年）等。

〔2〕 关于梁启超加入共和党的心态和目的，可从他写给长女令娴的信中得到了解：“吾倾为事势所迫，今日已正式加入共和党，此后真躬临前敌也。计议员以288人为半数，吾党倾得250人，民主党约30人，统一党约50人，其余则国民党也。三党提携已决，总算多数，惟吾断不欲组织第一次内阁，或推西林亦未定耳。借款各路俱绝，政局危险不可言状，此时投身其中，自谋实拙，惟终不能袖手奈何？”参见丁文江、赵丰田编：《梁启超年谱长编》，上海人民出版社1983年版，第663页。

取国家主义,建设强善政府;尊人民公意,拥护法赋自由;应世界大势,增进平和实利。其实质是以共和为前提,通过联合袁世凯,建立坚固的中央政权,在此基础上,实行政治改造,确立民主共和制度。^[3]梁启超虽然只是担任进步党的理事,但实际上是该党的灵魂人物。

处于制宪热潮之中、并致力于实现自己政治抱负的梁启超很快起草了“进步党拟中华民国宪法草案”。^[4]该宪法草案共95条,分为11章,依次为总纲、人民、国民特会、国会、总统、国务员、国家顾问院、法律、司法、会计、附则等。本文以这一宪法草案的主要内容为基础,结合民国初期的宪政热点问题,来阐述民国初期中国移植西方宪政制度的艰难和反复。

首先,梁启超宪草开门见山地确立了共和制度。

梁启超宪草第1条规定:“中华民国永远定为统一共和国,其主权以本宪法所定之各机关行之”。这一规定明确了共和制原则。而梁启超坚决主张共和制实际上也只是民国时代开始以后的事。

在戊戌变法运动中,作为这一运动的积极参加者之一的梁启超,与其他维新人士一样,也主张君主立宪制。变法失败后流亡日本的初期,他仍主张君主立宪制,于1899年3月在《清议报》上发表《论保全中国非赖皇帝不可》一文,认为“故今日议保全中国,惟有一策,曰尊皇而已。今日之变,为数千年之所未有;皇上之圣,亦为数千年之所未有。天生圣人,以拯诸夏,凡我同胞,获此慈父……”。^[5]但是年夏秋,因与孙中山等革命派人士交往频繁,共商国事,交换意见,并曾一度讨论两派联合立党之事,梁启超的思想发生了一定的变化,开始倾向革命与共和。他在1899年夏的“致康有为书”中提出:

[3] 董四礼:《晚清巨人传——梁启超》,哈尔滨出版社1996年版,第294页。

[4] 对此,《梁启超年谱长编》及《晚清巨人传——梁启超》均没有提及。而《法政学报》第1卷第1号(1913年10月)刊载了“梁启超拟中华民国宪法草案”的开头部分的几个条文,《法政杂志》第3卷第4号全文刊载了这一宪法草案,并被汇编于《饮冰室合集》的“文集第11册”(梁启超著,林志钧编,上海中华书局1936年版)中。此外应说明的是,1918年初,梁启超曾草拟《中华民国宪法草案》,但“未完”,《合集》收录者有8页、37条”(参见丁文江、赵丰田编:《梁启超年谱长编》,上海人民出版社1983年版,第875页)。鉴于该草案没有完成,故本文所言“梁启超宪草”仅是指梁启超所起草的“进步党拟中华民国宪法草案”。

[5] 李华兴、吴嘉勋编:《梁启超选集》,上海人民出版社1984年版,第90页。

“国事败坏至此,非庶政公开,改造共和政体,不能挽救危局。今上贤明,举国共悉,将来革命成功之日,倘民心爱戴,亦可举为总统”,^[6]渐有赞成革命的意向,言论也日趋激烈起来。这些思想遭到了其师友的谴责。

1902年梁启超创办《新民丛报》,发表数十篇有关历史、政治、人物传记等方面的文章,介绍传播西方文化,成为执舆论之牛耳的启蒙宣传家,从其对卢梭理论的赞赏及对意大利革命家马志尼的褒奖可以一定程度地看出梁启超提倡革命、排满共和及破坏主义的观点。

1903年初梁启超受美洲保皇会之邀赴美国游历近10个月,期间,他对美国的民主精神感触甚深,极力赞颂美国平等自由的价值观,但游历过程中他也看到了美国共和制的许多弊端,对美国的共和制基本持批评态度,并由此得出美国共和体制不如英、日的君主立宪制度的结论。

从美国回来之后,梁启超不仅完全放弃了美国式的共和制,而且连与革命派论战中一直坚持的君主立宪也主张缓行,并提出开明专制为君主立宪的必经阶梯。^[7]1906年,梁启超发表了《开明专制论》一文,^[8]在该文中,梁启超引经据典,从中国历史和世界历史的发展中论证了开明专制是“历史潮流”和“世界大势”,也是中国政治改革的惟一方向,认为“中国今日万不能行共和立宪制”,其具体理由有:中国人民智未开,无实行共和之能力;革命后所建立之军政府必然专权,而决不会让权力于议会;革命必然引起大乱;“土地国有论”的理想根本无法实现;主权分立的议会政治不造成议会专制,就造成行政首脑的专制;共和立宪必然引起新的革命。他还对开明专制的含义进行了解释,认为开明专制是与野蛮专制相对立,“由专断而以不良的形式发表其权力,谓之野蛮专制,由专断而以良的形式发表其权力,谓之开明专制”。他还认为,当时的中国不仅共和立宪无法实行,而且君主立宪也“尚未能行”,因为“人民程度未及格”、“施政机关未整备”。在进行这番探讨之后,梁启超得出结论:

[6] 李华兴、吴嘉勋编:《梁启超选集》,上海人民出版社1984年版,第113页。

[7] 这种思想变化实际上也是他理论探索的结果,早在1901年,梁启超就在《清议报》上发表了《过渡时代论》,指出“今日之中国,过渡之中国也”。

[8] 《开明专制论》是梁启超这一时期发表的重要政论,最初连载于《新民丛报》,在该文的“著者识”中提到“本篇因陈烈士天华遗书有‘欲救中国必用开明专制’之语,故畅发理由”,并提到“本篇都几十章”,但实际上只发表了8章,即第1章释制、第2章释专制、第3章释开明专制、第4章述开明专制之学说、第5章述开明专制之前例、第6章论适用开明专制之国与适用开明专制之时、第7章论变相之开明专制、第8章论开明专制适用于今日之中国。全文收入梁启超著,林志钧编:《饮冰室合集》之“文集第6册”中,中华书局1936年版。

与其共和，不如君主立宪；与其君主立宪，又不如开明专制。

梁启超的“开明专制论”一经发表就遭到了孙中山领导的革命派的攻击。1906年清廷颁发宣示预备立宪的诏令后，虽然革命派对清政府的伪立宪进行抵制与揭露，但立宪派则对此持欢迎态度，梁启超则又转而力主实行君主立宪制度。为进一步推进立宪运动，梁启超把运动的重点从国外转向国内，一方面筹组新的政党组织，另一方面又广为结交达官显贵和联络国内的立宪团体。1910年梁启超在这一时期立宪派最主要的舆论阵地——《国风报》上连续发表文章，极力宣传速开国会，建立责任政府。但随着清政府对立宪派请愿斗争严行加以禁止并加剧镇压措施，梁启超和其他许多立宪派人士一样，思想又开始激进起来。1911年，清政府又玩起假立宪的花招，组建了“皇族内阁”，对清廷统治失望至极的梁启超曾密谋策动武装立宪。同年，梁启超在《新中国建设问题》一文的下篇“论虚君共和政体与民主共和政体之问题”中，对未来中国的国体（梁启超在文章中经常混淆使用“国体”与“政体”两词）作了设想。

在上述文章中，梁启超首先列举了6种共和政体，即人民公举大统领而大统领掌行政实权之共和政体（如美国）、国会公举大统领而大统领无责任之共和政体（如法国）、人民选终身大统领之共和政体（如法国拿破仑时期）、不置首长之共和政体（如瑞士联邦）、虚戴君主之共和政体（如英国）、虚戴名誉长官之共和政体（如英属之自治殖民地加拿大、澳大利亚等），在对这6种共和政体的得失进行分析后，梁启超认为英国式的虚君共和制“虽未敢称为最良之政体，而就现行诸种政体比较之，则圆妙无出其右者矣”。他认为，“盖吾畴昔确信美、法之民主共和制，决不适于中国，欲跻国于治安，宜效英之存虚君。而事势之最顺者，似莫如吾所信，故知我罪我，俱非所计也”。

梁启超的虚君共和主张也遭到革命派的坚决反对。中华民国建立之后，共和制逐渐深入人心，结束海外流亡生活回到中国的梁启超在其宪法草案的第1条就开门见山地明确了共和制原则。这比同时期的其他宪法文件和宪法草案要直接、明确得多。《临时约法》没有这方面的明文规定，“席聘臣宪法草案”的规定相对比较间接，其第2条规定“中华民国，继承共和宣布以前之领土而统治之”。而其他私人宪草如“汪荣宝宪法草案”、“何震彝宪法草案”等都没有明确规定共和制。

虽然在民国成立之前梁启超对于国体问题在君主立宪、开明专制、虚君共和等之间反反复复，此后他的其他宪政主张也并不都能一贯如一，但自从在宪

草中宣示了其共和制度的主张，之后尽管他的政治生涯跌宕起伏，但其民主共和制的观点再也没有放弃过。

1915年袁世凯帝制活动日益公开化，梁启超在《上袁大总统书》^[9]中劝告其悬崖勒马，急流勇退，但袁世凯并没有予以理睬，反而授意其宪法顾问古德诺发表《共和与君主论》，^[10]授意成立“筹安会”，^[11]为其帝制大造舆论。针对这一情况，一向对袁世凯抱有幻想的梁启超，毅然写成《异哉所谓国体问题者》，^[12]驳斥了古德诺及筹安会成员杨度等人所鼓吹的帝制谬论。他首先声明，“当知鄙人原非如新进耳食家之心醉共和。故于共和国体非有所偏爱，而于其他国体非有所偏恶”。接着，他指出：

夫国体本无绝对之美，而惟以已成之事实为其成立存在之根源；欲凭学理为主奴而施人为的，取舍于其间，宁非天下绝痴妄之事？仅痴妄犹未足为深病；惟于国体，挟一爱憎之见，而以人为的造成事实，以求与其爱憎相应，则祸害之中，于国家将无已时。故鄙人平生持论，无论何种国体，皆非所反对，惟在现行国体之下，而思以盲论鼓吹他种国体，则无论何时皆反对之。

在该文中，他还驳斥了帝制鼓吹者的“与其共和而专制，孰若君主而立宪”的观点，还从利害关系上批驳了主张变更国体者的最有力的依据——“当选举总统时，易生变乱”的错误观点，并进而论述了“君主国体之难以规复者”的原因，他还感叹道：

自辛亥八月迄今，未盈四年，忽而满洲立宪，忽而五族共和，忽而临时总统，忽而正式总统，忽而制定约法，忽而修改约法，忽而召集国会，忽而解散国会，忽而内阁制，忽而总统制，忽而任期总统，忽而终身总统，忽而以约法暂代宪法，忽而催促制定宪法。大抵一制度之颁，行之平均不盈半年，旋即有反对之新制度起而推翻之，使全国民彷徨迷惑，莫知适从，政府威信扫地尽矣。

在该文最后，梁启超旁敲侧击告诫袁世凯不要忘记“大总统即位宣誓之语”，因为这是“上以告皇天后土，下则中外含生之俾实共闻之”，“今在共和

[9] 丁文江、赵丰田编：《梁启超年谱长编》，上海人民出版社1983年版，第714—716页。

[10] 该文刊登于《亚细亚报》，1915年8月3日。

[11] 1915年8月14日，在袁世凯的授意下，由杨度、孙毓筠、李燮和、胡瑛、刘师培和严复等六人联名发起成立，主要是为其实行帝制造舆论宣传。

[12] 该文原载于《大中华》第1卷第8期，1915年。

国体之下，而曰可以明目张胆集会结社以图推翻共和，则他日在君主国体之下，又曷为不可以明目张胆结社以图推翻君主？使其时复有其他之博士提示别种学说，有其他之团体希图别种活动，不知何以待之？”

梁启超还表明了自己的一贯态度，从中也可见其忧国忧民之心：

以生平只问政体不问国体如鄙人者，曷为当前此公等第一次主张变更国体时而哓哓取厌，当今日公等第二次主张变更国体时复哓哓取厌？夫变更政体，则进化的现象也，而变更国体，则革命的现象也。进化之轨道恒继之以进化，而革命之轨道恒继之以革命，此征诸学理有然，征诸各国前事亦十九皆然也。是故凡谋国者必惮言革命，而鄙人则无论何时皆反对革命。今日反对公等之君主革命论，与前此反对公等之共和革命论，同斯职志也。良以中国今日当元气凋敝、汲汲顾影之时，竭力裁之，犹惧不培，并日理之；犹惧不给，岂可复将人才日力耗诸无用地，日扰扰于无足轻重之国体，而阻滞政体改革之进行？徒阻滞进行，犹可言也，乃使举国人心惶惶，共疑骇于此种翻云覆雨之局，不知何时焉而始能税架，则其无形中之斫丧所损失，云何能量！

“异哉所谓国体问题者”一文表明梁启超已完成了从联袁、拥袁到背袁、反袁的转变。文章发表后，全国震动，成为护国讨袁斗争的嘹亮序曲。在此前后，他还写下了《国民浅训》、《国体问题与外交》、《国体问题与五国警告》等文章，进一步抨击帝制，提倡共和制。

袁世凯的帝制丑剧结束后，面对其师康有为等清室复辟派的狂妄叫嚣，梁启超写下了著名的《辟复辟论》，^[13]在该文中，他痛斥复辟派：“吾既惊其颜之厚，而转不测其居心之何等也”，并从学理和实例两方面来驳斥复辟派的“凡帝制必安，凡共和必危”与“共和国必以武力争总统”、“非君主国不能有责任内阁”的错误观点，说明中华民国成立以来，共和已深入人心，民心倾向共和，袁世凯帝制的失败证明了复辟帝制是与全国的民心相背的，注定是不会成功的。

1917年，张勋复辟高潮之时，梁启超又发表了《反对复辟电》，^[14]痛斥复辟分子：“此次首造逆谋之人，非贪黷无厌之武夫，即大言不惭之书生，于政局甘苦毫无所知”。从梁启超敢坚决反对、并用严厉言辞驳斥其恩师康有为为

代表的复辟派的观点，可以看出他对共和制的执着追求。

在生命的最后十年，梁启超逐渐远离政坛后，虽然面对飞速发展的形势，曾表现出困惑、迷茫，甚至恐惧，但其关于共和的主张并没有放弃。梁启超去世后，蔡元培所献挽联所云的“保障共和，应为松坡同不朽；^[15]宣传欧化，宁辞五就比阿衡”，^[16]就是赞叹和颂扬他对民国共和制所做贡献的明显例证。

民国初期由于共和制已深入人心，除了少数帝制分子及复辟顽固分子存有异心以外，政界和学界对此基本是不存在争论的。但对与共和制相关的另一问题——国家主权归属，也即主权是属于国家还是属于国民，却是有不同观点的。

对此，梁启超主张的是主权属于国家的观点，这从他在宪法草案第1条的“说明二”中的表述就可以看出。他认为，临时约法第2条（中华民国之主权，属于国民全体）采主权在民说，这与国家性质不相容，因为无论何种国体，主权皆在国家，这已久成定说，国体之异在于行使国家主权之机关有单、复、专、共之不同。其实，梁启超的这种观点早在20世纪初期就已形成。1902年，他在《政治学大家伯伦知理之学说》一文中，盛赞伯伦知理（Bluntschli）的“国家有机体”说，也赞同伯伦知理对博丹、卢梭等人的主权在民的批驳，同时他认为：“卢氏（即卢梭）之说，其有功于天下固多，其误天下者抑也不少。……故我中国今日所最缺而最急需者，在有机的统一与有力之秩序……”。^[17]其他私人宪草也有主张主权属于国家的，如“何震彝宪法草案”第3条规定“中华民国以国家为统治权主体”，“席聘臣宪法草案”第1条规定“中华民国以国为统治权之主体”。但“李超宪法草案”则主张主权在民，其第3条规定了“中华民国主权在国民全体”。

国民主权说自18世纪以来盛行于法国，意为国民全体为主权的所有者，为主权的主体，而行使主权的个人或机关，则是受主权所有者的委托而行使权力。卢梭就是持这种观点。法国1789年人权宣言及1791年宪法也都是这样显示的。国家主权说是指国家主权在于国家本身，国家是一个法人，它有法律上

[15] 松坡，即蔡锷，他是梁启超的学生，袁世凯帝制复辟活动公开后，蔡锷不顾患病毅然南下云南，举兵反袁。此句谓梁启超与蔡锷均为反袁护国、保障共和的英雄。

[16] 阿衡，商代伊尹的尊号。五就，五次归。《孟子·告子下》：“五就汤，五就桀者，伊尹也。”赵岐注：“伊尹为汤见贡于桀，不用，而归汤。汤复贡之，如是者五。思济民，冀得施行其道也。”后以“五就”借指勤劳治国的贤臣。此处是指梁启超矢志不渝传播西方现代文明。

[17] 梁启超著，林志钧编：《饮冰室合集》的“文集第五册”，中华书局1936年版。

[13] 李华兴、吴嘉勋编：《梁启超选集》，上海人民出版社1984年版，第699-701页。

[14] 李华兴、吴嘉勋编：《梁启超选集》，上海人民出版社1984年版，第715-717页。

的意志，这一学说在近代德国比较盛行。

民国初期主权归属的争论也就是表现在主权是属于国家还是属于国民的问题上。主张主权属于国家者认为，主权的本义就是国家权力有不受国家以外其他权力抑制的性质，因此主权就是一国最高且独立之权，在国家领土内的个人及团体皆当服从之，对于外部来说，则不必服从除他以外的权力者。主权为绝对的权力，即于此权力之上别无再居其上的权力，从积极方面而言，国家得依此权力的程度且以自己的主张对人民加以限制。

主张主权属于国民者则认为，国家主权说者所认为的国家权力有不受国家以外其他权力抑制之说，实为主权的性质，而不是主权之所在。认为主权之不可不属于国民者的思想渊源于古代日耳曼国家固有的观念，这种思想经17、18世纪自然法学者所提倡而更加明确。这种观点认为，国家由国民、领土、统治权三要素组成，故三者合之为国家，分之为国民、领土、统治权之各个独立体，如果认为主权属于国家，就会产生一问题，即当把国家分为国民、领土、统治权三个独立体时，是否主权也分别属于这三者？然而，主权之本体是不可分割的；或者将国家分割为三个独立体之后，主权是否就不能存在？然而，主权之有无并不系于国家之有无，况且其他国家宪法也有确立主权在民的，岂也将因之而不成为国家？按照主权属于国家说的观点，凡为国家者必有主权，但主权非国家必备的要素，没有主权只是称为非主权国而已，但仍不失为国家，因此主权当属于国民。

有关主权归属的争论又导致了宪法上无规定主权归属必要的争论。持否定说者认为，主权归属实因国体的不同而不同，君主国的国体，主权属于君主，民主国体的主权则属于国民，这是不容置疑的，只有君民共主的半立宪国，则其主权归属无法确定，因此学者则强解释为属于国家。中华民国是共和国，主权当然属于国民全体，本来就不必规定，主权归属实际上是学理上的争议，于事实上并无关联，因此只要在民国宪法中明定中华民国为共和国就可以了，其他的就可不必再作规定，以免引起学者的纷争。^[18]持肯定说则是以承认主权属于国家为前提，认为国家是法人，法人得为权利义务的主体，因此，论国家者应以国家为主权的主体，并且应进一步明确规定主权的机关。^[19]

在国家结构方面，梁启超宪草主张的是单一制，而非联邦制。

在梁启超宪草第1条的“说明一”中，梁启超清楚地表明：“共和国加统一两字者，示别于联邦制也”。并且该草案根本没有设立地方制度一章，因为梁启超认为，“地方制度以法律定之而已足，不必以入宪法也”。

这一时期其他私人宪草也大多不主张联邦制，如：《汪荣宝宪法草案》第1条规定：“中华民国惟一不可分”；《李超宪法草案》的“第7章地方”第84条规定：“中华民国领土内，划分百道，于旧行省及内外蒙古、西藏、青海等地方，各置总监，以保持行政统一。总监构成法及职权，别以法律定之”；《何震彝宪法草案》的“第7章地方制度”的规定较为详尽，体现了限制地方各项权力的精神，其第89条规定“各地方行政区无立法权，自治范围别以法律定之”，第90条规定“各地方行政区划之统治权，由中央政府委托行政官行使之”，第91条规定“各地方行政区，为维持治安增进公益，得自定条例，不得与法律抵触”，第92条规定“各地方行政区，非中央政府许可，不得私与外国缔结条约”；《席聘臣宪法草案》的“第6章地方权限”也同样对地方的各项权力作了限制，第76条规定“各地方无立法权”，第77条规定“各地方之统治权，由中央赋予之”，第78条规定“各地方之自治范围，以法律定之”，第79条规定“各地方因统治及自治，得制定规则，发布命令，但不得与法律相抵触”，第84条规定“各地方不得与民国分离，并不得有反抗中央、妨害统一之举动，违者与国民共击之”。

虽然梁启超宪草与这一时期的其他私人宪草在国家结构方面比较一致，不主张联邦制，但事实上，在20世纪初期，梁启超本人对此问题的观点也是有过反复的，各方对这一问题的认识也是有过曲折和争论的。

戊戌变法期间，维新改良派的主张主要是提倡君主立宪和开设议院，并没有具体涉及联邦制的问题。不过，变法失败后不久，流亡海外的改良派代表人物梁启超对联邦制的好感很快就流露出来。1902年，他在《新民丛报》上发表了“民约论钜子卢梭之学说”，^[20]介绍西方的联邦制时指出：“卢梭曰众小邦相联为一，则其势力外足以御暴侮，内足以护国人之自由，故联邦民主之制

[18] 崩晋德：《论宪法上无规定主权所在之必要》，载《法政学报》第1卷第1号，1913年。

[19] 孔昭森：《论宪法上主权机关之必须确定》，载《法政杂志》第2卷第7号，1913年。

[20] 刊登于《新民丛报》第11、12号，1902年6月。

优乎尚矣！……卢氏以为瑞士联邦诚太弱小，或不免为邻邦所侵軼。虽然，使有一大邦效瑞士之例，自分为数小邦，据联邦之制以实行民主之政，则其国势之强弱，人民之自由，必有可以震古烁今而永为后世万国法者”，并提出中国“民间自治之风最盛焉，诚能博采文明各国地方之制，省省府府、州州县县、乡乡市市各为团体，因其地宜以立法律，从其民欲以施政令，则成就一卢梭心目中理想之国家，其路为最近而其事为最易焉，果尔，则吾中国之政体行将为万国师矣”。梁启超后来的联省自治应是以此为理论根据的。

在此后游历美洲过程中，梁启超更是亲眼目睹了美国的联邦制，他对美国政治制度的许多方面都有所批评，唯独对联邦制褒奖有加，认为联邦制是美国政治的一大特色，“共和政体所以能实行持久之原因也”。^[21]

辛亥革命爆发后，各省相继宣布独立，建立政权。一些已宣布独立的省的军政府还制定了各省约法，如《中华民国鄂州约法》、《中华民国浙江省约法》等，这些约法在事实上具有省宪的性质。它们的出台与当时的联邦制、地方自治思潮的盛行密切相关。黎元洪担任中华民国武昌都督府都督后，为争取各省的支持，在邀请各省派遣代表到武昌会商的电文中，强调指出“建立联邦国家，作为对外交涉”的主张，以争取各省的支持。^[22] 1911年由独立各省区派代表组织代表联合会讨论并通过的《临时政府组织大纲》，其所规定的选举临时大总统及参议院组成方面的规定均仿照了美国独立时十三州会议的规定，具有联邦制的精神。

在联邦制思潮盛行并在实践上有所体现的此时，本来对联邦制非常推崇的梁启超却转变了立场，他发表《新中国建设问题》一文，在该文的上篇“单一国体与联邦国体之问题”中，他首先阐述了主张实行联邦制与非实行联邦制者所持的理由，并具体分析我国的历史、联邦制的构造等“不可不熟审”的方面，指出“虽然，吾求联邦之基础而不得，吾恐陈义虽高，终属理想，此吾所以不敢坚持也”，他还进而分析了采联邦制所应当审慎之诸端，如联邦首长之资格、联邦与中央之权限、联邦之区域、联邦与旧朝、联邦与藩疆，最后得出“吾国今日所要求者，首在得一强固统一之中央政府”。即基于中国这么一个幅员辽阔的大国的传统和现实，梁启超认为联邦制只是一个理想，并不符合当时中国的国情。虽然梁启超又同时指出：“今所最当熟审者，则今日之中国，是

[21] 董世礼：《晚清巨人传——梁启超》，哈尔滨出版社1996年版，第450页。

[22] 谢俊美：《政治制度与近代中国》，上海人民出版社1995年版，第277页。

否必须经过联邦之一阶段乃能进于单一，此须俟全国俊杰之公判，非不佞所能臆断也”，但梁启超反对在当时的中国实行联邦制的主张还是非常明确的。^[23]

而中华民国临时政府成立后，联邦制的思潮因形势的变化被中央集权的思想所淹没。曾经对美国的联邦制大加赞许的孙中山^[24]在就任临时大总统所发布的宣言书中再也没有清楚表明在中国要实行联邦制，而只是言到：“国家幅员辽阔，各省自有其风气所宜，前次清廷强以中央集权之法行之，遂其伪立宪之术，今者各省联合，互谋自治，此后行政期于中央政府与各省之关系，调剂得宜，大纲既掣，条目自举，是曰内政之统一”。^[25]《中华民国临时约法》虽有7章、56条，但对于省制没有作出规定，只是在其第3条规定了“中华民国领土，为22行省，内外蒙古、西藏、青海”。^[26]《天坛宪草》起草过程中虽然对地方制度有较多争论，但最终并没有规定地方制度，没有明确中央与地方的关系，而只在其第1条规定：“中华民国永远为统一民主国”，这一原则、概括的规定为后来的更为激烈的争论埋下了伏笔。^[27]

但是，随着袁世凯上台后不断强行推行中央集权和个人独裁统治的措施，又一次激发了联邦制思潮的涌起。在袁世凯称帝失败后，1916年开始的国会

[23] 梁启超著、范中信选编：《梁启超法学文集》，中国政法大学出版社2000年版，第322-328页。

[24] 1894年孙中山在美国檀香山创建中国近代第一个政党性质的政治组织——兴中会时，就提出了“驱除鞑虏，恢复中华，建立合众政府”的政纲，其中的“建立合众政府”明确表明了把未来中国建立为美国式联邦制国家的理想；孙中山在1911年的“在巴黎的谈话”中也说过：“中国革命之目的，系欲建立共和政府，效法美国，除此之外，无论何项政体皆不宜于中国。因中国省份过多，人种复杂之故。美国共和政体甚合中国之用，得达此目的，则振兴商务，改良经济，发掘天然矿产，则发达无穷”，这一讲话实际上也隐含着孙中山对美国联邦制的赞许。关于“在巴黎的谈话”，参见《孙中山全集》第1卷，中华书局1981年版，第563页。

[25] 广宇主编：《东方巨人孙中山》（下卷），内蒙古人民出版社1998年版，第1928页。

[26] 有学者认为，此条规定表明，占全国地域大部分的22个行省为单一制区域，内外蒙古、西藏、青海为联邦区域，参见施养成：《中国省行政制度》，民国丛书第四编（22），上海书店影印版，第1-2页。作者还认为，自元代开始，中国就既非单一，非联邦，实兼具单一与联邦之特色，后来这种体制一直被延续下来，至民国时期，也是如此，只是单一制的区域一直占全国领土的大部分。从民国时期关于地方体制的制度设计和争论来看，是否实行联邦制都是仅就省（行省）而言的，本文有关的论述也从此惯例。

[27] 1916年在旧国会恢复重新对宪法草案进行审议过程中，议员骆继汉就曾对此条文中的“统一”两字提出疑问，他认为这种规定不妥当，因为凡是国家，皆系统一，不只是单一制国家如此，联邦制国家也无不统一。对此，宪法起草委员杨铭源是这样答复的：惟因我国数千年来皆系统一制度，自习惯上言之，“统一”二字当然是指单一国家而言。参见吴宗慈：《中华民国宪法史》（前编），大东书局1924年版，第101页。

续议宪法草案的过程中，一个广为关注而引起争议的话题即是地方制度（也即省制）是否入宪，赞成者与反对者均提出了各自的理由。

联邦制的理论到1920年以后发展成为一种广泛传播的联省自治的政治思潮。“联省自治”的政治主张包括两个方面的含义：第一，容许各省自治，由各省自己制定一种省宪，依照省宪自组省政府，统治本省；第二，由各省选派代表，组织联省会议，制定一种联省宪法，以完成国家的统一。在这种“联省自治”制度下，中央无权干预各省事务，中国是一个联邦制的国家。在此前后，一些著名的思想家如章太炎、胡适等都曾著文阐述通过实行地方自治来拯救时弊。^[28]毛泽东也曾主张联邦制，在由他主要参与并起草的“由湖南革命政府召集湖南人民宪法会议制定湖南宪法以建设新湖南的建议”中，论证了“湖南自治”，建立“湖南共和国”的合理性，并提出由“湖南人民宪法会议”制定“湖南宪法”，它与“美之州宪、德之邦宪相当”。^[29]

而梁启超虽然在民国初期的宪法草案中反对联邦制，他和进步党其他人士也曾对袁世凯寄予厚望，并基于坚持“取国家主义，建设强善政府”的纲领，轻信袁世凯谋求统一的谎言，乃至漠视袁世凯的武力统一政策，成为袁世凯镇压“二次革命”的“帮凶”。但作为于20世纪初就曾赞赏过美国联邦制，并在著名的《新民说》^[30]中对“自治”有较为详尽阐述的梁启超，在联省自治运动中不可能袖手旁观。他在1920年的《〈改造〉发刊词》^[31]中，曾明确指出，国家组织应以地方为基础，中央权力应当限制在对外维持国家统一的范围之内，主张各省乃至县市，“皆宜自动的制定根本法而自守之，国家须加以承认”，明确表达了联省自治的政治主张。

[28] 1920年章太炎发表《联省自治虚置政府议》一文，认为救治当时中国的办法是：“各省人民，宜自治省宪法，文武大吏，以及地方军队，并以本省人统之；自县知事以至省长，悉由人民直选，督军由营长以上各级军官会推”，他认为“联省自治虚置政府”的办法，“中国所宜，无过于此”。参见汤志钧编：《章太炎政论选集》（下）；中华书局1977年版，第752-753页。胡适发表《联省自治与军阀割据》一文，提出“用集权形式的政治组织，勉强施行于这最不适于集权政治的中国是今日中国军阀割据的一个大原因”，他认为中国不适宜于建立单一的国家组织，打倒军阀割据的第一步是建设在省自治上面的联邦的统一国家。此文刊登于《努力周报》第19期（1921年），并被《东方杂志》第19卷第17号（1922年）转载。

[29] 参见湖南《大公报》，1920年10月5日、6日。

[30] 原连载刊登于由其创办的《新民丛报》第1年（1902年）上，被收录于梁启超著、林志钧编：《饮冰室合集》之“专集”第3册（中华书局1936年版）中。

[31] 1919年，梁启超与张东荪、张君勱等人办《解放与改造》半月刊，在上海出版，次年，该杂志更名为《改造》，该发刊词原载《改造》第3卷第1号，1920年9月15日出版。

1920年夏天，湖南自治运动掀起后，梁启超还曾应邀为湖南自治起草一份《湖南自治法大纲草案》，同年，他还为湖南督军赵恒惕起草了《代赵恒惕发起联省会议宣言》，其中说到：“于兹十年，皆由不从自治基础上求统一，是以愈求愈得其反也”，“联省自治，为今后解决时局之惟一办法”。^[32]次年，赵恒惕还派人并致信梁启超，就湖南省宪问题，“欲求斟酌尽善，惟有请益大贤”。^[33]同时，他又应吴佩孚之请，代为起草了《联省会议宣言》，期望吴佩孚能赞同联省自治之议，但未能如愿。

由学者和地方军阀出自各自的目的而掀起的、发端于湖南并继而影响至浙江、广东等多个南方省份的联省自治活动只持续了两年就烟消云散了。作为“联省自治”的主要领导人，梁启超事后曾“刻自忏悔”，“自认在政治上为失败之人”。^[34]

三

梁启超宪草主张信教自由，但又同时强调“以孔子教为风化大本”。

梁启超对于孔教的态度也有过矛盾的历程。

早在1897年，梁启超就写有《复友人论保教书》一文，提出“夫天下无教而治之民，故天下无无教而立之国”，还认为“居今日而不以保国保教为事者，必其人于危亡之故，讲之未莹，念之未熟也”。^[35]1899年，他又在《论支那宗教改革》一文中提出，“今欲振兴东方，不可不发明孔子之真教旨”，并认为孔教“乃进化主义，非保守主义”、“乃平等主义，非专制主义”、“乃兼善主义，非独善主义”、“乃强立主义，非文弱主义”、“乃博包主义（即相容无碍主义），非单狭主义”。

此时的梁启超之所以赞成“保教”，部分原因可能是出于对促进社会政治革新的实际考虑，因为他知道文艺复兴和宗教改革时期古代经典的复兴对欧洲一些国家的思想发展有过贡献，这导致他期望弘扬儒学在中国产生同样的效果。同时，梁启超把本人看作是一个文明的参与者，一套独特的文化价值观和

[32] 董四礼：《晚清巨人传——梁启超》，哈尔滨出版社1996年版，第454页。

[33] 丁文江、赵丰田编：《梁启超年谱长编》，上海人民出版社1983年版，第930页。

[34] 董四礼：《晚清巨人传——梁启超》，哈尔滨出版社1996年版，第455页。

[35] 梁启超著，林志钧编：《饮冰室合集》的“文集第二册”。

信仰的载体,他肯定中国文化遗产,明显倾向于要在中国文化传统里找到许多近代西方制度和价值观,他的文化认同、本人的自信心和尊严感也是他这一时期主张保教的不容忽视的原因。^[36]

但在20世纪初探讨改造国民性问题的思潮中,梁启超对待宗教的态度发生了一些变化。梁启超在1902年的《新民说》中提倡自由平等、独立自主、权利思想,同时也强调公德、义务观念。在其中的《论自由》^[37]一节中,详细地阐述了他的自由观。梁启超指出,“综观欧美自由发达史,其所争者不出四端:一曰政治上之自由,二曰宗教上之自由,三曰民族上之自由,四曰生计上之自由”,具体地涉及四民平等、参政权、属地自治、信仰、^[38]民族建国、工群(劳动)等6方面的问题。他具体分析了从古代希腊罗马到近代欧美国家历史上争取自由的重大事件,并指出在当时的中国,这6方面的自由均不存在,“然则今日吾中国所最急者”,是参政问题与民族建国问题。^[39]对于宗教自由,他认为在当时的中国并不构成问题,因为中国不是一个宗教国家,历史上从不为宗教冲突所困扰。但关于孔教问题,梁启超的态度发生了变化。

针对当时保教呼声高涨的情况,梁启超在同年《新民丛报》第2号上发表了《保教非所以尊孔论》。在该文中,他首先阐述了“教非人力所能保”的理由,分析孔教与群教的不同主要在于,孔子“所教者,专在世界国家之事,伦理道德之原,无迷信,无礼拜”,“孔子者,哲学家、经世家、教育家,而非宗教家也”。他还指出,保教之说会束缚国民思想,会妨碍外交。他还明确指出:“欧洲以宗教门户之故,战争数百年,流血数千万,……几经讨论,几经迁就,始以信教自由之条,著诸国宪。……而争教之祸亦几熄矣”。

梁启超认为,法律上规定宗教信仰的意义,“一以使国民品性趋于高尚,一以使国家团体归于统一,而其尤要者,在画定政治与宗教之权限,使不相侵越也”,认为持保教论者是“不知与近世文明法律之精神,适相刺谬也”。此后不久,他又发表了《论宗教家与哲学家之长短得失》一文,提出重新考虑宗教的各种益处,认为宗教对道德和行为有推动价值,宗教信仰能使人们超越或

摆脱那些世俗的纠缠和诱惑,能成为勇敢精神的源泉。梁启超对待孔教问题态度的转变实际上是他这一时期抨击中国文化传统在有关公德方面的缺陷,承认西方道德价值观的优越的结果。

这一矛盾的心路历程在梁启超宪草中也得到了体现。该宪草一方面在第4条规定:“中华人民,不论种族宗教之异同,在法律前悉为平等”;另一方面在第15条规定:“中华民国以孔子教为风化大本,但一切宗教不害公安者,人民得自由信奉”。在宪草第15条的“说明”中,梁启超对这种矛盾的规定作了解释:“以宪法规定国教,普鲁士、意大利、丹麦、瑞典、挪威、智利等国有其先例,列国皆所从同,我国之尊孔教,久成事实,许信教之自由,亦久成事实,两皆事实,则此条之规定本属骈枝。惟本宪法既从各国通例,将各种自由权悉为列举,信教一项,不容独遗。然比年以来,国人多误解信教自由之义,反成为毁教自由,孔教屡蒙污蔑,国人固有之信教中坚,日以摇动削弱,其影响及于国本者非鲜,故以为既将许信教自由之事实,列入宪法,同时亦宜将崇拜孔教之事实一并列入也”。

但同时期的其他私人宪草大多规定了宗教信仰自由,而没有涉及孔教的内容。如:《汪宝荣宪法草案》第15条规定“人民于法律范围内,有信仰宗教之自由”;《李超宪法草案》第7条列举了国民依法律规定所享有的各项权利,其中的第9项就列举了“国民有信仰之自由”;《何震彝宪法草案》第65条规定“人民于法律范围内有信仰宗教自由权”;《席聘臣宪法草案》第64条也规定了人民有信教自由权。

梁启超宪草与其他私人宪草在宗教信仰问题上的不同规定,实际上是民国初期各派势力对于这一问题有不同意见的一个缩影。

近代欧美国家在资产阶级革命时期,就非常重视争取宗教信仰自由权,因为欧洲人士的自由思想,大多本身就是15世纪至17世纪宗教压迫的产物,因此革命之后在宪法中确立宗教信仰自由就成了顺理成章的事情。宗教信仰自由实际上包括两方面的含义:一是信仰自由,即人民内有信仰任何宗教与不信仰任何宗教的自由;二是礼拜自由,即一方面任何信教人民有履行其本宗教仪节的自由,另一方面国家不得强迫任何人民履行任何宗教的仪节。按照这两方面的含义,在宪法中规定任何形式的国教都应是违背宗教信仰自由原则的。

正如前述梁启超所言,宗教信仰自由在中国本来并非最急之事,但既然外国宪法规定了,那我们也应该规定,对于这一点,民国初期的各方人士还是有共识的。但是在如何对待宗教信仰与孔教的关系上,由于各人的政治立场和观

[36] [美]张灏:《梁启超与中国思想的过渡(1890-1907)》,崔志海、葛夫平译,江苏人民出版社1995年版,第81-84页。

[37] 原载《新民丛报》第7-9号,1902年。

[38] 他认为信仰自由是指“人民欲信何教,悉由自择,政府不得以国教束缚干涉之,是教徒对于教会所争得之自由也”。

[39] 夏晓虹编:《梁启超文选》(上集),中国广播电视出版社1992年版,第124-136页。

念上的差异，就不免不发生争论了。

先来看一下理论界（其实也非真正意义的理论界），对是否应规定孔教为国教是存在争论的。虽然有关的争论文章并不多，但基本分为肯定、否定两派。其中，蒯晋德的“国教问题之商榷”〔40〕对这一争论的论述比较全面。

该文共阐述了五个方面的问题：一是说明“国家何以有宗教”，提出“圣人者，乃于不屑教诲之意而施以教诲之道，并推测一般心理之最畏想者究为何事，乃创为死生之说以畏之报应之说以惕之。此宗教之收效所以较道德、法律、政治为速，而其潜势力亦较道德、法律政治为远且大也。此国家所以有宗教之必要，而中古欧洲各国且认为所以立国之本根焉”；二是分析“吾国有无国教之必要”，从对中国教派的历史演变进行梳理后提出，“以吾国人之眼光而观察之；但知其为教，而不知其为宗教，至于国教则试翻二十姓之本纪世家当难得其片文只字，则吾中国之向无所谓国教也，彰彰明矣”，“孔子于吾国历史上之关系，自初固未认为国教者也”；三是分析“孔教是否为宗教”，认为孔子与宗教有绝对反对的六个方面，即“孔子罕言利与命与仁，宗教家则每好言命运与慈悲”、“孔子事鬼神而远之，宗教家则事鬼神而媚之”、“孔子疾不事祷，宗教家则每有灾晦必事祷告而，而于基督教徒为尤笃”、“孔子有云，与其媚于灶，宁媚于奥，奥者即良心之所在地也，宗教家则每事诅咒而不事反躬”、“孔子答子路问，则曰不知生焉知死，宗教家则恣言生死”、“孔子重三纲五常，宗教家则无之”，由此六方面的分析得出结论，认为孔子之道绝对非宗教可断言也，既非宗教，则不得定其为国教；四是分析了“以孔教为国教于吾国政治前途之利害若何”，认为如果定孔教为国教，会产生政教分离之害、使蒙回藏等族有离心之害、引起国民仇教之害、宗教纷争之害、混淆法律与宗教之害等；五是从事国内及国际等方面阐述了“约法上所以规定信教自由之理由”，认为临时约法规定宗教信仰自由“诚不愧为空前绝后之宪法雏形矣”。而政界关于孔教的争论尤为激烈。

不可否认，孔子是中国伟大的思想家、政治家和教育家，其学说在历史上产生过巨大影响，但由于封建帝王常用以维护自己的思想统治，将孔子奉为中国的圣人，因此从20世纪开始以后，资产阶级革命派在发动反清革命的同时，也就对孔子思想展开了批判。中华民国临时政府成立以后，孙中山就提出反对尊孔读经，规定学校不拜孔子牌位，废除祀孔典礼。他所颁布的《中华民国临时

时约法》第6条非常明确地列举了人民有信教的自由。但“天坛宪草”的规定却发生了变化，其第11条规定“中华民国人民有信仰宗教之自由，非依法律不受限制”，第19条规定“中华民国人民，依法律有受初等教育之义务。国民教育以孔子之道为修身大本”。之所以发生这样的变化，是有原因的。

袁世凯窃取辛亥革命的胜利果实之后，于1912年9月就下令恢复礼教，重新抬出孔子作为恢复封建统治的挡箭牌。在袁世凯的尊孔号令鼓舞下，各地的尊孔团体纷纷出现，宣扬孔教的杂志也纷纷出笼。袁世凯的尊孔复古的根本目的是借以孔子为代表的传统纲常礼教来反对民主共和，来束缚人民的思想 and 行动，最终为其帝制复辟做舆论准备。

袁世凯大肆提倡尊孔的思想也直接反映到立宪活动中。在天坛宪草起草过程中，有关孔教问题就成了一大争论话题。当时，一些进步党议员提议孔教入宪，其主要理由大致如前述梁启超在解说其宪草第15条的说明所列举的方面。反对孔教入宪的大多是国民党议员，他们的主要理由有四个方面：中国并非宗教国；孔子非宗教家；信教自由，宪法之通例，如定孔教为国教，与宪法相抵触；五族共和，孔教以外尚有喇嘛、回教等，如定孔教为国教，易引起蒙、藏等族的怀忌。两种主张展开了激烈的争论，后经妥协，在宪草第11条和第19条作了前述规定。但第19条后一项毫无意义的累赘规定，在后来激起了更为激烈的争论。

1916年旧国会恢复，继续进行制宪事业。在审议会及其后的二读会期间，虽然起草委员朱兆莘对天坛宪草第19条的规定作了说明，〔41〕但对于此问题还是一直争论不休。在审议过程中，主张删去原草案第19条第2项的“国民教育以孔子之道为修身大本”的有张鲁泉、何雯、吴宗慈等，他们的理由归纳起来有下列方面：孔子之道，多为君主说法，此项规定与民国国体相左；草案已经规定人民信教自由，若将孔子之道特别规定，是先以宪法条文压迫其他宗教，恐怕对内对外会导致一定的纷争；以何者为修身大本，这种教育方针应属于行政范围，规定于宪法中殊不合适；孔子不是宗教家，有此一项的规定，既不足为孔子争光，删除此项，乃正所以尊孔子；把伦理问题规定于根本法内，

〔41〕所说明的主要理由有三个：我国两千年以来皆受孔子教育，故孔子之道实为我国之国粹，安能不予保存，即使外国人对于我国孔子之伦理学说也极口赞美；孔子之道确为孔道，而非孔教，因为宗教含有迷信的性质，而若言乎道则专重修身而不尚迷信；孔子之道合于共和原理。参见吴宗慈：《中华民国宪法史》（前编），大东书局1924年版，第38—39页。

〔40〕参见《法政学报》第1卷第1号，1913年。

性质既属于不适合，且既有宪法上的拘束力，恐会生出很大的危险；国民教育应养成独立生活之能力，若一般国民服从孔教，不农不商，无生活的能力，国家必大受影响；国民教育即强迫教育，五族人民皆当负此义务，如把孔子之道规定宪法，则五族人民中之奉回教、佛教及天主、耶稣等教者，会产生是否违反宪法、是否应受法律制裁的问题；国家教育方针，本可随时变迁，今如以此项定入宪法，试问将来情况发生变化将如何变更？国家欲尊重孔子，可以采用多种尊孔的方法，若徒争此一项条文，而人民不讲道德，似属无益。

而汤松年、陈铭鉴等人则主张维持天坛宪草的原规定，其理由是：孔道乃教育上问题，非宗教上问题，此项与草案第11条并不冲突；孔子天下为公之说，何当不是共和真谛；今日全国人民心理对于孔子非常信仰，欲培养社会道德，必以孔教为基础；此项既定入草案，无故删去，恐外界无知，将生误会；孔子为中国二千余年以来组织社会之重心，即认为教育方针照荷兰宪法先例，教育方针亦无不可定入宪法；草案第11条为普通的规定，此项为特别的规定，按照普鲁士、哥伦比亚等国宪法，亦有先例可援用；外国教会学堂，俱读四书，可见孔子之道，即外交之人，无不信仰，定入此项，不致引起他教争端。

此事后经表决数次，均无结果。最后以无记名投票表决，投票者577人，赞成原案投白票者为377人，反对原案投蓝票者为200人，由于均不足三分之二，故也无结果。

在这个过程中，不仅对天坛宪草第19条有激烈的争论，而且对是否应规定孔教为国教又产生了争论。一些委员持反对态度，如马君武就从法律、政治、学术等三方面说明了其反对规定孔教为国教的理由，但也有委员持肯定说，其中尤以王敬芳的态度最为坚决，阐述的理由也最为详尽。^[42]最后二读会中双方互相妥协，而代之以规定“中华民国人民有尊崇孔子及信仰宗教之自由，非依法律不受限制”的条文，这实际上是毫无意义的，只不过是敷衍当时提倡孔教者。但1923年的曹锟宪法却将此条照搬规定于其第12条中。

宪法中是否规定孔教，不仅仅是一个条文的问题，围绕它所引起的争论实质上是封建传统文化与民主共和思想的一次较量。这一争论也波及到立宪活动之外，引起了更为广泛的争论，也既有积极主张孔教入宪的，如康有为、严复

[42] 吴宗慈的《中华民国宪法史》（前编）的“附编——论坛异同集粹”对此有非常详尽的介绍。其中，王敬芳所阐述的主张孔教为国教的理由主要有根于国情需要、根于人心趋向、根于保存国粹、根于孔子教义、根于宪法性质等5个方面，他还详细批驳了反对定孔教为国教的具体理由。

等，又有反对孔教入宪的，如李大钊、陈独秀等。

李大钊的《孔子与宪法》^[43]一文因其极严密的逻辑性和激烈的抨击性而在当时影响很大。他从多方面论述了“孔子与宪法，渺不相涉者也”，现摘部分段落如下：

孔子者，数千年前之残骸枯骨也。宪法者，现代国民之血气精神也。以数千年前之残骸枯骨，入于现代国民之血气精神所结晶之宪法，则其宪法将为陈腐死人之宪法，非我辈生人之宪法也；荒陵古墓中之宪法；非光天化日中之宪法；护持偶像权威之宪法，非保障生民利益之宪法也。

孔子者，历代帝王专制之护符也。宪法者，现代国民自由之证券也。专制不能容于自由，即孔子不当存于宪法。今以专制护符之孔子，入于自由证券之宪法，则其宪法将为萌芽专制之宪法，非为孕育自由之宪法也；将为束制民彝之宪法，非为解放人权之宪法也；将为野心家利用之宪法，非为平民百姓日常享用之宪法也。

孔子者，国民中一部分所谓孔子之徒者之圣人也。宪法者，中华民国国民全体无问其信仰之为佛为耶，无问其种族之为蒙为回，所资以生存乐利之信条也。以一部分人尊崇之圣人，入于全国所托命之宪法，则其宪法将为一部分人之宪法，非国民全体之宪法也；所谓孔教徒之宪法，非汉、满、蒙、藏、回、释、道、耶诸族诸教共同遵守之宪法也；乃一小社会之宪法，非一国家之宪法也。

孔子之道者，含混无界之辞也。宪法者，一文一字均有极确之意义，极强之效力者也。今以含混无界之辞，入于短严力强之宪法，无论实施之效力，不克普及于全国，即此小部分之人，将欲遵此条文，亦苦于无确切之域以资循守。

总之宪法与孔子发生关系，为最背于其性质之事实。

陈独秀在这一场争论中也是极力反对孔教入宪的。他先后发表了《孔子之道与现代生活》、《宪法与孔教》、《再论孔教问题》、《尊孔与复辟》等文章。在这些文章中，他驳斥了以康有为为代表的推崇孔教派的观点，认为现代生活中风俗的败坏并不是尊孔即可解决的。他提出，如果蔑视其他宗教而独尊孔教，会侵害宗教信仰自由，所谓宗教信仰自由者，任人信仰何教，自由选择，皆得

[43] 原文刊登于《甲寅》，1917年1月30日。本文所引内容，参见丁守和主编：《中国近代启蒙思潮》（中卷），社会科学文献出版社1999年版，第145—147页。

享受国家同等之待遇，而无所歧视。并且提出，“吾人倘以为中国之法，孔子之道，足以组织吾之国家，支配吾之社会，使适于今日竞争世界之生存，则不徒共和宪法为可废，凡十余年来之变法威信，流血革命，设国会，改法律，及一切新政治，新教育，无一非多事，且无一非谬误，应悉废罢，仍守旧法，以免滥费吾人之财力。万一不安本分，妄欲建设西洋式之新国家，组织西洋式之新社会，以求适今世之生存，则根本问题，不可不首先输入西洋式社会国家之基础，所谓平等人权之新信仰，对于与此新社会新国家新信仰不可相容之孔教，不可不彻底之觉悟，猛勇之决心；否则不塞不流，不止不行！”〔44〕

陈独秀还驳斥将孔子之道定为国民教育的大方针的荒谬，认为“因国教虽非良制，而尚有先例可言。至于教育应以何人之说为修身大本，切且规定于宪法条文中，可谓为万国所无之大笑话！”

从上述各方的激烈争论可以看出，如何对待孔子的思想，不仅仅是宪政领域的问题，而是一个社会问题。有关这方面的争论，也不只是民国初期的事情，实际上在民国各个时期都曾发生过。伴随着国民党专制独裁统治的确立，封建复古思潮又一度逐步抬头。20世纪30年代初，国民党军政大员何键等人率先在湖南、广东掀起了尊孔读经的逆流，要求中小学生尊孔读经；国民党政府也将8月27日定为孔子诞辰纪念日，在全国进行尊孔祭孔活动。这股尊孔读经逆流立即受到了当时中国社会各界的强烈抵制和坚决反对，鲁迅、胡适等人发表了许多文章，对这股复古逆流进行猛烈抨击。1943年前后，国民党政府又以弘扬民族传统为名，掀起了一场尊孔读经活动，这场复古逆流也同样受到了社会各界人士的抵制和批判。〔45〕

确实，在中国近代史上，每逢民主运动失败一次，反动潮流便高涨一次，同时孔子便被人高抬一次。这种历程明显说明了在中国确立自由权利的艰难，也反映了宪政上的自由权的含义在近代中国的某种意义上的变异。

四

梁启超宪草虽然规定总统为国家元首，但确立的是责任内阁制。

在近现代宪政国家中，国家最高行政机关的确定是非常必要的。对此，除瑞士等个别国家采合议制外，其他国家主要采用总统制或责任内阁制。总统制与责任内阁制的区别一方面表现在元首与国务员的关系上，另一方面则体现在行政机关与立法机关的关系上。

在总统制之下，行政机关的职权集中于行政元首总统手中，是一种纯粹的行政独任制，国务员不对议会或其他机关负责，而只对元首负责，国务员的进退，也以元首的信任与否为转移，而不以其他机关的信任或不信任为转移。美国是总统制的发源国，在美国的这种体制下，行政权集中于总统，总统在宪法所定的范围内自由行使，无须顾及议会的赞同或反对，国务员仅对总统负政治上的责任，总统也仅对国民负政治上的责任，总统及国务员都不能兼任议员。行政机关与议会虽然分离，但在行使宪法所规定的职权时又一定程度要受到对方的牵制。

责任内阁制一般又称议会内阁制。在这一制度下，元首对于其行为一般不负法律上的责任，即使在共和国家采用责任内阁制，元首虽然并不是毫不受法律制裁，但也享受一些特殊保障；国务员对议会负责，一般仅指对议会中的下议院负责，也即国务员的进退仅以下议院的信任或不信任为准；元首的命令及其他行为须经国务员的同意，以国家元首所颁布的命令及其他可以发生法律效力文件均须由国务员副署。

英国是责任内阁制的发源国，在英国的这种体制下，内阁必须由下议院多数党组成，首相和内阁成员都必须下议院议员；首相通常是下议院多数党首脑，内阁成员彼此负责，并就其副署的行政行为向国王负责，如果下议院对内阁投不信任票，内阁必须集体辞职，或者通过英王解散下议院重新选举，如果新选出的下议院仍对内阁投不信任票，内阁必须辞职。

而共和制的法国按照其1875年宪法，也确立了责任内阁制，总统作为国家元首，享受广泛的权力，总统还有权在征得参议院同意后提前解散众议院，但总统的每项命令须由各部部长一人的副署，并规定各部部长就政府的一般政策对两院负连带责任，但全体文武官员由总统任命，在法国以后的政治制度演变过程中，总统的权力逐渐减小，形成了更加名副其实的内阁制。

共和体制下的美国总统制和法国内阁制、君主制下的英国内阁制在19世纪中叶就随着对西方法典及法学论著的翻译和介绍而传入中国。

梁启超对于中国应采用何种政体也是有自己的主张的。

早在1899年，梁启超就曾发表《论中国与欧洲国体异同》一文，指出实

〔44〕 陈独秀：《宪法与孔教》，载《新青年》第2卷第3号，1916年11月。

〔45〕 关于此方面的内容，参见丁守和主编：《中国近代启蒙思潮》（下卷）之“三、回击尊孔逆流”，社会科学文献出版社1999年版，第113—155页。

行代议政体是欧洲国家在近代取得发展的主要原因。他认为,“自今世以来,欧人骤进,而我如旧,二千年所积进化之资格,每况愈下(原文为‘每下愈况’)”,原因在于“欧人自希腊罗马以来,即有民选代议之政体,而我中国绝无闻焉”。^[46]同年他所写的《各国宪法异同论》对各国的政体也有介绍,虽然这种介绍在现在看来并不完全准确:“立宪各国,其政府大臣,得由君主任意黜陟;惟有政党习气之国,则其党人占国会议员之多数者,辄举其党之首领为首相,而各部大臣皆由首相所任命。若奥国、法国皆无政党习气之国,则其黜辄之权,仍归君主。而美国黜辄政府权亦归大统领云。政府之大臣,合而共执一切之政务,又分而各执各种之政务者也。故有行政上、刑法上之责任。若违法之事,必不可不受其罪。故法律敕令,必要政府大臣签名云”。

在清廷统治日显颓势、中国政局行将发生巨变的辛亥革命前后的一段日子里,梁启超关于政体的论述更加频繁。在《宪政浅说》(1910年)一文中,他对君主立宪国的责任内阁制作了描述:“凡立宪国君主之诏敕,必须由国务大臣署名,然后效力乃发生。署名后,以定责任之所攸归也,故为大臣者,遇有违宪失政之诏敕,则宜力争,争之不得,则宜辞职”。^[47]在《责任内阁与政治家》(1910年)一文中,他明确提出:“责任内阁者何,举全国之政治而负其责任也,惟政治家为能负政治之责,故必有政治家然后责任内阁得立”,他还认为,政治家必须具备“眼光须能洞察国内国外之大势”、“察各种政务之联络关系”等八项品德。^[48]在《将来百论》(1910年)一文中,他对当时清政府的虚假内阁制提出质疑:“责任内阁与国会相依为命,稍知宪政性质者,皆能言之,今虽有内阁而无国会,其第一不可解之问题,则内阁果对于谁而负责任乎?为之说者必曰对于君上也。然对于君上而负责,岂必内阁,即军机大臣亦何莫不然?”在此文中,梁启超还对未来中国的内阁制提出了一些设想。^[49]

而梁启超的《责任内阁释义》(1911年)一文对责任内阁这一政体的阐述最为详尽。在该文中,梁启超解释了内阁这一名称的来历,提出了各国内阁制在组织上都遵守的两项原则:以内阁为行政之府,故恒必以各部行政长官组织之;以内阁为政治之府,故恒采合议制度,置总理大臣一人以为之长,而阁僚

[46] 梁启超著,林志钧编:《饮冰室合集》的“文集第二册”,中华书局1936年版。

[47] 梁启超著,林志钧编:《饮冰室合集》的“文集第八册”,中华书局1936年版。

[48] 梁启超著,林志钧编:《饮冰室合集》的“文集第八册”,中华书局1936年版。

[49] 梁启超著,林志钧编:《饮冰室合集》的“文集第九册”,中华书局1936年版。

悉由总理大臣延揽汲引内阁。他还批驳了内阁对君主负责和内阁对议会负责的观点,以“国家者法人也”为基点,明确提出内阁是对国家负责,并附带论述了德、日两国关于责任大臣的立法、大臣责任与君主任免之关系等。^[50]在《中国立国大方针》(1912年)中,他非常明确地提出“我国非采政党内阁制,无以善治”,并对中国应当确立的政党内阁作出了具体的设想。^[51]

虽然梁启超在这些文章中关于责任内阁制的理论介绍和探讨并不完全一致,但他主张确立这一政体的意图是非常明显的。梁启超宪草在这方面的具体规定也确实体现了责任内阁制。

梁启超宪草“第4章国会”、“第5章总统”、“第6章国务员”分别规定了国会、总统和国务员的具体内容,在此,把体现责任内阁制的条文摘录如下:

第34条:国会认大总统有大逆行为时,得以两院各五十人以上之动议,开国民特会弹劾之。

第35条:国会认国务员有违宪法行为时,得动议开国民特会弹劾之。

第36条:众议院认国务员施政失当时,得以不信任之意义,牒达大总统。不信任投票,须众议院总议员过半数列席,乃得行之。

第50条:大总统经国家顾问院之同意,得解散国会两院或一院,但自解散之日起,须于一个月內,行总选举,于五个月內,集新国会。

第51条:大总统得停止两院之会议,但同一会期內停会以一次为限,其期间不得逾十五日。

第53条:大总统为维持公安,捍御灾患,当国会闭会时,经国家顾问院之同意,以不违反宪法为限,得使国务员连带负责,制定与法律同效力之教令。此种教令,不论继续执行与否,至次期国会开会十日内,须提出两院求承诺。

第62条:大总统不负政治及刑事上之责任,但大逆罪不在此限。

第65条:国务总理及各部总长,均称为国务员。

第66条:国务员赞襄总统,对于众议院担负责任。大总统所发关于国务之文书,须经国务员一人以上之副署。

从上述条文可以看出,梁启超宪草所规定的是总统为法律上的国家元首而政治责任由国务员承担的责任内阁制,这些具体规定实际上是效法多国相关体

[50] 梁启超著,林志钧编:《饮冰室合集》的“文集第十册”,中华书局1936年版。

[51] 梁启超著,林志钧编:《饮冰室合集》的“文集第十册”,中华书局1936年版。

制的结果，具有一定的特点。

其一，同时规定了弹劾权和不信任投票权。之所以同时规定国会拥有这两项权力，梁启超在宪草第36条的说明中有一定的解释，他认为：夫弹劾与不信任，其性质全异，故其程序亦不宜混同。弹劾之动机，在法律问题，其结果继以审判，在各立宪国史中认为不祥之事，行者甚稀，特宪法中不可不设此条耳，故不妨特加严重，以其权属诸国民特会，而国会各院仅得动机也；不信任之动机，在政治问题，其结果仅政府更迭而止，各国政争，盖常行之，故其程序不宜太繁重，以院中普通议事之法略加重行之可也，所以限于众议院者，因政府只能对于众议院负责任也。他还认为，有些人所持的不信任政府是一种政治现象因而无须规定于宪法中的说法虽然有道理，但“欲使本草案第66条发生确实之效力，则加以本条之规定，为益匪细”。

在20世纪初期的中国学界，在介绍和论述责任内阁制的有关论著中，往往把国会的弹劾权与不信任投票权混为一谈，但正如梁启超所言，这两者是有一定区别的。在责任内阁制下，议会对于行政的监督手段主要不在于弹劾权，而在于不信任投票权。行使弹劾权一般适用于行政官员有犯罪行为的情形，弹劾权的实施属法律行为，程序烦琐，而适用提出不信任案的条件相对宽松，在因政策观点冲突及合作出现困难等情况下也可采用，属政治行为。因此，即使在实行总统制的国家（如美国），国会也拥有弹劾权，而不信任案的提出权则只有责任内阁制下的议会才享有。故在议会内阁制的国家，议会是否拥有弹劾权其实并不重要，但不信任案的议决权却是不可缺的。正因如此，责任内阁制的发源国英国虽然议会有弹劾权和不信任投票权，但其弹劾权已经久弃不用。

因此，即使从理论上说，梁启超宪草同时规定国会的弹劾权和不信任投票权也是非常有价值的。

其二，总统有解散国会两院的权力。梁启超认为，总统对于国会的解散权与国会对于总统的弹劾权是相对峙的，在责任内阁制下必须规定解散权，从法理和政治两方面均可以列出理由：国会是由国民代表组成的，但若说国会即为民意之缩影、恰吻合而无毫发之忒，无论何国，皆所不能；国会任期，恒亘数年，此期间民情变迁至剧，选举时之民意与任期中之任期岂必一致？国家大计，可以乐成，难与图始，谓一时多数之民意，必遂为国家福利之所归，其理亦难置信。基于上述三方面的理由，梁启超认为，“既欲揽弹劾政府之权于国会，而又欲解散国会权于政府，是直以立法部压倒行政部，其专制之弊与行政

部压倒立法部正复相同”。〔52〕

在宪草第50条的说明中，梁启超首先解释了总统应有解散国会两院而非只解散下院的权力。他认为，解散权不能及于上院的制度实际上源自英国，但是英国上院纯为贵族，即使解散它，其议员的资格也不因此而消灭，而新召集的仍然是这些议员，因此无所谓解散与否。我国参议院与英国上议院的性质不同，如果政府由下议院绝对多数党所组织，而上议院党派恰好与下议院成反比例，则政府与上议院、上议院与下议院的冲突则无法救济。有人认为，效法法国体制，政府仅对下议院负责任，而财政法案之议决权又专属下议院，则上议院与政府关于政治问题的冲突机会就很少，可以无须解散。对此，梁启超认为，在当时中国，参议员与众议员在根本上并无特别差异，减少参议院的职权从理论上很难说得通。因此，他认为，效法比利时宪法规定总统有解散两院的权力、这种解散权可以分别行使的体制是很有价值的。

在该条说明中，梁启超还解释了其宪草规定的解散众议院无须得到参议院同意的理由。他认为，如果解散众议院需得到参议院的同意，比较迂回。假如两院党派状态相同时，政府持一政策，确有所以自信，而两院皆反对之，政府欲诉诸民意，则必须解散众议院，而根本无法得到参议院的同意，这样，有解散权等于无解散权。梁启超还认为，得强善之政府，欲政府善而且强，而不使有解散权，或有之而不能贯彻，是犹欲北行而南其轍也。他认为，不必对解散权作太多的限制，只要经国家顾问院同意即可行使。

其三，国务员对于众议院负责任。在前文提及的《责任内阁释义》一文中，梁启超是主张国务大臣对于国家负责，而不主张对君主负责，也不主张对议会负责。他认为，国家非议会所有，国事也非议会私事，因此，议会不能使政府对它负责；并作了许多的解释。但宪法草案第66条为何又转而规定国务大臣对众议院担负责任，他没有作出解释，这可能是吸取当时进步党大部分人士意见的结果。

在民国初期，梁启超不仅在宪草中力主内阁制，而且还身体力行，两度入阁（即1913年9月出任熊希龄内阁司法总长和1917年出任段祺瑞内阁财政总长）。当然在这一过程中，他的行为也曾偏离过他的主张。比如，他虽然主张建立以内阁为重心的强善政府，但他在相当长的时期内却支持了袁世凯，即使国民党占了议会的多数议席，他也视之为“乱暴”派而不愿让国民党组阁。

〔52〕 参见《宪法新闻》第2期的“名人国宪谈”，1913年。

同时期的其他私人宪草对国家最高行政机关体制和模式的规定是有不同的,有确立责任内阁制的,如《汪荣宝宪法草案》;也有确立总统制的,如《李超宪法草案》。当时理论界对于这一问题也有争论,但赞同在中国实行内阁制的比较多。如凤文祺在《内阁制与总统制》^[53]一文中,提出“今共和国有两大政制焉,曰内阁制,曰总统制,美取总统制而强,法行内阁制以盛”,但我国究竟应借鉴美制还是法制,他对此经从学理、历史、国情、事实等各方面进行研讨之后,得出“一断论曰:内阁制优于总统制”。毕厚在《责任内阁论》^[54]一文中,虽然对内阁制比较推崇,并详尽阐述了责任内阁制的具体原则,但他同时指出:“夫责任内阁,不于其名惟其实。以方今政界之形势测之,固尚非旦夕所能骤达。盖责任内阁者,易言之,即政党内阁也,故完全之责任内阁,非在政党成熟发达之后,必无可期”。这一观点可谓洞察到了民国初期政治形势的本质。

民国初期的立宪活动在确立最高行政机关应采取何种模式,也即应确立内阁制还是总统制问题上也经历了反反复复的历程。

1911年《临时政府组织大纲》具有临时宪法的性质,其内容特点之一是采用总统制,国务院不设总理,各部部长直接对临时大总统负责,受临时大总统之任免,临时大总统享有统率海陆军、任免公务员及外交专使、缔结国际条约等权限,这均与美国宪法关于总统权限的规定相同。该大纲没有规定部长应对议会负责,仅规定各部部长的任命须得到参议院的同意,而对于各部部长的解职则又没有规定。

在孙中山就任临时大总统前夕,宋教仁等人就提议修改临时政府组织大纲,并议决通过了增设副总统、临时大总统任命公务员须得到参议院同意等内容,但所提议的规定临时大总统发布法律及有关政务之命令须由公务员副署的内容没有获得通过。仅过了两日,由于代表们谣传宋教仁自己想当总理而对宋心生反感,于是又通过修正案使刚刚通过的临时大总统任命公务员须得到参议院同意的内容无效。

中华民国临时政府成立后,于1912年3月正式公布的《中华民国临时约法》与前述的组织大纲最主要的区别是体现了内阁制。虽然其第4章“临时大总统副总统”规定了临时大总统、副总统享有许多权力,但其第5章“国务

[53] 载《官治》第1期,1913年4月。

[54] 载《法政杂志》第3卷第4号,1913年10月。

员”则明确规定:“国务员辅佐临时大总统负其责任(第44条);国务员于临时大总统提出法律案、公布法律及发布命令时须副署之(第45条)”。这样,临时约法所确立的实际上是政权集中于内阁而总统高拱无为的责任内阁制。但是,国会监督内阁之不信任案通过权及内阁抵抗国会之解散国会权等均无规定,使其离真正的责任内阁制尚有一定的距离。

谈到这时期的政体模式的选择,不能不提到近代初期宪政领域两位重要的人物,即宋教仁和孙中山。

宋教仁一直主张责任内阁制,早在1911年由他起草的《中华民国鄂州约法》就规定,都督有总揽政务、统率水陆军队、任命文武官职员等大权,但都督在执行这些大权时,都要经过政务委员的副署,这实际上体现了内阁制精神。《临时约法》起草过程中,虽然宋教仁没有直接参与,但这一约法还是体现了他所主张的责任内阁制。^[55]宋教仁认为,总统是民国国本,不可轻易更动,因此最好的方法是实行总统不掌握实权的内阁制。他在不同的场合多次表达过这样的主张,如1913年3月9日他在南京演说:“总统当为不负责任,由国务院负责,内阁制之精神,实为共和国之良好制也。国务院宜以完全政党组织之”。^[56]他在遇刺前几天起草的《代草国民党之大政见》中也非常明确地表明实行责任内阁制的主张,乃至为此献出了年轻的生命。

孙中山的理想是总统制,他一直比较赞赏总统拥有实权的美国式的总统制。因此1911年底孙中山归国后,在对如何组织革命政府的问题上,孙中山与宋教仁就曾发生分歧。但临时约法之所以又能体现宋教仁的责任内阁制,主要的原因是孙中山在明知很快要让位于袁世凯的情况下态度发生了转变,目的是为了限制袁世凯的权力。

应当说,对于政体问题存在意见分歧本属正常的事情,在效仿模式上进行选择发生变迁也非不可理解,但从实际上看,民国初期政体模式的急速转换却是不正常的。正如历史学家李剑农评论的:“从前修改《临时政府组织大纲》时,宋教仁想把它变为责任内阁制,那些对于宋教仁怀疑忌心的代表先生们,因为要打击宋教仁的缘故,拼命地反对,使责任内阁制不能实现;现在所制定

[55] 学界对于宋教仁是否参加了《临时约法》的起草工作,实际上是有不同阐述的,笔者赞同宋教仁没有直接参与此草案的起草工作的观点,参见迟云飞:《宋教仁与中国民主宪政》,湖南师范大学出版社1997年版,第118-121页。

[56] 迟云飞:《宋教仁与中国民主宪政》,湖南师范大学出版社1997年版,第85页。

的《约法》，预备在袁世凯临时总统任内施行，又因为要抑制袁世凯的野心的缘故，竟把总统制改为责任内阁制了。……这种拘于一时环境的立法精神，是所谓‘对人立法’的精神；对人立法，在理论上是不能赞许的，因为真正的大英雄，不肯把法律放在眼里，徒使公正的政治家，失去政治运用应有的活动”。〔57〕

1913年10月，袁世凯就任大总统，他就提出增修约法案，其咨国会文提到“何况临时约法限制过苛，因而前参议员干涉太甚，即无内忧外患之交迫，必且穷年累月莫为功。……顾政治之能刷新与否，必自增修约法始，盖约法上行政首长之职任不完，则事实上总揽政务之统一无望。”〔58〕这明显体现了其要废除责任内阁制、总揽政务的愿望。在“天坛宪草”起草过程中，袁世凯曾利用种种手段，乃至采取捕杀起草委员等野蛮行径，妄图干预制宪工作，目的就是将他主张的总统拥有大权的条文确定于宪法中。但由于在当时的起草委员中，想利用宪法限制袁世凯的权力、阻止他实施独裁统治的占了多数，因此袁世凯的目的没有达到。

《天坛宪草》规定了责任内阁制，这主要表现在：大总统的命令及其他行为须经过国务员同意，其第55条规定“中华民国之行政权由大总统以国务员之赞襄行之”，其第81条规定“国务员赞襄大总统，对于众议院负责任。大总统所发命令及其他关系国务之文书，非经国务员之副署，不生效力”；国务员对国会负责，这主要表现在上述第81条第1项的规定，这种规定是仿效法国宪法习惯的结果；国务员的任命须经过众议院的同意，第80条明确规定“国务总理之任命，须经众议院之同意。国务总理于国会闭会期内出缺时，大总统经国会委员会之同意，得为署理之任命”。同时，“天坛宪草”还规定了弹劾权、不信任投票权及解散权。

关于弹劾权。《天坛宪草》规定了国会对于总统副总统的弹劾权、对于国务员的弹劾权。其中关于对国务员的弹劾，规定于第42条：“众议院认国务员有违法行为时，得以列席员三分二以上之同意弹劾之”，第44条规定“参议院审判被弹劾之大总统副总统及国务员。前项审判，非以列席员三分二以上之同意，不得判决为有罪或违法。判决大总统副总统有罪时，应黜其职，其罪之处刑，由最高法院定之。判决国务员违法时，应黜其职，并夺其公权，如有余罪

时付法院审判之”。由上述规定可知，国务员的弹劾机关为众议院，对此进行审判的机关为参议院，弹劾的原因，以违法行为为限。

关于不信任投票权。《天坛宪草》第43条规定“众议院对于国务员得为不信任之决议，前项决议用投票法，以列席员过半数之同意成之”。在起草过程中，这一条文曾引起激烈论争。反对此规定者认为：制定宪法，须内阁与国会权限立于平等地位，设发生国会专制之患，则国家非常危险；不信任投票仅以过半数之表决，如轻易行使，必然会养成一般敷衍的国务员，国家就无法发展；政府的政策如为不良，国会若不通过预算，其政策即不能行，何必更为不信任的决议；不信任权与解散权相为表里，共和国家尊重民权，何必以此种无益事实的不信任决议，徒换得一解散国会的机会。

但赞成者也有其理由：法律上的责任，可行使弹劾权，若政治上的责任，则不能弹劾，只能为不信任的投票；国务员既对于众议院负责任，众议院即应有监督的方法；本草案只规定众议院对于任命国务总理的同意权，而国务员的同意权并未规定，则国务员的能否胜任非可逆知，设无不信任投票，果将何法以为救济；不信任投票可仅对国务员一部分行之，无意于全体，确与弹劾不同；不信任国务员，既与解散国会有关，此等职权，国会必不轻于行使，尽可于宪法中明为规定，因为宪草第82条规定“国务员受不信任之决议时，大总统非依第75条之规定，解散众议院，应即免国务员之职”。〔59〕

关于解散国会权。《天坛宪草》第75条规定：“大总统经参议院列席议员三分二以上之同意，得解散众议院，但同一会期不得为第二次之解散。大总统解散众议院时，应即另行选举，于五个月内定期继续开会”。这在起草过程中也引起争论。

反对者认为：既然采用责任内阁制，则国会与内阁间同其步调，当不致有解散的事实；规定解散权，则国会的势力减削，政府即难免无专制的危险；我国土地辽阔，交通不便，五个月不能齐集，即使果能依期召集，而此五个月之中，无监督政府机关，岂不是给予政府以自由行动的机会；以参议院间接选举的少数人，解散直接选举的多数人，此项理由根本上不能成立；草案既然规定大总统国会选出，为何大总统又有权可以解散众议院，此种条文显然是自相矛盾的；各国解散众议院多因预算案不能成立，如果预算案不能成立而有救济办

〔57〕 李剑农：《戊戌以后三十年中国政治史》，中华书局1965年版，第141-142页。

〔58〕 吴宗慈：《中华民国宪法史》（前编），大东书局1924年版，第41页。

〔59〕 杨幼炯：《近代中国立法史（增订本）》，台湾商务印书馆1966年版，第151-152页；同时参见吴宗慈：《中华民国宪法史》，大东书局1924年版，第141页。

法，自无解散众议院之必要；草案规定众议院议员的任期只有3年（第29条），任期既短，民意不致十分变动，即不必待其判决；草案规定于同一会期内，不得为第二次的解散，是甲内阁有解散权，而乙内阁无解散权，此理也说不通。

赞成者认为：三权分立，贵得其平；解散权本属于行政部的一种行政策略，不能以自身系立法部的议员就将立法部的权加重；国会为人民代表，如果不称职，自应诉之于全国国民，待最后的判决；行政部有解散权，则国会的信任权不致任意行使；如果仅允许众议院有不信任投票权，而不许大总统有解散权，则政府终无保障，政治无法谋求良善。^[60]

而草案第75条提交表决时，反对与赞成双方均没有得到法定人数，于是没有结果。但该条的规定确实也有弊端：大总统解散众议院须经过参议院同意，但众议院的多数党大半为参议院的多数党，既为同党，必不能同意，且须得参议院列席议员三分之二以上的同意，则是非常困难的，解散的目的不能达到，还不如不规定；同意之权较解散之权为强有力，使众议院顾虑参议院的同意，必事事苟合参议院的主张，甚且政府必欲解散众议院，则必用种种方法或手段，以求参议院的同意。参议院的设立原来为了调和众议院与行政部的冲突，如此反失其作用。而从当时世界范围的立法例看，君主国无不有解散下院权，有的还有解散两院的权力，而实行共和制的国家则只有法国在宪法中规定了解散国会权。

《天坛宪草》的如此规定，被认为是“既欲持两部之平，又不能释然于共和国通例”的结果。^[61]后来旧国会恢复重新召开的宪法审议会及二读会期间，对于解散国会权的问题仍然争论不休，终未能得到解决。但是，黎元洪却于1917年6月又一次解散了国会，这实际上是非法的，因当时依照临时约法及其他法律，都没有关于总统有解散国会权的规定。西南护法时代，国会在广州召开会议继续审议宪法草案时，争论最热烈的问题之一也就是应否规定及如何规定解散国会权的内容。

1914年袁世凯公布了《中华民国约法》，它与临时约法相比，主要的特点有：扩张总统的权力，缩小立法权及行政监督权，采用美国、日本、欧洲大陆

各国宪法中最偏重行政的条文，再加以编制；废除了责任内阁制，采用总统制，总统之下设仿效美制的“国务卿”以赞襄总统。此约法公布之后，在事实上和形式上，中国皆形成了独裁的元首制。1915年元月，公布的《大总统选举法修正案》使袁世凯的地位实际上成为终身的独裁元首，与君主国的君主无异。及至实行帝制遭到抨击又颁布帝制撤销令，仍未能使讨袁军事行动得到缓和时，袁世凯才退让而采取责任内阁制，任命段祺瑞为总理，并公布修正大总统公文程式令。这个时候，无论是总统制还是内阁制，都已经可悲地沦为争权夺利的附属品了，梁启超所竭力倡导的责任内阁制的基础也就荡然无存了。

五

梁启超宪草在内容上还有许多特色。正如他在该宪草的“章次说明”中所说，本草案“与时贤所拟章次无大差别，内惟第三章之国民特会、第七章之国家顾问院、第八章之法律”与其他私人宪草不同。而这三方面的内容也是梁启超借鉴外国宪法例的结果。

首先，关于国民特会。梁启超宪草“第3章国民特会”共有4个条文（第19-22条），依次规定了国民特会的职权、组成、议事规则、议长和副议长的选举。

在该章标题下的“说明一”中，梁启超解释了主张设置国民特会的理由。他认为，凡国家必有最高机关，最高机关者超乎立法行政司法三机关之上，而总揽主权者也，其在君主立宪国家，此机关由君主掌之；其在共和国，此机关宜由国民全体掌之。国民全体意思之表示，其方法有两种：一种是国民全体直接投票，如美国、瑞士等；另一种是特设一代表机关，如法国的国民议会。今效仿法国，采用第2种方法，特设国民特会。

在对条文进行解释时，梁启超还提出：从法理上论，国民特会与国会是两个机关，一个是总揽主权之全部，一个是行使主权之一部分，性质各异，不容混淆，各国多有于两种异性之机关以同一人员组织，如德国联邦参议院一方面为立法机关，另一方面为联邦行政首长，英国的贵族院一方面为立法机关，另一方面为最高法院；从事实上论，国民特会与国会的成员虽然相同，然而国会分为两院，各自表决，国民特会合于一起表决，表决之结果并不是毫无差别。因此仿法国设立国民特会并不是多立名目。当然有关的具体规定并不完全与法国宪法的相同。比如，法国国民议会的职权仅限于选举总统与修正宪法两项，

[60] 杨幼炯：《近代中国立法史（增订本）》，台湾商务印书馆1966年版，第151-152页；同时参见吴宗慈：《中华民国宪法史》，大东书局1924年版，第144页。

[61] 陶保霖：《评宪法起草委员会议决各项》，载《法政杂志》第3卷第5号，1913年11月。

而梁启超宪草则除了上述两项以外，还有变更领土、弹劾执政两项。他还对此作了解释。

其次，关于国家顾问院。梁启超宪草“第7章国家顾问院”共有5个条文（第68-72条），依次规定了国家顾问院的组成、职权、解释宪法和裁决宪法争端、限制顾问员兼职、任期等方面的内容。在该章的总说明中，梁启超明确表示了设置国家顾问院也是效法外国的结果：法国旧有参事院，日本有枢密院，皆为宪法上之机关。德国各邦、美国各州，亦多设置类此之机关，其作用盖以限制行政权之一部分，且使国会闭会时，其职权之一部分可以赓续行之，意至美也。智利宪法于此机关之组织最为周备，故宪草的有关规定略仿其制。

按照宪草的规定，国家顾问院由国会两院各选举4人及大总统荐任5人的顾问员组成：大总统执行任命国务总理、解散国会、发布紧急教令及财政上紧急处分、宣战媾和、提议改正宪法等职权时，须经过国家顾问院的同意；由国家顾问院解释宪法并裁判宪法上的权限争议；顾问员不得兼为国会两院的议员，也不得兼任国务员；顾问员的任期与总统的任期相同。

最后，关于法律。梁启超宪草“第8章法律”有6个条文（第73-78条），规定了有关法律的议定、法律案的提出、法律的颁布及法律的变更废止等内容。之所以要把“法律”单独列为一章，梁启超也作了解释：各国宪法之编次，其关于法律之规定，多散见于国会一章，盖国会为立法机关也。但国会职权不仅在立法，而法律成立之程序又非国会所得专，故仿日本宪法特置会计一章之例，别为法律一章。

六

以上是关于梁启超宪草主要内容的阐述，并同时为民国初期宪政领域的一些热点问题作了些探讨。这种阐述不可能全面涵盖梁启超宪草的所有内容，这种探讨也无法涉及民国初期宪政领域的所有热点。但通过这些阐述和探讨，我们从中可以初步认识民国初期作为宪法学家的梁启超，可以了解民国初期中国宪政领域的大致轮廓。

梁启超是中国近代史上一位百科全书式的人物，作为资产阶级著名的改良主义政治家、启蒙宣传家和杰出的学者，他对近代中国的政治学、哲学、经济学、文学、社会学、宗教学和伦理学的开创性贡献，是无与伦比的。即使在民国初期，梁启超积极参与政党政治的实践和身居政界要人的地位时，他也没有

放弃对这些方面学问的研究兴趣。但梁启超同时又是一位法学家，^[62]而民国成立前后他的有关论著及其起草的宪法草案则又让我们对作为宪法学家的梁启超有了进一步的认识。

首先，梁启超非常推崇实施宪政。在梁启超所有的法学著作中，其宪法学著作所占的篇幅最大，而在民国初期，他还认为“制定宪法，为国民第一大业”，^[63]正是基于此，他发表宪法论著，代表进步党草拟宪法草案，积极投身于组建政党政治的实践中，为的就是在中国实行宪政。他认为，实行了宪政，国家的政治就可以走上正轨，中国就可以独立、富强起来。在他看来，无财之国，贫弱而已；无法之国，则必致乱亡。国家颁布法律，不是为了美观，更不能视为儿戏，也不能只要求人民信守，而当官的可以不信守。没有宪法必须制定宪法，有了宪法则必须付诸实践，做到上下共信守。梁启超强调宪法并明确提出宪法贵在实践的观点是有着重要历史意义的，这也表明了作为宪法学家的梁启超对宪法问题所具有的敏锐的眼光和深刻的认识。

其次，梁启超宪草反映了他对自己历来的部分宪法观点的偏离。梁启超的一生是由无量数的矛盾交织而成，他的思想轨迹“流质多变”，这也反映在宪政观点方面，这在前文阐述中已有所涉及。如在20世纪初期，梁启超对联邦制非常推崇，但在宪草的条文及其说明中却非常明确地表明了其单一制的主张；在宪草中，明确了民主共和制，但他在戊戌变法中却是力主君主立宪制，在与革命派的论争中曾一度又主张开明专制，民国建立前夕又转而主张虚君共和。同样地，这种对自己的历来宪政观点的偏离还反映在内阁制等方面。

对这种易变性和矛盾性，梁启超自己也曾有过剖析：“然其持保守性与进步性常交战于脑中，随感情而发，所执往往前后相矛盾。尝自言曰：‘不惜以今日之我难昔日之我’。世多以此为诟病，而其言论之效力往往相消，盖生性之弱点矣”。^[64]但实际上，这并不都是因梁启超个人性格所致，近代变革动荡的社会现实、复杂的社会矛盾、政局的风云变幻也是导致梁启超的观点（包括宪政观点）的多变的不容忽视的因素。

对于梁启超的多变和反复，贬之者称其为投机、狡诈，但笔者认为，作为

[62] 笔者非常赞同范中信先生在其选编的《梁启超法学文集》（中国政法大学出版社2000年版）的“认识法学家梁启超”一文中所持的“梁启超是一位杰出的法学家”的观点。

[63] 参见“进步党政务部特设宪法问题讨论会通告书”，收录于《饮冰室合集》的“文集第11册”。

[64] 钟珍维、万发云：《梁启超思想研究》，海南人民出版社1986年版，第277页。

一个处于剧烈动荡年代的历史人物，假如其思想和观点前后没有任何变化倒是更让人不可理喻。虽然梁启超在其生命的最后10年确实在理论和思想上出现了倒退和保守，但在民国初期积极投身于中国宪政实践的这段时间里，他的宪政观的多变与反复应更多地认为是其优点的表露，这反映了他能随着形势的发展不断改变自己的思想，特别是这一时期的从联袁、拥袁转变为反对袁世凯的复辟帝制，构成了他的这段历程的主轴。况且，梁启超的宪政观还是变中自有不变在，他与近代中国大多数积极投身于宪政潮流中的知识分子一样，自始至终希望借助实施宪政以达到使国家强盛这一美好的愿望。

最后，梁启超宪草一定程度地反映了西方宪政制度输入到中国之后与中国传统文化所发生的碰撞。梁启超曾一直热心传播西学，他在介绍和传播西方资产阶级政治法律学说的同时，也积极批判中国封建传统观念，但实际上这种批判是不可能彻底的。梁启超宪草的框架和内容所体现的宪法观是他向西方寻找救国真理的思想成果之一，同时，这又反映了西方宪政观与中国传统观念的折中和碰撞。如对待孔教问题，梁启超自己的态度不仅前后矛盾，而且在宪草中这种矛盾性也显露无疑，一方面规定不论宗教的异同，人民在法律面前均平等，另一方面又规定民国以孔子教为风化大本，但一切宗教不害公安者，人民得自由信奉。宗教信仰乃传来之物，既然各国宪法均有规定，梁启超对这一自由也很推崇，那在宪法草案中也应规定这一自由，虽然这在当时的中国其实并不重要。但要确立这一制度，就必然会发生与中国固有的传统文化的碰撞，必然出现折中和变异。这种折中和碰撞并不仅仅体现在关于宗教信仰方面的规定上，还体现在梁启超宪草的其他条文中，而在这时期的其他私人宪草和正式的宪法性文件中也有这一迹象。

出现上述情形的原因有多方面，但究其根本原因是，中国是一个有着悠久历史的文化大国，在深层次上对西方文化是排斥的，当在近代的中国出现了传统文化不能解决的问题时，即使是激进的知识分子和思想家也都只是抱着以不牺牲中国自己的文化传统为前提、向西方寻求摆脱困境的方法和途径的态度。这样的态度就决定了在宪政的理论和实践中要学习、借鉴和移植西方的宪政制度，但又从来就没有打算以这些制度来完全取代中国的政治传统。于是这一时期的包括梁启超宪草在内的私人宪草及正式的宪法性文件中出现折中的、非驴非马的条文也就是必然的事情了。

对梁启超宪草的分析也能帮助我们侧面了解民国初期宪政领域的大致轮廓，并从中得出一定的总体印象。

一方面，梁启超宪草及同时期其他宪草的出台本身就反映了宪政观念和意识在民国初期的中国已有所高涨这一事实。虽然起草宪草的均是在当时政界和党派中比较活跃的人物，他们实际上与普通的国民还有相当的距离，但在刚刚推翻长时期封建统治、资产阶级政权建立不久的民国初期，在有着悠久的以立法为帝王事业，即所谓“非天子不议礼，不制度”的中国，由私人起草或由私人代表政党起草作为根本法的宪法，这一事件本身就说明了宪政观念和宪政意识的高涨，甚至可以说给人以有些突然和目不暇接的感觉。尽管这些草案本身对当时的具体制宪工作并没有产生根本性影响，但至少从一个侧面反映了当时的政界对制定宪法的重要性已经有了充分的认识。而且这些宪草的出台及其引起的讨论和关注，至少在丰富宪法理论这一层面上还是有着深远影响的。

另一方面，制宪、改宪的反复及宪政模式选择的完全的对人不对形势，既反映了民国初期宪政根基的不成熟，也体现了宪法已事实上完全沦为权力的附属物。宪法是根本法，应该有一定的稳定性，这并不意味着形势变化了也不能变更宪法。但是民国初期的临时约法、天坛宪草、袁记约法等频繁更换，这一过程宪政模式选择上的反反复复，在实质上却并不是因为社会形势发生根本性变化的结果，而是个人权力之争的结果。孙中山颁布的临时约法之所以放弃总统制，而确立内阁制，目的是为了运用这一宪法性文件及其确立的体制来约束将要担任临时大总统职位的袁世凯；天坛宪草之所以没有被及时通过，是因为其内容和选择的模式不对袁世凯的胃口，于是他解散国会，停止两院议员的职务；及至袁记约法确立集大权于一身的总统制，袁世凯后来的得寸进尺称帝，这一过程的立宪、改宪之易如反掌，宪法出台前被想象和夸大的无所不能，宪法制定出来之后的被任意践踏和可有可无，都体现了宪政这一发源于西方、应与民主和共和有着密切关系的语汇，在传入缺少接纳宪政基本前提的近代中国后已完全变了含义，^[65]它成为了权力相争的工具，宪政领域一开始的轰轰烈烈很快便演变为一幕幕令人感到悲哀的闹剧，尽管其中不乏真诚热爱宪政的参与者。

这与梁启超所认识和提倡的宪法大相径庭，他在《立宪法议》所主张的宪法是这样的：“宪法者何物也？立万世不易之宪典。而一国之人，无论为君主，为官吏，为人民，皆共信守之者也，为国家一切法度之根源。此后无论出何

[65] 王人博在其《宪政的中国语境》一文中，把这种现象称为“语境转换”。该文载《法学研究》2001年第2期。

令，更何法，百变而不离其宗者也”。但即使有这种认识的梁启超，终其一生在对待宪法的问题上也没有完全坚持这种态度，更何况是那些对宪政的真正内涵本身只是一知半解的所谓议员，或者完全视宪法为儿戏的投机政客？而民国初期的宪政活动却基本上是脱离民众而由这些人所把持进行的，如果不成为反复无常的闹剧倒反而会成为宪政史上值得研究的课题了。

对作为宪法学家的梁启超的认识，可以加深我们对这一代思想巨人的思想和观点的全面了解，而对民国初期宪政活动大致轮廓的了解，应该会引起人们对近代中国引进和实施宪政制度的艰难历程和这一历程所体现的得与失等诸问题的思考。

从平政院到行政法院

——民国时期大陆型行政审判制度探究

行政诉讼是行政法的一项重要制度，提起行政诉讼的前提是行政机关的违法行政处分损害了民众的权益。在中国长期的封建专制统治和根深蒂固的官尊民卑意识下，是不存在产生行政诉讼思想和制度的土壤的。直至近代，行政诉讼的理论和实践才在中国逐渐展开。而在行政法学已得到一定发展、行政诉讼制度是其中一个热门课题的当今中国大陆法学界，对近代中国行政诉讼制度作具体、详尽阐述的论著极为鲜见。^{〔1〕}

学界之所以在这方面如此怜惜笔墨，究其原因，一方面可能是由于资料所限；另一方面，也可能是最主要的，是长期以来对旧法统的全盘否定导致认识上对它的忽视。而就所掌握的材料看，我国台湾学者的有关行政法论著对近代中国行政诉讼制度的演变历史一般均有较为具体的介绍和阐述，其中，蔡志方所著的《行政救济与行政法学》（一）^{〔2〕}从历史的角度对于这一内容所作的阐述较为详尽，但其中有些观点尚有待商榷。

行政诉讼制度在中国的确立，归根结底是清朝末期宪政思潮涌动和立宪实

〔1〕 经查阅《中国行政诉讼法学》（张树义主编，时事出版社1990年版）、《行政诉讼法教程》（柴发邦主编，中国人民公安大学出版社1990年版）、《行政法与行政诉讼》（姜明安著，中国卓越出版公司1990年版）、《行政诉讼法教程》（胡玉鸿主编，法律出版社1997年版）、《行政诉讼法学》（杨海坤编著，中央广播电视大学出版社1994年版）、《行政诉讼法学》（林莉红著，武汉大学出版社1999年版）等约20部有关行政诉讼的教材和著作，发现有关这方面内容的不到一半，而且对此介绍最多的也只有约1500字。查阅中国期刊网1997年至2000年有关行政法方面的论文有2800余篇，但没有一篇论文具体专门阐述民国时期行政诉讼制度。而武乾先生的《论北洋政府的行政诉讼制度》（载《中国法学》1999年第5期）可能是近来涉及此领域内容最为详尽的一篇文章，但或许是受篇幅所限之故，使人产生些许意犹未尽之感。

〔2〕 该书由三民书局于1993年出版，属于专题论文汇编的论著，从历史的角度对近代中国行政诉讼制度加以阐述的主要是《我国第一个行政诉讼审判机关——平政院》及《国民政府时代之行政诉讼制度》两篇文章。

践的结果。它和其他宪政制度一样,不是中国固有的,而是外来之物。基于此,本文着重从比较的视角,对民国时期引进大陆型行政审判制度所进行的立法、实践运转及这一过程引起的争论和得失等方面作一些梳理和探讨。

一、行政诉讼制度在中国的发端

关于行政诉讼制度在中国的发端,一般认为是始于1912年3月颁布的《中华民国临时约法》(以下简称“临时约法”)。如林纪东在其《诉愿及行政诉讼》、^[3]管欧在其《行政法论文选辑》、^[4]翁岳生在其《行政法与现代法治国家》、^[5]涂怀莹在其《行政法原理》^[6]等论著中,都是持这种观点的。在中国首次明确规定行政诉讼制度的正式法律文件确实是临时约法,其第10条规定:“人民对于官吏违法损害权利之行为,有陈诉于平政院之权”;第49条规定:“法院,依法律审判民事诉讼及刑事诉讼;但关于行政诉讼及其他特别诉讼,别以法律定之”。但一项法律制度的确立,往往都不会是空穴来风和无缘无故的。

在行政诉讼制度正式见之于临时约法之前,清末最后10年宪政思潮的传播和立宪活动的展开,无论如何还是使立宪思想在中国有了一定的影响。立宪思想的内容之一就是,国家机关也应遵循法律,尤其是行政机关的活动也必须受到法律的约束,如果行政机关的活动违法而损害了民众权益,民众就可以提起诉讼。在这种历史背景下,外国行政诉讼的理论和制度也就逐渐地传播到了中国。

从学术理论上,在这一时期介绍外国宪政制度的论著中,就有涉及行政诉讼制度的。如(日)清水澄著、卢弼和黄炳言翻译的《宪法》,^[7]其“第四编宪法上的机关”就专章对“行政裁判所”作了介绍,包括它的设置、权限等内容;曹履贞编辑的《行政法》,^[8]其“第四编行政监督”的第一章即为“行政诉讼”,具体包括行政裁判所、提起行政诉讼之要件、提起行政诉讼之手续等内容;夏同和编辑的《行政法》,^[9]其“第四编行政监督”也专章有关于行

政诉讼的内容,具体包括行政诉讼提起之要件、行政裁判之机关、行政裁判所之权限、出诉期间、行政诉讼提起之手续、行政诉讼审理之手续、行政诉讼提起之结果、行政诉讼判决之结果等,内容比较详尽。

稍后一些出版的两本行政法著作关于行政诉讼的内容也比较详细。其一是法国巴黎大学教授裴德姆弥著,项力、张其、姜汉澄译述的《法国行政法》,由商务印书馆于1912年出版。该书的“译序”明确地表明了译者翻译此书的目的,即“吾国之俗,于法为近……迩来法政之书,译自东邻者最多,政体不同,难资借鉴,法与吾国政体同而国俗又不甚相异,则同人之急译是书,其有裨益于政学者之研究……”按该书“译例”所言,原著于1900年初版,共分为三编,上编为行政泛论,中编为行政各论,下编为行政诉讼法,此次翻译出版的是上编,中、下两编“俟脱稿后陆续出版”。后两编其后是否翻译出版经查找未果,不能确定,因此非常遗憾不能从中了解有关行政诉讼的内容。但是在把其中的上编翻译而定名为《法国行政法》的此书中还是有涉及这方面的内容。该书第一篇的“第2章行政与司法权分立之学说”中有关于“行政裁判之设立及其扩张”的内容,对法国的州参政会、中央参政院的设立历史作了介绍。

另一著作作为(美)葛德奈(Goodnow)著、(日)浮田和民翻译、民友社译述并出版之《比较行政法》。该书是关于美、英、法、德四国行政法比较的内容。其中“第六编行政部之监督”下的第4章英美之行政审判权、第6章法兰西之行政审判权、第7章德意志之行政审判权,分别对英美行政审判的特质及历史、法国行政审判权的性质历史及各行政审判厅的设置、德国行政审判制的历史性质及行政审判厅的设置作了详尽的阐述。该书“社序”中写到:“我国官制坏乱、复沓……今议论之声渐作,本社欲搜集东西各国行政法学,移译之以助国人之研究……《比较行政法》之最足以资启发者,盖其讨论英美法德四国行政法。”

以上两本译作在中国近代行政法领域是比较有影响的,这不仅在于它们内容丰富和体系严谨,而且还因为,在当时介绍、编译日本宪政著作已成为时尚的情况下;这两本译作,一部是关于行政法的发源国——法国的行政法的系统论述,一部是4个发达国家的行政法的比较。它们的出版,使人们对于除日本之外的行政法律制度(包括行政诉讼制度)有了更多的了解。

此外,商务印书馆于1912年出版的《英德法日政法名词表》收集的有关行政诉讼的词汇已比较丰富,摘录若干如下:1、Administrative action(英)、

[3] 林纪东:《诉愿及行政诉讼》,正中书局1983年版,第128页。

[4] 管欧:《行政法论文选辑》,五南图书出版公司1994年版,第534页。

[5] 翁岳生:《行政法与现代法治国家》,台湾大学法学丛书(二),1990年版,第386页。

[6] 涂怀莹(浩如):《行政法原理》,五南图书出版公司1983年版,第677页。

[7] 该书由政治经济社于1906年出版。

[8] 该书由湖北法政编辑社于1905年出版。

[9] 该书由日本东京井木活版所于1905年印刷。

Verwaltungsgeschäft (德)、Acte administratif (法)、行政行为 (日); 2、Administrative case (英)、Verwaltungsrechtssache (德)、Cause administrative (法)、行政诉讼事件 (日); 3、Administrative demand (英)、Verwaltungsbeschwerde (德)、Demande administrative (法)、行政诉愿 (日); 4、Administrative officers (英)、Verwaltungsbeamten (德)、Officier administratif (法)、行政官吏 (日); 5、Administrative Procedure (英)、Verwaltungsprozess (德)、Procédure administrative (法)、行政诉讼 (日); 6、Administrative trial (英)、Verwaltungsentscheidung (德)、Jugement administratif (法)、行政裁判 (日)。

考虑出版书需要一定时间这一因素,从上面摘录可以断定,在行政诉讼制度被确立于正式法律文件之前,有关行政诉讼的常用词汇已经传入中国,而且其后(直至今日)我们的法律法规所使用的相关术语大多均是从日本引入的。正象该书“凡例”所言:“日本政法名词大都用汉文本义,而吾国近年法令公牍所用政法名词亦多取材于日本书,故汉文政法名词与日本政法名词同者十之七八,不同者十之二三,即有不同而意义亦可相通”。

可以说,不管是民国之前的行政法著作,还是民国之初的行政法著作,大多有关于各国行政诉讼的内容,只不过民国之前的有关行政诉讼的著作,与其他宪政著作一样,较多的是对日本相关制度的介绍和研究,民国成立之后则逐渐地也开始重视对日本以外其他国家相关制度的介绍。通过这些介绍,不仅阐释了行政诉讼的若干理论问题,还使人们对各国行政诉讼制度的历史和具体体制有了更具体、更广泛的了解。而《东方杂志》早在其第4年(即1907年)第3期就刊登了翻译为中文的日本《行政裁判法》及《诉愿法》的条文。这些都至少说明,行政诉讼制度已受到了立宪派人士的关注。而且,这些论著也为民国成立后在宪法性法律中规定行政诉讼制度提供了基础,翻译为中文的法律法规为其后起草制定有关行政诉讼制度的法案提供了借鉴和参考,而法律法规所使用的相关词汇则大多来自于日语中的汉字。

清末10年进行过立宪活动,颁布过《钦定宪法大纲》和《十九信条》,但这两个文件均没有就行政诉讼作出明确的规定。但是,在这两个法律性文件起草和颁布期间的1910年(宣统2年12月17日),在“宪政编查馆大臣奕劻等拟呈修正宪政逐年筹备事宜摺”(附清单)中,提到“当即督饬在事人员,悉心研究,详加酌核,谨拟修正办法,约有数端:一为提前各项,……。一为增入各项,如设立内阁,颁布行政审判法之类是也。一为变通各项……”并在该

摺所附清单中提议于宣统三年颁布行政审判法,设立行政审判院。^[10]

此前一年即1909年,曾草拟了“行政裁判院官制草案”。该草案共21条,涉及行政裁判的对象、行政裁判院的内部人事设置、行政裁判院的管辖事件、裁判方式、裁判程序、行政裁判人员的保障等方面。该草案规定设立相对独立的行政裁判院专门掌理行政诉讼,体现了对当时大陆法系行政诉讼体制模式的选择。这从草案前言就可看出:“今各国有行政裁判院,凡行政各官之办理违法,致民人身受损害者,该院得受其呈控,而裁判其曲直,英、美、比等国以司法裁判官兼行政裁判之事,其弊在于隔膜,义(即意大利)、法国则以行政衙门自行裁判,其弊在于专断。惟德、奥、日本等国,特设行政裁判衙门,既无以司法权侵害行政权之虞,又免行政官独行独断之弊,最为良法美意。今采德、奥、日本之制,特设此院,明定权限,用以尊国法、防吏蠹,似于国家整饬纪纲,勤恤民隐之至意不无裨益”。^[11]

虽然该草案没有颁布实行,但是作为中国第一部行政诉讼相关法案,它的内容对民国时期有关制度的创设还是产生了渊源性的影响,尤其是它所确立的以大陆法系德、奥、日本的近代行政诉讼体制为模式的基调至民国时期仍得以延续。

武昌起义爆发后,在短短的1个月时间内,全国有10多个省相继宣布独立,组建军政府,建立资产阶级革命政权。其中一些省份的军政府为了巩固革命成果,根据三民主义的精神,参照欧美国家的宪法,制定了本省的宪法性文件,即各省约法。在这些约法的起草过程中,有些草案就明确规定了行政诉讼制度。如刊载于1911年12月2日的《民立报》(第411号)上的《中华民国鄂州约法及官制草案》(由宋教仁拟订)第14条规定:“人民得诉讼于法司求其审判;其对于行政官署所为违法损害权利之行为,则诉讼于行政审判院”。其后的《中华民国浙江省约法》第8条规定:“人民对于官吏违法损害权利之行为有陈诉于行政审判院之权”。^[12]

这些规定有些由于草案没有被通过而没有实施,有些约法尽管被通过,但由于后来情况的变化约法本身也基本上只是一纸空文,致使这些规定行政诉讼

[10] 故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》(上册),中华书局1979年版,第88-91页。

[11] 关于《行政裁判院官制草案》的条文及其前言,参见蔡志方:《行政救济与行政法学》(一),三民书局1993年版,第248-251页。

[12] 参见《民立报》,第438号,1911年12月29日,第1页。

制度的条文也没有真正实施。但是，一个普遍得到认同的观点是，各省约法构成了后来的《临时约法》及有关文件的制定的基础。这样，谁又能否认这些省的约法中规定行政诉讼制度的条文没有对《临时约法》的相关规定产生影响呢？

1912年1月，时任临时政府法制局局长的宋教仁拟具《中华民国临时政府组织法草案》，^[13]该草案第14条规定：“人民得诉讼于法司求其审判，其对于行政官署违法损害权利之行为，则诉讼于平政院”。该草案提交参议院，惟参议院接受此草案后，仍主张自行起草，并于同月31日议决，将草案退回临时政府。^[14]但是，该草案第14条的内容还是被参议院吸收，规定于《中华民国临时约法》之中。

而在《中华民国临时约法》颁布前后，围绕应否设立专门的行政审判机关这一问题，学界和政界出现了较激烈的争论。争论的焦点，在于是应采取英美一元制，抑或大陆二元制？在英美法系国家，没有行政诉讼与民事、刑事诉讼之分，一切诉讼事项均由普通法院受理，这被称为合并主义（一元制）。之所以采用这种体制，主要是基于这样一些法律理念：普通法院既然能独立审判民事、刑事诉讼，不受外力支配，其对行政诉讼也必然较其他机关更能保障人民权益；私人违法与官署违法，同受法律制裁，不应另设特殊机关，否则不仅使司法职权分歧，而且也违背法律之下一律平等的原则。^[15]

在大陆法系的主要国家，从法国近代开始，就特设行政裁判机关，以专司行政诉讼事件，而不由普通法院审理，这被称为分离主义（二元制）。这一体制被德国、奥地利、近代的日本等效仿采用，尽管采用分离主义的国家在关于行政裁判机关的法律地位及管辖权等具体问题的规定上并不相同。采用分离主义的主要理由是：国家特设审理行政诉讼的机关，足以表示重视人民权利的保障，凡关于行政诉讼事件，均属特设的机关审判，并非就某一特定事件而设立，于法律上平等的原则并不违背；行政诉讼事件由普通法院审判，不免以司法权侵入行政权，与国家权力分立的主旨不合，且易启司法干涉行政之渐；普通法院民刑案件繁多，程序迂缓，不如设立行政裁判机关专司行政诉讼事件，

较为简捷便民；普通法院之审判人员，谙习民刑法规，对行政法规及行政事件则多缺乏研究和经验，因此难以胜任审理行政诉讼，不如专设行政审判机关，由专门审判人员更能胜任这一工作。^[16]

尽管至现代时期，英美法系的行政审判的合并主义与大陆法系的分离主义再也不是泾渭分明的了，但是不能否认的是，在中国近代初期的20世纪初，采取行政审判的合并主义还是分离主义却是英美法系与大陆法系在体制上的一个主要区别。

反对设立平政院作为行政审判机关的代表人物之一是（章）行严。他在《临时约法》颁布前后，在民立报上连续发表了署名为“行严”的文章，如“论行政裁判所之不当设”、^[17]“临时约法与人民自由权”、^[18]“论特设平政院与自由原理不相容”、^[19]“覆汪君叔贤书”^[20]等。在这些文章中，他对英美等国的自由权利保障制度大加赞赏，反对设立平政院，认为“设一不见于美洲大陆之平政院，使行政权侵入立法权，则约法所予吾人之自由者，殆所谓猫口之鼠之自由”、“漫设一妨害人民自由之平政院，使吾国将来之宪法必不得与英美比肩”、“法兰西之有此制乃君主淫威之遗蜕”、“设平政院于原理及国情当否既未深究，徒以日本之先例为遵”、“以行政官厅干涉裁判，是行政权侵入司法权”、“自有行政裁判制度，寻常法庭全然失其效力，不足为人民权利之保障，而私权之受害乃益甚”等。他在阐释这些观点时大多以英国法学家，如戴雪、勃拉斯的理论作为论据，这与他曾游学英伦有关。

另一位极力主张采用英美法系体制者的著名人物是王宠惠。他的主要理由有：行政法终将与普通法律合而为一，行政法院也终将同样被废止，那还不如从开始就采用英美法系的体制；另设行政法院必将增加国家开支，人民诉讼手续也将更加烦琐；行政法院的审判会有偏袒行政之虞；人民会轻视普通法院，对行政法院也会产生怀疑；实行民权之国，人民与官吏应于法律上平等，即应受同一法律之支配，而行政法即是使官吏与人民在法律上不平等。^[21]

章行严与王宠惠反对设立行政法院，实质上是否认行政法的独立存在。这

[16] 管欧：《行政法论文选辑》，五南图书出版公司1994年版，第530页。

[17] 载《民立报》，第486号，1912年2月22日，第2页。

[18] 载《民立报》，第505号，1912年3月12日，第2页。

[19] 载《民立报》，第511号，1912年3月18日，第2页。

[20] 载《民立报》，第514号，1912年3月21日，第2页。

[21] 前引蔡志方：《行政救济与行政法学》（一），第257-258页。

[13] 该草案刊登于《民立报》，第467号，新纪元（1912年）1月27日，第1页。

[14] 谢振民编著，张知本校订：《中华民国立法史》（上册），中国政法大学出版社2000年重印版，第304页。

[15] 马君毅：《中国行政法总论》，商务印书馆1948年版，第271页。

一时期主张实行英美法系体制者的理由与上述两位的主张基本一致，只是他们大多主张存在行政法，但结合当时中国国情又认为不应效法设立独立的行政法院。

当时的政界和学界也有许多人主张设立相对独立的行政法院。他们认为：若行政诉讼归属于普通法院，那法院会牵制行政官；那些由普通法院行使审理行政诉讼管辖权的国家，皆是由于历史的原因造成的，这种体制并非其他国家所能通行；当时中国的司法力量薄弱，倘若再赋予其管辖行政诉讼的权力，那不仅收效不大，可能还会使司法独立丧失。如前述的宋教仁所起草的两个草案，均规定设立独立的行政审判机关，显然宋教仁是主张效仿大陆二元制的。此外，梁启超也是持这一观点的，这从他所著的“进步党”^[22]拟中华民国宪法草案^[23]可以得到反映，该法第81条规定：“行政诉讼于平政院裁判之。平政院之组织及其官吏之任免依法律所定”。

关于选择何种模式确立近代中国的行政诉讼制度的这些争论及曾进行的相关法案的起草，都反映了外国行政诉讼制度和理论已在中国产生了一定的影响，这为临时约法规定行政诉讼制度奠定了基础。也可以说，在临时约法之前，行政诉讼制度在中国已经发端，只不过是体现在理论和非正式生效的法律性文件之中。

二、大陆型行政审判制度的首次确立和运行——民国前期的平政院制度

尽管对是否设立单独的行政审判机关有不少的争议，《中华民国临时约法》（以下简称《临时约法》）还是有了关于平政院的初步规定。但是，这一法律文件并没有明确平政院的性质和法律地位，以致又引起一些争论。1913年的《天坛宪草》，在起草之前曾先提出宪法起草大纲七个方面，其中关于“国家机关之组织”方面就有关于不设平政院而以司法机关兼行政审判的内容，引起学

[22] 系1913年5月由统一党、共和党、民主党合并而成，当时梁启超为理事，不久进步党内部发生分裂。

[23] 梁启超：《饮冰室合集》“文集”的第11册，第59-82页。该草案共计95条，分11章，依次为总纲、人民、国民特会、国会、总统、国务员、国家顾问院、法律、司法、会计、附则。从该草案的体例上看，其最大的特点是专章设有国民特会、国家顾问院、法律三章，同时设有设立地方制度一章，认为地方制度由法律规定已足够。该草案刊登于《法政杂志》第3卷第4号（1913年）上。

界的争论。^[24]《天坛宪草》第86条规定：“法院依法律受理民事、刑事、行政及其他一切诉讼，但宪法及法律有特别规定者，不在此限。”^[25]只是《天坛宪草》从没正式生效过。

1914年3月31日，以教令第39号颁布了《平政院编制令》，这一文件使平政院的法律地位得以明确。同年颁布的有关法律法规还有：4月10日《纠弹条例》、5月17日《行政诉讼条例》及《诉愿条例》、6月8日《平政院裁决执行条例》、6月17日《平政院拟定诉状缮写方法》、6月24日《平政院各庭评事兼代办法》。同年7月20日又公布《行政诉讼法》、《纠弹法》、《诉愿法》以代替前述3项条例。其间，由袁世凯颁布的《中华民国约法》（1914年5月1日）第8条也规定：“人民依法律所定，有请愿于行政官署及陈诉于平政院之权”，第45条规定：“法院依法律独立审判民事诉讼，刑事诉讼，但关于行政诉讼及其他特别诉讼，各依其本法之规定行之”。通过这一系列法律法规的颁布，近代中国的行政诉讼制度从立法上看已基本形成。

在此，对《平政院编制令》、《行政诉讼条例》和《行政诉讼法》内容作些介绍。

《平政院编制令》共29条，具体规定了平政院内部设置的各个方面内容。

第1条规定：“平政院直隶于大总统，察理行政官吏之违法不正行为，但以法令属特别机关管辖者，不在此限。平政院审理纠弹事件，不妨及司法官署

[24] 参见刊登于《法政杂志》第3卷第5号（1913年）陶保霖所著的“评宪法起草委员会决议各项”，其中谈到大纲所规定的不设平政院而以司法机关兼行政审判的内容时，作者评论道：“欧洲大陆制，凡行政诉讼，特设官厅审理，其意在使行政权独立，不与司法权相混。惟英美制不特设官厅，凡人民对于官吏违法损害权利之行为，亦由司法机关审判，与寻常民刑事件无复区别。吾约法第10条采大陆制，今宪法委员会又改从英美制。……惟行政事件所适用，为各种行政法规，与司法事件之适用刑法民法等者，确有不同，则司法与行政，以性质上言，确不宜混同者一也。民刑诉讼之结果，为回复权利及适用制裁法，与行政诉讼之效力可以拘束行政官厅者不同。此以效力上言，不宜混同者二也。况行政诉讼之被告为行政官厅，若以民刑诉讼之程序行之，实有司法侵入行政之嫌，为破坏三权分立之原则。且今日行政专横，凌轹司法之习未除，欲使人民受行政之损害者，转求直于法官之前，亦事实上有所不能。故宪法若能特设行政审判厅，其保护人民之功效，必较保护官吏之程度为多。今宪法委员会随改约法之规定，不知其用意如何，而究未可谓适当也。”

[25] 当时袁世凯即反对这种规定，认为这不但与《临时约法》的规定不符，并且会导致法院牵制行政官吏，袁世凯的根本目的不过是要为行政部门争权，他的意见为各省的都督和民政长官所赞成。于是他在1914年3月公布《平政院编制令》，规定平政院直隶于大总统，并赋之以纠弹官吏之权。参见陈之迈：《中国政府》（二），商务印书馆1946年版，第188页。

之行使职权”。这一条的规定有两方面值得注意，即一方面明确了平政院的法律地位，也就是说，它是隶属于大总统，属于行政权的一部分，而又是与一般行政权相分离的特设行政机关，不属于一般的司法权。另一方面，说明平政院不单纯行使管辖行政诉讼的权力，它还有裁决纠弹官吏的权力，该法令第5条对此有进一步明确的规定。

关于平政院的内部组织，也有许多具体的明确的规定。平政院以平政院评事5人组织之庭行使审理权，每庭须有司法职出身者1人或2人（第2条）；平政院置院长一人，指挥监督全院事务（第3条）；平政院内分设为三个庭，每庭以平政院评事一人之为庭长（第4条）；平政院设肃政厅（第6条），肃政厅置肃政史（第7条）；平政院肃政厅置都肃政史一人，指挥监督全庭事务（第13条）；平政院院长、肃政厅都肃政史由大总统任命（第16条）；平政院庭长由平政院院长从平政院评事中提名，呈请大总统任命（第17条），平政院评事及肃政史由大总统选择任命（第18条）；平政院评事定额为15人，平政院肃政史定额为16人（第15条）。

关于评事及肃政史的任职资格、惩戒和保障，编制令也有规定，即担任平政院评事及肃政史者，须年满30岁，并且任荐任^[26]以上行政职3年以上且著有成绩者或任司法职2年以上且著有成绩者（第14条）；平政院评事及肃政史在任职期间不得为下列事项：政治结社及政谈集会之社员或会员、国会及地方议会议员、律师、商业之执事人（第19条）；一般情况下，评事及肃政史非受刑法之宣告，及惩戒之处分，不得强令退职、转职及减俸（第21条）；平政院评事及肃政史之惩戒处分，以平政院惩戒委员会行之（第22条）。

《行政诉讼条例》^[27]共35条，分为三章，即第一章行政诉讼之范围（第1-4条）、第二章行政诉讼之当事人（第5-9条）、第三章行政诉讼之程序（第10-35条）。

关于行政诉讼的范围，主要有三个方面的特点：行政诉讼事项比较广泛，人民因中央或地方官署之违法处分，致损害其权利者，均得提起行政诉讼；肃政史也可提起行政诉讼；平政院不得受理损害赔偿诉讼。

关于行政诉讼的当事人，主要规定了下列内容：行政诉讼当事人得委任诉

讼代理人；平政院得命有利害关系者参加诉讼；法律所认之法人，得以其名提起诉讼；肃政史纠弹事件，经大总统特交平政院审理者，或由肃政史提起行政诉讼者，以肃政史执行原告职务。

关于行政诉讼程序，主要有下列方面：对于平政院之裁决，不得请求再审，也即实行一审终审制；提起行政诉讼有期限的限制；一般情况下，行政诉讼未经裁决以前行政官署之处分或决定不失其效力，但必要时可以停止其执行；诉讼当事人已提起之诉讼，不得请求撤销，但肃政史所提起之诉讼则不同；以评事5人组织之庭审理行政诉讼，其裁决依出席评事过半数之议决，当可否同数时庭长有决定权；审理一般实行公开原则，以采言辞辩论为原则，书面审理为例外；民事诉讼为行政诉讼之先决问题时，得等民事诉讼确定后再行审理。

同年7月《行政诉讼法》的颁布使前述《行政诉讼条例》失效，但是从内容上说，两者的规定并无大的出入。《行政诉讼法》^[28]也为35条，体例上分为四章，前面三章的名称与行政诉讼条例的相同，增加的第四章为“行政诉讼裁决之执行”。对照法律与条例，《行政诉讼法》所增加的规定主要有：肃政史提起之行政诉讼应由平政院抄发原文并指定限期令被告提出答辩书，前项答辩书应由平政院以公文通知肃政史（第21条）；肃政史提起之行政诉讼，有对审之必要时，应由平政院通知莅庭（第23条第2款）；行政诉讼裁决后，对于主管官署违法处分，应取消或变更者，由平政院呈请大总统批令主管官行之（第33条）；平政院之裁决，有拘束与裁决事件有关系者之效力（第34条）。

具有这些内容和特点的法令实为构成民国初期行政诉讼制度的精神及骨骼所在。姑且不论这些法令的得失，在当时的历史条件下就有了这些关于行政诉讼制度的严谨明确的具体规定，仅就此而言，也是值得称颂的。

这些法令有许多特色，但一般认为，它们所体现的行政审判制度较多地是借鉴了近代日本体制的结果。日本明治维新之后，并没有很快就设立特别的行政裁判机构，直至1889年的明治宪法才有了这方面的原则规定，其第61条规定：“由行政官厅之违法处分权利被伤害之诉讼，应属于别以法律设定之行政裁判所裁判者，不在司法裁判所受理之例”。而体现近代日本行政诉讼制度的

[26] 所谓荐任，是指辛亥革命以后到解放以前文官的第三等，在简任以下，委任以上。

[27] 关于该条例的全文，参见陈启判编：《诉愿法令汇编》，中国书局1933年版，第201-205页。另，前引林纪东著《诉愿及行政诉讼》第130-135页也有这一条例的全文。

[28] 关于该法的全文，参见前引陈启判编：《诉愿法令汇编》，第205-210页。

具体法律是依据宪法于1890年颁布的《行政裁判法》^[29]（法律第48号），该法共47条，分为4章。第1章为“行政裁判所组织”，第2章为“行政裁判所权限”，第3章为“行政诉讼手续”，第4章为“附则”。此外，同年颁布的《行政厅违法处分之行政裁判事件》（法律第106号）列举了属于行政法院管辖的具体事件。下面，把我国近代的《平政院编制令》、《行政诉讼法》与日本的《行政裁判法》的具体规定作些比较。

关于行政裁判机关的组织，对照《平政院编制令》（以下简称“编制令”）与日本的《行政裁判法》（以下简称“裁判法”）第1章的部分条文，会发现两者有许多的相似性。

·编制令：平政院审理权，以平政院评事五人组织之庭行之（第2条）。

裁判法：行政裁判所之裁判，须裁判长及评定官在五人以上之列席合议……议决，须过出席议员之半数（第9条）。

·编制令：平政院置院长一人，指挥监督全院事务。院长有事故时，由该院官等最高之平政院评事代理之，官等同者，以任官在前者代理之（第3条）。

裁判法：行政裁判所设长官一人，及评定官，评定官之员数以敕令定之（第2条）；长官总理行政裁判所之事务，长官有意外之事故及障碍时，评定官中最高者代理之，官等相同时依任官之次序在先者代理之（第7条）。

·编制令：平政院评事及肃政史，须年满30岁，具有下列资格之一：一、任荐任以上行政职3年以上，著有成绩者；二、任司法职二年以上，著有成绩者（第14条）。

裁判法：长官及评定官须自30岁以上，曾奉高等行政官及裁判官之职5年以上者依内阁总理大臣之奏请而被任命（第3条）。

·编制令：平政院评事及肃政史，在职中不得为下列事项：1. 政治结社及会谈集会之社员或会员；2. 国会及地方议会议员；3. 律师；4. 商业之执事人（第19条）。

裁判法：长官及评定官在职时不得为下列各事件：1. 公然关系于政事者；

[29] 该法至1947年被废止，从其1890年开始实施至被废止的50多年间，尽管关于修改此法的议论不断，但真正被修改的只有一次，即1916年对它作了一次修正，体系和条文数均没有变化，只是内容有一些小的变动，如在第24条增加规定法人可作为原告提起行政诉讼。关于1890年的《行政裁判法》的全文，参见《东方杂志》，1907年第3期，第136-142页；关于1916年修改后重新颁布的《行政裁判法》的全文，参见[日]美浓都达吉：《行政裁判法》，邓定人译，商务印书馆1933年版，第269-276页。本文比较所依据的是未经修改的法律条文。

2. 为政党之党员、政社之社员及众议院议员、府县郡市町村会之议员；3. 除兼官之场合外，有俸给或以金钱之利益为目的之公务；4. 经营商业，或其他以行政上之命令，所禁止经营之业务（第4条）。

·编制令：平政院评事及肃政史，非受刑法之宣告，及惩戒之处分，不得强令退职、转职及减俸（第21条）；平政院评事及肃政史，若因精神衰弱及其他不治之障碍，致不能执务时，由平政院院长呈请大总统令其退职（第23条）；平政院评事及肃政史，虽因受惩戒或调查，刑事追诉被命辞任，尚未判决者，仍给以俸给之半额（第24条）。

裁判法：长官及评定官，因身体或精神衰弱，不能执行职务时，内阁总理大臣得依行政裁判所总会之决议，奏令退职（第6条）；除第6条之场合外，长官及评定官，非由刑法之宣告，或惩戒之处分，不得违反其意思，而命退官、转官，或非职内之事务（第5条）。

从上面摘录的条文可以看出，民国时期的平政院在内部组织、人员任职资格、人员职位保障等方面，与日本行政裁判所有许多相似的内容。而日本法律规定的“行政裁判所设于东京”（第1条），全国只有1个这样的裁判所，我国法律虽然对此没有明确，但是事实上平政院只有一个，也设于京城一处。我国法律非常明确的“平政院直辖于大总统”（第1条），日本法律并没有相应的明确条文，但从其规定的行政裁判所的人员设置和任免、惩戒处分和处务规程等都由敕令规定可以看出，日本的行政裁判所实际上也是直接由天皇管辖的。我国平政院内设立肃政厅纠弹官吏是日本法律所没有的，这是两者在内部组织上的最大区别。

关于平政院的权限，体现在《行政诉讼法》的第1章“行政诉讼的范围”中，而日本的行政裁判所权限则规定于《行政裁判法》的第2章及《行政厅违法处分之行政裁判事件》中。对照这些规定可以看出，两者既有相同的内容，也有相异的规定。

就相同的方面来说，我国的平政院和日本的行政裁判所均不受理要求损害赔偿之诉（我国的行政诉讼法第3条、日本的行政裁判法第16条）；两者采取的均为诉愿前置与非诉愿前置相结合的原则；^[30]对于平政院或行政裁判所所作的判决均不得要求再审（行政诉讼法第4条、行政裁判法第19条）。

就相异的方面来说，对所管辖的事件，我国法律采取的是概括原则，体现

[30] 参见《平政院编制令》第8条、《行政诉讼法》第1、2条及日本《行政裁判法》第17条。

在《行政诉讼法》第1条的规定：“人民对于下列各款之事件，除法令有规定外，得提起行政诉讼于平政院：1. 中央或地方最高级行政官署之违法处分致损害人民权利者；2. 中央或地方行政官署之违法处分致损害人民权利经人民诉愿法之规定诉愿至最高级行政官署不服其决定者”，而对于具体的事项则没有加以列举。日本法律的规定则与此不同，《行政裁判法》第15条规定：“行政裁判所，审判依法律敕令所许可出诉于行政裁判所之事件”，《行政厅违法处分之行政裁判事件》则明确列举了这些事件，即“1. 海关税以外关于租税及手续赋课之事件；2. 关于租税滞纳处分事件；3. 关于营业允许之拒否或取消事件；4. 关于水利及土木事件；5. 关于土地官有民有区分之査定事件”。^[31]

关于诉讼手续，除平政院因设有肃政厅其诉讼程序的规定是日本行政裁判法所没有的之外，其他相似的规定较多。如行政诉讼原则上均须在行政处分书送达之日起60日内提起（行政诉讼法第11条、行政裁判法第22条）；审理原则上公开进行（行政诉讼法第30条、行政裁判法第36条），等等。而有些条文的规定几乎一样，现摘其一二作为佐证：

·我国的《行政诉讼法》第14条规定：行政诉讼未经裁决以前，除法令另有规定外，行政官署之处分或决定不失其效力，但平政院或行政官署认为必要或依原告之请求得停止其执行。

日本的《行政裁判法》第23条规定：行政厅之处分或裁决之执行，除法律敕令别有规程外，不因提起行政诉讼而停止。但行政官厅及行政裁判所依其职权或原告之请求认为必要时得停止之；

·我国的《行政诉讼法》第15条规定：行政诉讼之诉状应载明下列各款由原告或代理人署名签押：①原告之姓名、年龄、职业、住址，原告为法人则其名称及住址；②被告之行政官署及其他被告；③告诉之事实及理由；④证据；⑤年月日。有证据书状者须添具缮本，其已经诉愿者须附录诉愿书及决定书。

日本的《行政裁判法》第25条规定：诉状应记载下列事项，由原告署名盖章：①原告之身份、职业、住所、年龄；②被告之行政厅或其他被告；③要求之事件及其理由；④举证据；⑤年月日。诉状中应附具原告所经历之诉愿书裁决书并证据书类。

通过上述比较可以得出，平政院制度与日本近代的行政法院制度有太多的相似之处，因此前面提到的民国时期的行政审判制度效法日本的观点应是正确

的。而日本近代的行政诉讼法制是法制欧化的结果，如同它的其他法律制度一样，其行政诉讼制度也是在借鉴欧洲大陆国家法制的基础上创建的。在近代欧洲大陆国家中，法国、德国、奥地利等国的行政审判制度都很有特色，且都有一定影响。

法国是创设行政诉讼裁判机关的发源国，其主旨乃在于避免司法之凌越行政，减少彼此在管辖权上的纠纷。所以法国在大革命之后设立的行政裁判机关，不属于行使司法权的司法机关系统，而属于行使行政权的行政机关系统。1799年宪法确立了通常行政和诉讼行政的原则，凡行使一般性行政职权的人员，即不得同时负有行政审判的任务，因而将行政诉讼事件划归中央参政院与地方行政法院管辖，这样法国的行政审判机关分为中央与地方两级。后来随着发展，又设立了审计院、预算惩戒法院等一些特殊的行政裁判庭，各自管辖一定的事务。

德国行政诉讼的建制较法国的为晚，受到法国的影响较深。18世纪末开始，德意志各邦的行政审判制度开始萌芽，许多邦都进行一定的行政改革，赋予行政机关内的某一部门有管辖行政纠纷的权力。19世纪后半叶，德意志各邦开始相继设立高等行政法院，以作为各邦行政诉讼的最高审级，由具有法官资格及熟悉行政实务的高等行政官各半组成，依一定的程序规则裁判行政诉讼。其中，普鲁士邦的高等行政法院设置于1872年。至20世纪初当邦一级的行政诉讼取得较大发展时，德意志帝国在设立统一的行政法院方面却没有取得进展，而只是设立了一系列的特别行政法院。直到1919年魏玛宪法才成为德国设立联邦行政法院的第一个宪法性依据。^[32]

奥地利自从脱离德意志联盟以后，法律制度也开始具有自己的特色。从行政诉讼方面来说，1867年的国家基本法第15条明确规定：依现行法或将来颁布之法律，行政官署就私人间彼此有争议之请求须为裁判之所有案件，凡因该裁判致私权受损者，对于他造得自由循普通诉讼途径谋求协助。凡主张其权利因行政官署之决定或处分受侵害者，得自由由于行政法院以公开之言词程序向行政官署之代表主张其请求。行政法院必须裁判之事件，其组成及程序以特别之法律定之。于是草拟“行政法院设置法”于1875年10月22日公布，设行政法院一所于维也纳，于1876年10月正式运作。

[32] 《魏玛宪法》第107条明确规定：“联邦及各州应依据法律，成立行政法院，以保护个人权益不受行政官署之命令及处分的侵害”。

[31] 关于该法全文，参见前引[日]美浓部达吉：《行政裁判法》，邓定人译，第276-277页。

根据《行政法院设置法》的规定，行政法院的评事，其半数须具有得为法官之资格，另半数具高等行政官之资格。行政法院享有列举控除之概括权限。列举控除的事项有：属普通法院及帝国法院之权限者；行政官署有自由裁量权者而在此权内所决定之事项；惩戒事件；诉讼对行政官员及法官共同组成之机关所为之决定提起者；警察罚事件暂时冻结。

作为原德意志联盟的一个邦，奥地利独立立国后的行政法院与德意志各邦相比，它有两个方面的显著特点：一是行政裁判虽然属于行政法院管辖，但其最高法院仍在一定范围内有裁判行政诉讼的权力；二是行政裁判采取一审制，别无下级之行政法院之设置；欲提起行政诉讼者，必先经诉愿，其诉愿之裁决，涉及事实问题及法律问题两方面，对于诉愿之裁决有不服者，始得为行政诉讼。^[33]

从前述分析可以看出，近代日本行政审判制度的体制更多的是受到了近代奥地利模式的影响，而我国民国时期的平政院制度无论是在程序上，还是实体上，也是吸取了奥地利的模式，只不过这是通过借鉴日本而得以实现的。奥地利在全国设惟一之行政裁判所，近代日本也效仿了这一体制。民国初期效仿这一体制的结果是，在全国也只设立平政院一个机关掌管行政诉讼事务，采取一审制。只是与奥地利、日本相比，我国幅员辽阔，交通不便，若每有行政诉讼事件，必至平政院提起行政诉讼，那未免有诸多不便。因此，《行政诉讼条例》第4条、《行政诉讼法》第5条均规定，平政院因审理之便利或必要时，除地方最高级行政官署之为被告之行政诉讼外，得由平政院院长嘱托被告官署所在地之最高级司法官署法官，并派遣平政院评事组织五人之合议庭审理之，其庭长由平政院院长指定。这一规定实际上是为那些距平政院所在地太远，交通又极不便的地方而设，虽然无平政院分院之名称，而实有平政院分院之性质。只是此种临时组织，与平政院本来的立法主旨似有不能贯彻之处。因为临时组织五人之合议庭，除由平政院派遣的评事外，以被告官署所在地最高级司法官充任，此时，该司法官虽然是以临时评事之资格参与行政裁判，但其本质仍为司法官。因此这种办法只是一项权宜之计，专以便捷为目的。由此可知，尽管体制相同，但由于各国国情有别，制度的运转所产生的效果会有差异。

平政院于1914年3月31日开院，首任院长为汪大燮。^[34]平政院设立之

初，功效发挥并不理想。有学者云：“平政院初成立3年中，所审理之行政官吏舞弊案未及20件，而主动为之者，亦不过二三件，未能发挥应有之功能”。^[35]还有学者谓：“平政院是个清闲机构，每年所收的案件不到10件，各方对其地位都不重视……平政院便有了一个众人皆知的黑名——‘贫症院’”。^[36]虽然这些学者所说的平政院每年审理的案件数并不一定准确，但平政院成立初期实际运作过程中发挥的作用不大应是比较可信的。其主要原因除了前述的法律规定所存在的不便民众诉讼的缺陷外，还在于中国长期的君主专制统治，形成了人民的权益受到官署的不法侵害时敢怒不敢言的习性，谚语谓“打虎、告官、辞别祖先”，意即告官与打虎一样危险，害怕控官受祸。^[37]

自平政院成立，至1928年12月闭院止，在其存在的前后15年的时间内，据学者统计，它共计审理407起案件，平均每年受理28件左右。^[38]另据查阅1920年3月17日第1469号的《政府公报》得知，截至1919年底，平政院处理的案件有275起，已结案的为237起。由此可知，平政院还是审理了一些案件的。虽然其审理的案件在数量上不可能与同时期普通法院受理的民刑案件相比，而且受理案件并不必然就说明保障了提出诉讼的民众的权益，但从历史的角度看，在当时法制不发达及法治条件不佳的情形下，有这些立法，并且平政院也确实依据这些立法成立并运作，仅此我们也应该充分肯定其积极意义，况且这些立法的部分内容及平政院的实践经验还分别为后来国民政府的相关立法及行政法院所借鉴和吸收。而从法律输入的角度言，行政诉讼制度的立法和实践所取得的成绩在宪政领域中还是非常引人注目的。

在此，还应该提到的是，在平政院存在期间，它一直是宪政领域争论较多的话题之一。特别是在1916年恢复国会重新开始关于宪法草案的审议讨论过程中，人们仍不忘情于行政诉讼应否独立存在的辩争，各议员根据西洋学理滔滔不绝，而对于当时平政院制度运用的效果，则鲜有人注意及之，诚为咄咄怪事。^[39]委员们重新恢复审议天坛宪草时，对其第86条的规定有许多争论。宪

[35] 前引吴宗慈编纂：《中华民国宪法史》（前编），第158页。

[36] 转引自翁岳生：《行政法与现代法治国家》，第391页。

[37] 前引管歌：《行政法论文选辑》，第533页。

[38] 前引蔡志方：《行政救济与行政法学》（一），第277页。该书第278至295页还就平政院受理案件种类、审理结果、陈诉者省籍分布等作了具体分析，并摘录了其中的一些案例。

[39] 陈之迈：《中国政府》（二），商务印书馆1946年版，第188页。

[33] 白鹏飞编：《行政法总论》，商务印书馆1927年版，第276页。

[34] 参见《（中华民国）政府公报》，第682号，1914年3月31日。

法议会委员蒋举清代表议会作了“不取行政裁判制之理由”^[40]的说明,起草委员刘崇佑也对此条的规定作了解释,理由无非有体现平等原则、维护法治、避免费时伤财等方面。委员们对此也有颇多争议。

贾庸熙、林长民、骆继汉、刘恩格、黄云鹏、范熙壬等反对上述第86条的规定,主张行政诉讼应由特别的行政诉讼机关管辖,而王绍鏊、秦广礼、陈家鼎等则赞同第86条的规定,主张由普通法院审理行政诉讼,不应另设行政审判机关。各自都为自己的观点阐述了具体的理由。^[41]分析这些理由发现,他们为了自己的主张,从外国相关制度的形成、外国权威的理论学说,到中国法制的现状等方面,吸取对自己立论有利的内容,进行详细的分析和介绍。但对当时已经存在的平政院制度的实际运作情况确实涉及甚少,即使有委员提到了,那也只不过是,赞成设立平政院者认为平政院的存在保障了民众权益,反对设立平政院者认为平政院的存在功效不大,一笔带过,仅此而已,有关的阐述既不具体,也不充分。针对是否该把第86条交付表决的问题,经表决,结果出席会议536人中,以371人赞同、149人反对通过决议,以原案交付表决。^[42]后经1916年底及翌年初召开20余次审议会对宪法草案有关各条进行表决;其中关于第86条的表决结果是,以582人之出席492人赞成得到表决。^[43]后因国会于1917年第二次被非法解散而不了了之。

但是,在《天坛宪草》基础上制定并同时吸取了后来宪法草案续议过程中一些主张的1923年《中华民国宪法》在这方面显然是继承了这一内容,其第99条规定:“法院以法律受理民事、刑事、行政,及其他一切诉讼;但宪法及法律有特别规定者,不在此限”。此条是照抄《天坛宪草》第86条的结果。这就形成了一个非常奇怪的现象,在宪法没有规定设立特别的行政审判机关管辖行政诉讼的情况下,平政院却仍然存在并继续在运作着。但是这实在是可以理解的,这部被称为“贿选宪法”的《中华民国宪法》的诞生本身就不正常,它的具体内容在当时的历史条件下根本没有、也不可能真正得到贯彻实施。

三、大陆型行政审判制度的重新启动——国民政府时期的行政法院制度

1928年,由国民党一党控制的“国民政府”在形式上统一了中国,定都

南京,开始了南京国民政府时期,近代中国的法律制度也由此迎来了一个新的时期。

从行政诉讼制度方面来说,1928年10月颁布的《司法院组织法》第1条规定,司法院由司法行政署、司法审判署、行政审判署及官吏惩戒委员会组成;按其第6条规定,行政审判署依法律掌理行政诉讼审判事宜。^[44]同年11月,又将《司法院组织法》加以修改,经国民政府公布,此修正案即将组织司法院之“司法行政署”,改“司法行政部”,“司法审判署”改为“最高法院”,“行政审判署”改为“行政法院”,其余均照原案。^[45]这初步奠定了行政法院隶属于司法院的体制。1931年6月公布的《中华民国训政时期约法》第22条规定:“人民依法律有提起诉愿及行政诉讼之权”,但关于行政法院的内容并无涉及。1932年11月17日公布《行政法院组织法》与《行政诉讼法》,这两个立法构成了南京国民政府时期行政诉讼制度的基本依据和框架。此外,1933年5月公布了《行政诉讼费条例》,1933年6月由司法院公布了《行政法院处务规程》。

《行政法院组织法》共12条,下不设章。新《行政诉讼法》共27条,也不设章。这两个法律所规定的行政法院的组织及诉讼程序,有延续原来平政院制度的,也有一些新变化的内容。

与平政院相同或相似的制度,就组织方面言,主要体现在:行政法院置院长1人,综理全院行政事务(行政法院组织法第2条);行政法院分设二庭或三庭(同法第3条);行政法院之审判,以评事五人合议行之(同法第5条)。此外,关于评事的任职资格、评事包括司法官与行政官吏两部分等也与以前的规定相同(同法第4、6条)。就诉讼权限与程序言,与以前制度相同或相似的内容主要体现在:行政诉讼采概括主义(新行政诉讼法第1条);对于行政法院判决,不得上诉或抗告(同法第3条);得命令利害关系人参加诉讼(同法第16、17条);行政诉讼一般无停止原处分或原决定执行的效力(同法第9条)。此外,行政诉讼诉状及其他一些程序也与过去的相似。

与原来的平政院制度相比,也有一些新变化。行政裁判机关的名称由原来的平政院改为行政法院;行政法院属于司法院;行政法院无肃政厅的设置,因而也无由肃政史提起行政诉讼的制度;无就地审判制度;无诉讼当事人不得撤

[40] 全文见吴宗慈编纂:《中华民国宪法史》(前编),第76-78页。

[41] 具体参见吴宗慈编纂:《中华民国宪法史》(前编)的“附编——论坛异同集粹”,第145-159页。

[42] 吴宗慈编纂:《中华民国宪法史》(前编),第145页。

[43] 吴宗慈编纂:《中华民国宪法史》(前编),第194页。

[44] 参见《国民政府公报》,1928年10月20日,第1号。

[45] 谢振民编著:《中华民国立法史》(上册),中国政法大学出版社2000年版,第355页。

回诉讼的规定；民事诉讼为行政诉讼的先决问题时，没有规定等到民事诉讼确定后再行审理行政诉讼；完全采取诉愿前置原则；规定评事的保障准用推事保障之规定；提起行政诉讼得附带请求损害赔偿；采取书面审理主义，但行政法院认为必要，或依当事人的申请，得为言辞辩论；得提起再审之诉，等等。

从上面的对比可以看出，尽管国民政府的关于行政法院的立法与平政院的有所不同，但从体制上说，按照历史的惯性，采用的仍然是大陆法系的模式，立法方面如果说仍与日本的行政裁判法相似也是立得住脚的。现对其中有些规定的得失作些分析。

第一，关于行政法院的属性。如前所述，平政院隶属于大总统，是行政机关，而行政法院则属于司法院，这是行政裁判机构在民国初期与南京国民政府时期最大的不同之一。把行政裁判机构从行政组织系统中分离出来，在司法院里面设置行政法院，依法管理行政诉讼审判事宜，这与英美法系的体制及与大陆法系的法国、日本等均有差异，而与德国、奥地利的较为相似。对照原来平政院的性质，这是国民政府时期的一种新创的制度。民国初期有许多学者主张行政裁判要从司法机关独立的理由已在前文加以阐述，主要是普通司法欠缺行政法知识和行政经验及损害司法独立两个方面。而现在司法院中另设行政法院，学者一般认为不会发生上述两个弊端。这是因为一方面，设立行政法院当然可以任用富于行政法知识和行政经验的法官；另一方面，司法院是国民政府最高司法机关，处理一切审判事件，那即使行使行政裁判的职权也不算侵害行政独立，因为这是司法机关对于一切法律上讼争事项加以裁判，绝非干涉行政机关的事务，也不违反裁判的实质上的意义，而只是事务上有牵连的关系，权力却依旧是分立的。^[46]

与行政法院的属性发生变化紧密相关的是，评事的性质和地位也应发生一定的变化。民国初期，平政院直接隶属于大总统，行政诉讼的作用，实质上不过是行政监督而已，平政院具有行政机关的性质，故规定曾任荐任职三年以上之行政官也有评事资格，每庭评事五人中只须有司法官出身者一人或两人，大部分评事均以行政官员充任。而现在的行政法院为法院之一种，隶属于司法院，行政诉讼成为人民权益受侵害时之法律救济途径，体现了行政诉讼司法化的立法倾向，这比较符合现代法治国家行政诉讼发展的趋势。

行政裁判机关的性质发生了变化，内部组成人员的性质和地位也应发生相

应的变化。行政法院组织法第9条规定，评事之保障，准用关于推事保障之规定。除此之外，其他的变化不大。规定任职评事的资格之一仍是曾任国民政府统治下简任职公务员2年以上（第6条），每庭的评事只要两人曾任法官，其他多数评事仍得由行政官充任（第4条）。关于评事的保障，如前所述，只是简单的一条规定，而且只是“准用”，而非“适用”，这与原来平政院时期的法律对平政院评事的保障的不厌其详的规定相比，可以说反而退步了。行政法院为全国唯一的行政审判机关，又为直属于司法院的机关，其评事的地位，和最高法院推事相当，上述关于资格、保障的规定，不免失之妥当。因此在严格规定评事资格条件的同时，应加强对评事地位的保障制度的建立。

第二，关于概括主义与损害赔偿。新行政诉讼法关于行政诉讼的事项也沿用旧制采用概括主义，这与奥地利的体制相同。采用概括主义可以适应社会变迁，便于保障人民权利，避免列举主义可能产生的挂一漏万。而相对于旧制不同的是，平政院不得受理请求损害赔偿之诉讼，而行政法院，则依新行政诉讼法第2条的规定，得附带审理请求损害赔偿之诉。在立法上说，较以前的规定有进步。这也体现了对国外学说和法例的借鉴。

行政法上的损害赔偿问题，是指国家对于公务员因执行行政职务，违法损害人民权利的行为，应否承担损害赔偿的问题。从学说上看，在20世纪之前，基于国家主权绝对及过失责任的原则，基本否定国家的损害赔偿责任，公务员即使在执行职务故意或过失违法侵害他人的权利，仍是公务员个人的行为，而非国家的行为。20世纪初至第一次世界大战前，学说上逐渐出现折中主义，也就是说，国家应否负赔偿责任，应视公务员代表国家执行职务的性质及国家所处的法律地位而定。国家的行政作用分为权力作用和非权力作用，如果公务员代表国家执行属于国家权力的职务，即是公法上行为，这不能适用民法上损害赔偿的规定，而如果公务员代表国家实行的是属于非权力作用的行为，而损害人民权利的，则应适用民法规定，负赔偿责任。当时大多数学者持此学说的基点是，把国家的非权力作用所发生的损害赔偿问题也列为行政法上的损害赔偿。第一次世界大战以后，对国家赔偿责任大多持肯定的态度，也即承认国家对于公务员因执行行政职务的侵权行为应负担损害赔偿责任。^[47]

[46] 朱采真：《行政法新论》（上编），世界书局1931年版，第215页。

[47] 林纪东：《诉愿及行政诉讼》，正中书局1976年版，第117-119页。

从立法例上看,最早确立国家赔偿责任的主要国家是德国。^[48]早在德意志帝国成立之前,有些邦的立法及理论上对此就有过探索。1900年实施的《德国民法典》对赔偿责任作了较为详尽的规定:公务员合法行使公权力对第三者造成损害的适用该法的第31条的规定,由国家或其他公法人承担与私法人同样的赔偿责任,而公务员违法行使公权力对第三人造成损害的,适用该法第839条的规定,由公务员个人承担民事责任。这体现了以公务员个人赔偿为基础的侵权责任赔偿原则。

1910年德意志帝国颁布的《帝国责任法》奠定了国家赔偿制度的基础,该法第1条规定:国家公务员在行使公权力的过程中,因故意或过失违背对第三人的职责时,国家代替公务员承担民法第839条所规定的赔偿责任。这较原来的更是进了一步,因为按照此条规定,国家不但对于公务员非权力作用的侵权行为负担损害赔偿,而且对于由于权力作用而发生的侵权行为也要负担赔偿责任。这为1919年的魏玛宪法所继承,其第131条规定:“公务员行使所受委托的公务,违反对第三人的职责的,原则上由公务员所属国家或公共机关负责任,不得起诉公务员。但国家保留对该公务员的求偿权,依普通司法程序提出的诉求,不得拒绝”。魏玛宪法是世界上第一个明确承认国家应负赔偿责任的宪法。作为现代时期的第一部宪法,它的这一规定不仅奠定其后德国行政赔偿制度的基础,而且,也为其他国家所效仿。

新行政诉讼法关于行政法院得审理损害赔偿诉讼的规定可以说也是受到了德国的影响,只是这种影响比日本、英国、美国等国来得更早,这些国家都是在第二次世界大战以后才通过立法加以规定的。^[49]不过,尽管新行政诉讼法有这一比较先进的规定,但结合若干相关条文来分析一下,这种先进性就大打折扣了。

按照近代中国的一般法例,国家处于私经济地位的损害赔偿,系属于

民事范围,应由普通司法机关受理审判,^[50]只是普通法院在审理这样的案件是否能维护普通民众的权益是很让人怀疑的。因此新行政诉讼法第2条规定的“提起行政诉讼,得附带请求损害赔偿。前项损害赔偿,除适用行政诉讼之程序外,准用民法之规定,但第216条规定之所失利益不在此限”,其中的损害赔偿仅指基于行政权之作用而发生的赔偿责任。

首先,按照新行政诉讼法的规定,提起行政诉讼者,是以受行政机关的“违法”处分而损害其权利者为限,而对于不当处分是不能起诉的,这一条件本身就非常狭窄,况且违法与不当的界限很难划分。

其次,损害赔偿之请求须附带于行政诉讼,按照提起行政诉讼的条件,则当原行政处分尽管属于违法,并且损害人民权利,但如果已经作出诉愿决定,或者撤销或变更了再诉愿决定,即使损害尚未消除,也不得独立向行政法院提出损害赔偿的请求。也就是说,此时民众所受的损害就没有请求的途径。

最后,关于民事上的损害赔偿,按照民法第216条的规定,除法律另有规定或契约另有约定的外,债权人所受损害及所失利益均应赔偿,而且该条第2款明确规定这种损失包括“可得之预期之利益”。而按照新行政诉讼法第2条的规定,行政诉讼附带请求损害赔偿之范围,原则上以所受损害即财产上积极的损害为限,至于所失利益即财产上消极的损害则不得请求赔偿。

1946年《中华民国宪法》对此的规定更加明确,其第24条规定:“凡公务员违法侵害人民之自由或权利者,除依法律受惩戒外,应负刑事及民事责任。被害人民就其所受损害,并得依法律向国家请求赔偿”。就此条的立法意图而言,主要也是为了保障民众的权益。不过,依该条规定,请求国家赔偿损害时,必须另有法律规定始得为之。而在民国时期,相关的国家赔偿法始终没有制定。而从行政法院的实践来看,由于长期的官尊民卑意识无法在短时期内根除,民众对于提起行政诉讼尚不习惯,更别提是请求国家损害赔偿了。相对于立法而言,实践更是落后。

第三,关于诉愿前置原则。平政院时期的行政诉讼法仿照日本规定了诉愿前置与非诉愿前置相结合的原则,其中规定,人民对中央或地方最高级行政官署之违法处分致损害其权利者,得直接向平政院提起行政诉讼。而新行政诉讼

[48] 关于德国行政赔偿制度的历史,参见何勤华主编:《德国法律发达史》,法律出版社2000年版,第220-222页。

[49] 日本于1946年《日本国宪法》对此有了原则规定,1948年的《国家赔偿法》使这一制度更加完备;英国关于这一制度的首次立法包含在1947年的《国王诉讼法》之中;美国对这一制度的明确规定出现于1964年的《联邦不法行为请求权法》。

[50] 尽管受传统观念的影响,以行政机关为被告的民事诉讼与一般的民事诉讼相比在数量上相形见绌,但还是存在的。在民国初期就有这样的案例,如刊登于《法政学报》第1卷第1号(法政学报社1913年版)的“京师地方裁判厅判决孙鹤钧诉财政部违约夺路一案(民国2年8月9日)”。

法规定的则是完全的诉愿前置原则，其第1条规定：“人民因中央或地方官署之违法处分，致损害其权利，经依诉愿法提起再诉愿而不服其决定，或提起再诉愿30日内不为决定者，得向行政法院提起行政诉讼”。按照此规定，人民在中央或地方官署之违法处分致其权利受到损害时，只有对不服诉愿之决定提起再诉愿，而对再诉愿不服或应该对再诉愿作出决定的机关在30日内没有作出决定的情况下，才可以提起行政诉讼。因此，确切地说，新行政诉讼法体现的是再诉愿前置原则。

设立诉愿制度的目的，是给予行政机关本身，运用自我审查与监督的作用，变更或撤销违法或不当的处分，以迅速、简便的方法，达到保障人民权益，实现行政合法化的目的。因此诉愿制度的存在本身是有重要意义的。正因为如此，在民国初期建立行政诉讼制度的同时，也以近代日本的相关制度为模式进行了有关诉愿制度的立法和机关的创建，国民政府时期在这方面也取得了一定的发展。^[51]

但是诉愿与行政诉讼有本质上的不同，诉愿只有行政内部本身自我审查或上级行政机关监督的作用，不能把它视为行政诉讼的预审或其审级的一部分。在新行政诉讼法初步实现行政裁判机构司法化的同时，又规定行政诉讼的提起必须经过再诉愿的程序，这比原来的程序更为烦琐，这似乎给人以欲擒故纵之感，有些不伦不类。加上在全国仍仅设立一个行政法院，对行政法院的裁判又不得上诉或抗告，这些都为民众提起行政诉讼、维护和保障行政相对人的权益设置了无形的或者说是心理上的障碍，而且也不符合国际潮流。

第四，关于言辞辩论与书面审理。对此，新旧行政诉讼法都有一定的规定，但是确立的原则是不同的。旧行政诉讼法规定的是言辞辩论主义为原则，书面审理为例外。其第23条第1款规定：“被告提出答辩书后，应指定日期传唤原告、被告及参加人出庭对审，但平政院认为便利或依原告、被告之请求时，得就书状裁决之”。新行政诉讼法则是以书面审理为原则，言辞辩论为例外。其第16条规定：“行政诉讼，就书状判决之。但行政法院认为必要，或依当事人之申请，得指定日期，传唤当事人及参加人到庭为言辞辩论”。旧法的规定虽然立意较好，但在当时是难以实现的，因为平政院只有一所，设于京城，而我国地域辽阔，交通不便，这些都使这一立法精神更加具有理想主义的色彩。

[51] 1914年5月公布诉愿条例，同年7月公布诉愿法，国民政府成立后，于1930年3月公布新诉愿法。

新法的规定更具现实主义，但是，诉讼中的辩论原则实际上是非常重要的，它便于让行政法院中的评事更准确地了解案件事实真相及诉讼当事人所持理由的充分与否，有利于行政法院作出正确的裁判，况且，行政诉讼原为人民因各级政府的违法处分致损害其权利，不服再诉愿时之特别救济程序，也可以说是人民权益的特别保障法，行政法院有法律审与事实审的功能，对于人民权利之存否，关系至为重要，如侧重书面调查和审理，不重视（或不经过）言辞辩论，存在的弊端更加明显，公平的判决自然难以作出。而且，行政法院成立数十年间，皆以书状审理，未曾认定有必要或准许当事人之申请而举行言辞辩论，使第16条但书部分的规定，形同具文，这是与现代各国诉讼法发展的潮流相违背的。^[52]

总之，国民政府时期的行政诉讼制度从立法上说，虽仍然沿袭传统，更多地体现了与奥地利、日本的某些制度的相似性，但同时又有许多创新，这些创新有些是受随时代发展国际新立法潮流的影响，有些则是结合平政院的实践和国情所作的调整（有些调整体现了倒退）。立法的本身所存在的问题是比较多的，这既有主观上的原因，也有客观方面的因素。这些法律颁布以后，直至1949年一直是南京国民政府时期行政诉讼制度的主要法律依据，不过其间作了一些修改，但只是枝节的改动，没有大规模的更张。事实上，这些法律在我国的台湾地区一直实施至今，只是对它们进行了更大幅度的修改和补充。由于这已超出本论题范围，故在此恕不展开。

四、行政法院若干案例的摘录与分析

行政诉讼法于1933年开始实施，行政法院形式上也于同日成立，但它的正式运作则是始于同年的9月。它的成立使曾经中断了的民国时期的行政裁判机关得以恢复。自它成立至1949年为止，它一直存在并运作着。受理案件情况（1933年—1947年的统计情况）可从下列表格中得到了解：^[53]

年度	33	34	35	36	37	38	39	40	41	42	43	44	45	46	47	总计
案件数	2	40	53	82	82	63	63	33	47	69	43	31	20	27	57	712

[52] 翁岳生：《行政法与现代法治国家》，第388页。

[53] 本表格引自蔡志方：《行政救济与行政法学》（一），第313页。

为使对行政法院的实际运作有较感性的认识，现摘录行政法院若干案例加以分析。

(一) 信谊化学制药厂股份有限公司(以下简称“信谊公司”)为与德商 E. Taeschner Chemische Pharmazeutische Fabrik(以下简称“德商”)因长命牌 Pertusal Cough Syrup(扑脱止咳糖浆)及图商标争执事件起诉一案(摘自行政法院编辑的《行政法院判决汇编》^[54])

原告: 信谊公司

代表人: 姓名、住址从略

被告官署: 经济部

原告信谊公司为与德商因长命牌扑脱止咳糖浆及图商标争执事件, 不服行政法院于 1938 年 10 月 12 日所为再诉愿决定, 提起行政诉讼。

判决主文: 原告之诉驳回。

案件事实: 原告信谊公司根据商标法实施细则申请长命牌 Pertusal Cough Syrup 扑脱止咳糖浆及图商标, 经商标局审定公告。后德商以此与其已经注册的 Pertusein 商标相近为由提出异议。经商标局审定撤销原告商标。原告不服请求异议再审查。又经该商标局审定废弃原异议审定事项, 仍维持原告之商标。德商不服, 提起诉愿, 经经济部决定撤销商标局异议再审定。原告不服, 提起再诉愿。经行政院决定驳回。原告不服, 提起行政诉讼到法院。

原告起诉的意旨主要有下列方面:

1. 商标是否近似, 要从总体上考察, 不能仅据文字或图形的一部分为论断。原告商标系图形色彩及中西文字凑合而成, 而且图形所占比重很大, 而德商的商标仅 Pertussin 一西文, 两者相差很大, 根本不可能发生误认, 自然也非近似。

2. 商标无所谓主要部分, 如果要从取出显要部位的文字图形为主要部分, 那原告商标应以长命牌为主, 这是非常明显的, 而经济部及行政院强指西文为主要部分, 实系任意取舍。

3. 商标专用权以呈请时指定之图样为限, 而注册后停止使用 2 年以上者, 其专用权即应失效, 这是法律所明文规定的。德商单一的 Pertussin 西文商标实际上并未使用过, 因此就作为注册者言, 德商并无专用权, 不能以之对抗他

[54] 由上海法学编译社 1948 年出版, 共辑录了自 1933 年度起至 1947 年度 6 月为止的 90 个案例。

人。

4. 援用行政院于 1937 年 8 月 21 日诉字第 82 号决定书所为的决定作为驳斥行政院所谓案情不一实属强词夺理。故请求撤销诉愿及再诉愿决定, 准原告商标恢复专用权。

被告官署答辩意旨主要是: 原告商标中“长命”二字, 虽然为构成该商标的重要部分, 但位置极小, 并不特别显著, 且系已另案注册的商标, 更无重要性可言。至其他部分, 均系表示商品功用名称等文字, 依法不为商标专用权效力所拘束。就原告商标通体观察, 自以 Pertusal 一字为其特别显著的主要部分, 已极明显。该 Pertusal 一字既与德商 Pertussin 之形体大部分相同, 其读音也极相近, 交易上自不免有混淆之虞。至于攻击德商的商标迄今未使用, 超出本案的范围, 殊无置辩的必要。

判决理由: 本案两商标虽然有一定差异, 但其主要部分, 如文字读音容易产生混同或误认, 仍不能谓不近似的商标; 而且, 原告商标中的 Pertusal 的字样是原告杜撰出来的, 并无任何意义, 如原告商标果然以长命牌图形为主, 则何必加此无意义的文字。原告其意存影射, 实无疑义; 至于原告攻击德商的商标实际上并未使用, 乃属于另一问题。无论是否迄今未使用, 既未经依法撤销, 原告自不能据此以主张其无对抗他人的效力; 原告所举行政院例案, 无论是否情节相同, 都不能据为法律上的主张。因此, 诉愿决定撤销商标局异议再审定、再诉愿决定驳回原告的再诉愿, 于法均无不合。原告起诉讼旨, 殊无足采。据上论结, 本件原告之诉为无理由, 合依行政诉讼法驳回原告的起诉。

评析: 本案是以中央官署(国民政府经济部)为被告的案件, 内容系关于商标的纠纷。在行政法院审理的案件中, 这是相对比较常见的。本案驳回原告起诉, 所作的判决, 明确了商标主要部分如属模仿已注册商标的, 作出撤销该商标的决定即是正确的。并且, 本案判决还明确了行政院的例案不能成为法律上的依据。

(二) 大寨村因村界纠葛事件一案^[55]

原告: 大寨村

代表人: 姓名、住址从略

被告: 山西省政府

原告因村界纠葛事件不服 1933 年 4 月 13 日山西省政府所为再诉愿之决

[55] 参见《行政法院判决汇编》(第 4 辑), 三民印务局 1936 年版。

定，提起行政诉讼。

判决主文：原告之诉驳回。

案件事实：山西省徐沟县的大寨村与马家庄以前是编为一村的，合社办事，对于村界并无显明界限，有关村款、水利等事项一直依照土地所有权为标准。1913年，马家庄向县政府提出独立分界的请求。当时的县知事指定以该两村中间南北渠西面的南北地两段为界，经指令两村遵照，尚未实行。1914年两村又为了村界及水利等事项发生纠纷。后经邻村协调达成和解，重新合为一村办事，所有应用的费用仍照旧。1929年马家庄代表又提出独立分界的请求，迄今未得到解决。到1931年，原告向县里提出按照前知事指令定界。县长裁决以1913年知事所作的指令划分村界。马家庄不服向民政厅提起诉愿。民政厅作出决定，以两村中间的南北箭杆道为界，原告不服，认为这一决定存在问题，而且损害该村水利等权利，向省政府再诉愿，省政府驳回再诉愿，于是原告提起行政诉讼。

原告起诉要旨：大寨村与马家庄本有固有界限可查，民政厅的决定有违勘界法例，且损害大寨村的渠道、水利、巡田管理等权益。

被告官署答辩要旨：大寨村所举固有界碑证明不足，原来县知事的划界未免太偏，且导致行政管辖上的诸多不便，民政厅的决定较为适中。

判决理由：原告所列理由的先决问题是此次划界是否损及该村水利、巡田等权利，经查该两村在未划界之前，关于水利、巡田等项均按照土地所有权为标准，现民政厅决定关于水费部分仍照旧办理，所有权既未损及，即无损害权利可言。原告所谓损及其权益均属误会。

评析：本案是以地方最高行政官署为被告的案件，系关于土地划界纠纷引起的诉讼。本案判决驳回原告的起诉，从其判决所列的理由来看，显得相当无力。

(三) 浙江旅蓉同乡会为双流县政府提卖浙江会馆产业事件起诉一案^[56]

原告：浙江旅蓉同乡会

代表人：姓名、住址从略

被告官署：双流县政府

原告为双流县政府提卖浙江会馆产业事件，不服四川省政府于1937年2月16日所为再诉愿决定，提起行政诉讼。

判决主文：再诉愿决定及诉愿决定均撤销。

案情事实：浙江旅蓉同乡会在成都创立浙江会馆，集资于双流县多处置有水田三百余亩。1930年该县政府清理委员会及军部将这些水田作为公营庙会财产提卖。原告于是向四川省政府及成都市政府分别声明表示异议，恳求依法追回财产。后经四川省民政厅及四川省政府先后决定驳回。原告不服，提起行政诉讼。

原告起诉要旨：按照《中华民国训政时期约法》第16条，人民之财产非依法律不得查封或没收；双流县县长违背不得提卖慈善学校各产的规定，提卖原告的具有慈善性质的财产，属于违法；诉愿及再诉愿没有撤销双流县的决定，自然不合法。

被告官署答辩要旨：1930年，四川尚未统一，知事县长全由驻军长官委任，不能不听其指挥；双流县知事拍卖原告之会产的行为属于双流县官公营庙会产清理所的行为，不是双流县县长的职务行为，也非县长个人自动行为；有来往之文件可查，提卖会馆财产是军部电伤的结果，标卖会产所得款项也为军部提用；当时四川省为防区时代，皆由驻军专攻，因军饷支付紧张，始有提卖庙会产业之事，其当时混乱情形，实属无可讳言。

判决理由：按《诉愿法》第1条的规定，中央或地方官署的处分是指依法组织的官署所为行政处分，如非依法组织之官署所为行为，自不能谓其为行政处分，人民对此也不能提起诉愿。考本案提卖原告会产的清理事务所，不能说是依法组织的官署，双流县县长以该事务所名义会同军部清理委员所为的提卖行为，也不能谓其为行政处分。原告一再提起诉愿，而作出诉愿决定及再诉愿决定的机关，均未指示其依民事诉讼程序请求救济，而是径行受理，并从实体上审究，先后予以驳回，于法不符，自应一并取消。原告虽然没有就此作为理由攻击被告，但其请求撤销诉愿及再诉愿决定的请求具有理由。

评析：本案是以地方政府为被告的案件，行政法院判决原告获得胜诉，撤销行政官署的诉愿及再诉愿决定。本判决明确了只有依法组织的官署所为的行为才可属行政处分，只有对行政处分才能提起诉愿，并且明确了民事诉讼与行政诉讼的不同。此外，从案件情况看，本案被告应为四川省政府，现把双流县政府列为被告似有不妥，莫非印刷错误？

以上是关于民国时期平政院制度和行政法院制度若干问题的回顾和追溯。民国时期的行政诉讼制度从立法到司法都曾进行过，并围绕它引起过较广泛的争论，作为存在了几十年、并且在宪政领域中非常重要的一项制度，它不应那

[56] 参见上海法学编译社1948年出版的《行政法院判决汇编》。

么快就被人遗忘,况且它经一定改革后在我国的台湾地区一直在运转。行政诉讼制度的引进和创建,应是民国时期法制建设中值得称颂的一件大事,而引进以后没有产生应有的效果却也是应该正视的史实。对此,简单地归咎于这一时期政权的反动和立法的缺乏诚意虽然容易,但这决不是完全充分的理由。行政诉讼选择何种模式更加适合中国的土壤,^[57]行政诉讼的实施需要怎样的法制环境,行政诉讼又如何能实现保障民众权益、促进行政合法化的目的,这些都是探究民国时期行政诉讼制度以后应该引起思考和研究的课题。

联邦制的理论和实践在近代中国

——北洋军阀时期省宪运动述评

中国袭数千年专制思想,以立法为帝王事业,所谓非“天子不议礼,不制度”是也。自清末变法以后,形式上由人民从事立法事业的活动才开始出现,如光绪与宣统期间的咨议局章程、民国初期的临时约法。而北洋军阀时期的省宪运动形式上也属于这种性质的立法活动,虽然它昙花一现,但在中国近代宪政史上还是留下了痕迹。而省宪运动的发端与联邦制理论的传入有密切的关系,省宪运动的开展过程中又引起了关于联邦制的广泛争论,省宪运动的很快销声匿迹则说明了联邦制的实践与当时中国国情的脱节。

一、联邦制理论的传入

省宪运动掀起于20世纪20年代,而联邦制思想和理论从外国的传入却可以追溯至19世纪。

早在19世纪中叶,魏源在其《海国图志》(1843年)中对美国的联邦制就作了介绍:“西洋称部落曰士迭(即State),而弥利坚无国王,止设二十六部头目,别公举一大头目总理之,故名其国育奈士迭国(即United States),译曰兼摄邦国”,^[1]只是这种介绍中并未出现“联邦”之名称。1864年翻译刊印的《万国公法》,^[2]也有涉及美国联邦制的内容,称其为“合邦”。其后,随着西方宪政理论的不断传入,外国的联邦体制及相关学说也越来越多地被介绍到中国。而且,随着中国民族危机的日益深重,美国式的联邦制被作为解决危机的方案逐渐被宣扬。

1894年孙中山在美国檀香山创建中国近代第一个具有政党性质的政治组

[57] 我国现行行政诉讼法实施10多年来,对其中的得失,学者们一直比较关注,他们提出了许多的建议。其中,就有学者提出,在我国要克服现行行政诉讼体制弊端,应建立全新的行政审判和执行机制,制定《行政法院组织法》,建立行政法院。参见马怀德、解志勇:《行政诉讼案件执行难的现状及对策——兼论建立行政法院的必要性与可行性》,载《法商研究》1999年第6期。

[1] 魏源著,李巨澜评注:《海国图志》之“弥利坚国即育奈士迭国总记”,中州古籍出版社1999年版,第397页。

[2] 由美国传教士丁韪良根据美国著名国际法学家亨利·惠顿于1836年出版的《国际法原理》所译,在总理各国事务衙门资助下由丁韪良所创办的教会学校崇实馆刊印发行。

织——兴中会时，就提出了“驱除鞑虏，恢复中华，建立合众政府”的政纲，其中的“建立合众政府”明确表明了把未来中国建立为美国式联邦制国家的理想。戊戌变法失败后不久的1902年，梁启超在《新民丛报》上发表“民约论铍子卢梭之学说”一文〔3〕中，对西方联邦制也表示了好感。〔4〕

而从学界来看，1902年由上海文明书局出版了由章宗元翻译的《美国宪法》，包括1787年美国宪法及其前15条修正案，该宪法序言的第一段明确出现了“联邦”的名称：“我合众国人民，为完固联邦，维持公道，安境内，御外侮，登共同之康乐，保自由之幸福，以及于子孙万世起见，特令订立美州合众国之宪法”。

虽然在当时的中国，存在着资产阶级改良派与革命派关于宪政的激烈争论，但在有关中国实行联邦制这一问题上并无原则分歧。与改良派代表人物梁启超赞赏联邦制相似，革命派人士对联邦制也颇有好感。刊登于1906年同盟会机关报《民报》第4号的冯自由的《民生主义与中国革命之前途》一文声称：“共和政治也，联邦政体也，非吾党日以为建设新中国无上之宗旨乎？然使吾党之目的而达，则中国之政体将变为法国之共和、美国之联邦”。

不过，清王朝统治集团是不欣赏联邦制的，这从五大臣受命出国考察政治时对待美国宪政的态度就可以看到。在“出使各国考察政治大臣戴鸿慈等奏在美国考察大概情形并赴欧日期摺”〔5〕中有这样的一段话：“大抵美以工商立国，纯任民权，与中国政体本属不能强同，……盖美为新造之国，魄力正雄，故其一切措施难以骤相仿效”。虽然此摺没有提及中国不能采用美国的联邦制，但既言“其一切措施难以骤相仿效”，那显然也排斥了美国的联邦制。实行联邦制就意味着削弱封建王朝中央的权力，统治根基本已发生动摇的清王朝惟恐避之不及，当然更是不会赞成实行联邦制的。虽然统治集团的立宪派也有人意识到立宪必须改革地方制度，但他们也只是提议实行地方自治，而不会冒大不

韪去言在中国实行联邦制的。〔6〕

辛亥革命爆发后，各省相继宣布独立，建立政权。联邦制的思想再一次盛行。山东宣布独立时，山东咨议局向清廷提出8条建议，其最后4条的内容为：宪法须注明中国为联邦政体；外官制和地方税皆由本省自定，政府不得干涉；咨议局章程即为本省宪法，得自由改定之；本省有练兵保卫自治之自由。〔7〕一些已宣布独立的省的军政府还制定了各省约法，如《中华民国鄂州约法》、〔8〕《中华民国浙江省约法》、《中华民国江苏约法》等，这些约法在事实上具有省宪的性质。它们的出台与当时的联邦制、地方自治思潮的盛行密切相关。

黎元洪担任中华民国武昌都督府都督后，为争取各省的支持，在邀请各省派遣代表到武昌会商的电文中，强调指出“建立联邦国家，作为对外交涉”的主张，以争取各省的支持。〔9〕一些独立省区公然提出建立联邦制，如贵州独立的文告就称：“本省与各省人民同意组成联邦帝国，以达立宪之希望”。而当时一些军政府的首脑，如浙督汤寿潜、苏督程德全致电沪督陈其美倡议，各省公举代表集会议于上海，进行联合机关之组织工作。他们在电文中称：“美利坚合众国之制，当为吾国他日之模范；美之建国，其最初各部颇起争端，外揭合众国之帜，内伏涣散之机，其所以苦战八年，收最后之成功者，赖十三州会议总机关有统一进行维持秩序之力也。考其第一次第二次之会议，均谨以襄助各州议会为宗旨，至第三次会议，始能确定国会长治久安，是亦历史上必经之阶段。吾国上海一埠，为中外耳目所寄，又交通便利不受兵祸之地，急宜仿照美国第一次会议方法，于上海设立临时会议机关，磋商对内对外妥善方法，以

〔3〕 刊登于《新民丛报》第11、12号，1902年6月。

〔4〕 参见本章《“梁启超宪草”与民国初期宪政模式的选择》。

〔5〕 参见故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》（上册），中华书局1979年版，第7-8页。

〔6〕 参见前引《清末筹备立宪档案史料》（上册）第350-353页的“军諮处第一厅厅长卢静远奏中央集权地方分权应因地制宜摺”、第461页的“大学士孙家鼎奏改官制当从州县起并请试行地方自治摺”、第472页的“著奕劻等续订各省官制并会商督抚筹议预备地方自治摺”及同书下册第711-757页的关于办理地方自治的各种奏摺。

〔7〕 全国政协文史资料研究委员会编：《辛亥革命回忆录》（第五集），文史资料出版社1981年版，第294页。

〔8〕 该约法于1911年10月至11月间由宋教仁起草，同年12月上旬刊登于《民立报》上。此约法共7章、60条，有学者认为它是中国历史上第一部共和制宪法性文件，虽然在湖北并没有真正实施这个约法，但辛亥革命时不少宣布独立的省份公布约法就是效仿了湖北的做法，而且其中许多条文也直接照抄它的规定。参阅迟云飞著：《宋教仁与中国民主宪政》，湖南师范大学出版社1997年版，第115页。

〔9〕 谢俊美：《政治制度与近代中国》，上海人民出版社1995年版，第277页。

期保疆土之统一，复人道之和平，务请各省举派代表，迅莅沪集议”。^[10]

之后，由独立各省区派代表组织代表联合会，讨论并通过了《临时政府组织大纲》。该大纲共 21 条，其第 1 条规定：“临时大总统，由各省都督府代表选举之。以得票总数三分之二以上者为当选。代表投票权，每省以一票为限”；第 8 条规定：“参议院每省三人为限，其派遣方法，由各省都督府自定之”；第 16 条规定：“参议院未成立以前，暂由各省都督府代表行其职权，但表决权每省以一票为限”。可见，具有临时宪法性质的《临时政府组织大纲》，在总统选举和参议院组成方面均仿照了美国独立时十三州会议的规定，具有联邦制的精神。

而孙中山在前述 1911 年的“在巴黎的谈话”中也表达了对美国联邦制的赞许。可见，这一时期联邦制在中国比较盛行，不仅在理论上，还在实践上有所体现。

但临时政府成立后，联邦制的思潮因形势的变化被中央集权的思想所淹没。孙中山在就任临时大总统所发布的宣言书中也没有再清楚表明在中国要实行联邦制。^[11]《中华民国临时约法》和《天坛宪草》最终也没有规定省制和地方制度。

民国初期还出现了若干私人宪草，如梁启超的《进步党拟中华民国宪法草案》、《汪荣宝宪法草案》、^[12]《李超宪法草案》、^[13]《何震彝宪法草案》、^[14]《席聘臣宪法草案》^[15]等，这些宪草大多也不主张联邦制。^[16]

但是，随着袁世凯上台后不断强行推行中央集权和个人独裁统治的措施，又一次激发了联邦制思潮的涌起，一些主张联邦制的文章相继问世。其中，章士钊就是力主实行联邦制的代表人物之一。他在《甲寅杂志》第 1 卷第 4 号（1914 年）发表署名为“秋桐”的《联邦论》一文，该文首先介绍了刊登在《雅言》第 1 期、第 7 期上的有关驳斥联邦制的观点，继而介绍了张东荪的

《地方制度之终极观》^[17]一文，进而评价道：“张君主张自治，同时谓自治之精神，与联邦无殊，是联邦之主张，实联邦之精神也”。接着他又介绍了佛言的《民国国是论》^[18]一文，并评价道：“然一篇之中，意在联邦，而不标联邦字样，是又何也？”并指出“张君惟恐人以联邦议其后，而仅以自治为名，丁君则不暇为联邦自治之分，而极倡吾之诸省为地方特别制度”。

在《甲寅杂志》第 1 卷第 5 号上章士钊又发表了《学理上之联邦论》。该文首先申明“综计本文所谈，皆关于联邦自身观念。欲知联邦之为何物，兹或不无小补。至物之为美为恶，终俟读者自为权衡”。同时该文引经据典，对联邦制的若干问题从理论上作了探讨，引用了诸如艾斯曼（Adhemar Esmein, 1848-1913）、^[19]狄骥（Leon Duguit, 1859-1928）、^[20]耶利内克（G. Jellinek, 1851-1911）^[21]等 10 余位外国学者的相关观点，接着指出：“综计所谈，归于三点（一）组织联邦，邦不必先于国；（二）邦非国家，与地方团体相较，只有权力程度之差，而无根本原则之异；（三）实行联邦，不必革命，所需者舆论之力而已”。虽然他反复强调“俟读者自为权衡”，但还是明确表明此时在中国引进实行联邦制的必要性，即“特近倾以来，统一之失，日益彰明，智者发策以虑难，贤者虚衷而求治，恍若联邦之制，行之有道，容足奠民生于安利，拯国命于纠纷”。

之后，针对潘力山对其联邦论的反驳，^[22]章士钊又连续发表《联邦论答潘君力山》、^[23]《联邦论再答潘君力山》^[24]等文，重申自己的联邦制理论和观点。

除《甲寅杂志》外，这一时期的《民国》、《正道》等杂志也刊登了较多的有关联邦制的文章，一时使得联邦制成为热门话题。虽然这一时期对联邦制只

[10] 引自杨幼炯：《近代中国立法史（增订本）》，台湾商务印书馆 1966 年版，第 75-76 页。

[11] 广宇主编：《东方巨人 孙中山（下卷）内蒙古人民出版社 1998 年版，第 1928 页。

[12] 该草案刊登于《法政杂志》第 3 卷第 1 号（1913 年）。

[13] 该草案刊登于《法政杂志》第 3 卷第 1 号（1913 年）。

[14] 该草案刊登于《法政杂志》第 3 卷第 1 号（1913 年）。

[15] 该草案刊登于《法政杂志》第 3 卷第 2 号（1913 年）。

[16] 详细参见本章《“梁启超宪草”与民国初期宪政模式的选择》

[17] 载《中华杂志》第 7 号 1914 年。

[18] 载《中华杂志》第 14 号 1914 年。

[19] 是法国古典宪法学理论的集大成者，也是法国现代宪法学的创始人。关于艾斯曼的理论，详细参见何勤华：《西方法学史》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 153-159 页。

[20] 是法国著名宪法学者，也是现代西方社会连带主义法学的创始人。关于狄骥的宪法理论详细参见何勤华：《西方法学史》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 164 页。

[21] 德国著名宪法学者，被认为是 19 世纪德国宪法学理论的完成者。

[22] 潘力山：《读秋桐君学理上之联邦论》，载《甲寅杂志》第 1 卷第 7 号（1915 年）；《再读秋桐君之联邦论》，载《甲寅杂志》第 1 卷第 9 号（1915 年）。

[23] 载《甲寅杂志》第 1 卷第 7 号（1915 年）。

[24] 载《甲寅杂志》第 1 卷第 9 号（1915 年）。

是停留在学说和理论上的提倡和讨论层面，但还是一定程度起到了反对袁世凯独裁和集权统治的作用。

在1916年开始的国会续议宪法草案的过程中，一个广为关注而引起争议的话题即是地方制度（也即省制）是否入宪。主张省制入宪者主要是宪法商榷会的成员，反对省制入宪的主要是宪法研究会成员。赞成者与反对者均提出了各自的理由。

如焦易堂在审议过程中主张省制入宪，他提出了四方面理由：一是民国成立以来，各种法制未备，中央与地方各自自由行动，导致中央责地方之跋扈，地方责中央之专横，若使省制入宪，则中央与地方皆有所遵守；二是查世界各国，无论单一制还是联邦制，大多将地方制加入宪法中作出规定，所以各国有关有强固之保障，而国家之根本不至于被动摇；三是从历史角度言，中国在秦汉以前即有地方制度，秦汉以后，地方制度虽有变更，但尚有民治之遗意，清末及辛亥革命时期均设立过一定的民意机关，倘若没有这些机关的设立，清朝能否灭亡、辛亥革命能否成功将存在疑问，如以省制入宪，则根基稳定，即使有野心家意在专横，而法律既有专条，也使其不容易达到目的；四是虽然国家政治的好坏有赖于中央制度的好坏，但中央的精神万不能贯注于地方，故省制不加入宪法则中央不能稳固，如将省制列入宪法，则地方人民视国事如家事，无不自行负责，各国之强盛全是基于地方人民权利的扩张，中国之孱弱俱是因为地方人民无法行使权利，故从政治上言省制也不得不入宪。^[25]在当时的赞成者中，从宪法研究、各国先例、中国历史及政治等四个方面来说明省制入宪的必要性是颇具代表性的。

反对省制入宪的主要理由归纳起来有：一是国会重新续议宪草，应从速制定宪法草案以慰国民之渴望，如果主张省制入宪，那省制之组织、省长之选举及权限之种种等问题均要进行讨论，这需要花费很多时间，这样因省制之争论会导致宪法迟迟不能出台，因此宪法从速制定的客观要求使省制在事实上不能入宪；二是省制即使加入宪法，能否实行似乎不无疑问，与其勉强加入可能损害宪法的威信，毋宁详细研究，等时机成熟后再行规定；三是省制若规定在宪法中，可能导致中央受制于地方，这对国家统一将有妨碍，会发生各地方之间的纷争；四是省制规定在宪法之中，即是采取联邦主义的先声，联邦国组成联

[25] 关于上述四方面的理由，详细参见吴宗慈编：《中华民国宪法史》（前编）之“附编论坛异同集粹”，大东书局1924年版，第287页。

邦之各邦皆系自由制定宪法，倘中国省制规定于宪法内，则将来省的组织法将由省自行制定。^[26]

由于对这一问题的意见分歧甚大，后来的二读会并没有通过地方制度入宪问题，加上国会又一次被解散，有关的议论又一次中断。1918年西南护法护宪时期，曾继续审议在北京未审议完毕的地方制度，将审议完毕的地方制度案交由宪法委员会起草，但由于后来许多议员离粤，致使地方制度虽已经起草但没有能够报告于大会，同样是无果而终。不过，面对当时军阀混战、国无宁日的局面，一些知识分子明确将其归咎于单一的中央集权制，呼吁“惟有籍助西方的联邦组织，全面改造中国的政治结构，才能息止纷争”。^[27]

二、联邦制在中国的实践——省宪运动

联邦制的理论到1920年以后发展成为联省自治运动。一般认为，“联省自治”一词最先是由张继于1920年提出。^[28]其内涵有两方面：一方面由各省自己制定省宪，依照省宪自行组织省政府，各省实行自治；另一方面，由各省选派代表，组织联省会议，制定一种联省宪法，借联邦制来实行国家的统一。当时许多人将其视为既能防止中央集权又能避免地方割据混战的救世良方。

1921年，孙中山在广州就任临时大总统发表宣言时，明确支持省宪运动：“窃维破坏建设，其事非有先后，政制不良，则政治无术。集权专制，为自满清以来之秕政。今欲解决中央与地方永久之纠纷，惟有使各省人民完成自治，自定省宪法，自选省长，中央分权于各省，各省分权于各县，庶几既分离之民国，复以自治主义相结合，以归于统一，不必穷兵黩武，徒苦人民。”^[29]

而在孙中山发表上述宣言以前，1920年7月，湖南省首先发动了联省自治运动，这一运动很快波及全国，至1921年，全国许多省份均开展起了省宪运动。这样，在口头和文字上对联邦制经过了多年的讨论之后，开始把它付诸实践。

（一）湖南

省宪运动首先发端于湖南，这主要是由于，湖南地处南北交通要冲，连年遭受炮火之害，北洋军阀统治下的湖南，人民更是民不聊生。同时，从清末开

[26] 吴宗慈编：《中华民国宪法史》（前编）之“附编论坛异同集粹”，大东书局1924年版，第290—296页。

[27] 李剑农：《民国统一问题》，载《太平洋杂志》第1卷第9号，1918年。

[28] 徐矛：《中华民国政治制度史》，上海人民出版社1992年版，第438页。

[29] 广宇主编：《东方巨人孙中山》，内蒙古人民出版社1998年版，第1940页。

始,湖南也是多种研究会、开明报刊的诞生地,接受新文化、新意识的人士辈出。第一次直皖战争爆发之前,吴佩孚从衡阳撤防北上。湖南各界乘机起来反抗北洋军阀张敬尧,把他赶出湖南。湖南省长赵恒惕首先发通电,主张“建筑联邦化之单一国”,并提出“当国宪未成立以前,谓各省必不可制省宪,亦未免近于拘泥”。

而毛泽东及其他新民学会的会员也提出了改造湖南,保障自治的主张,要求实行湖南人民的自决自治,并联名370余人提出由湖南革命政府召集湖南人民宪法会议,制定湖南宪法,以建设新湖南的建议。^[30]在这一建议中,既论证了“湖南自治”、建立“湖南共和国”的合理性,还在法理上阐述了“湖南共和国”的各项政治原则,并提出了通过联邦制实现改造国家、推进民主国家的基本步骤。

1920年7月,谭延闿以湘军总司令名义通电宣布湖南自治。旅居外地的湖南人士也赞成湖南自治,而熊希龄还请梁启超代拟一湖南自治法大纲寄至湖南。该年11月,湖南正式宣告自治。此后,先后设立省自治根本法筹备处和省宪起草委员会,进行制宪活动。1921年11月,在经过了起草委员会的起草、审查会的审查后,对省宪草案进行了全省总投票。该草案以获得1800余万票而得到通过,并于1922年1月1日正式公布。

《湖南省宪法》分序言和正文16章,共141条。^[31]序言明确载明了“湖南全省人民为增进幸福,巩固国基,制定宪法”的立宪宗旨;第1章“总纲”,主要规定了湖南为中华民国之自治省(第1条)、省自治权属于省民全体(第4条);第2章“人民之权利义务”,规定了人民所享有的权利和承担的义务;第3章“省之事权”,具体列举了由省议决执行的权项;第4章“省议会”,具体规定了省议会的组成、名额分配、选举省议员的资格、参选省议员的资格、省议员的言论人身保障及省议会的任期、例会、职权、解散等;第5章“省长及省务院”,规定了省长的产生、当选资格、任期、职权,也规定了省务院的组成及省务员、省政务会议等组织;第6章“立法”,规定了法律案的提出、议决和公布程序;第7章“行政”,具体规定了财政、教育、实业、军事等重

要行政事项;第8章“司法”,规定了高等审判厅、高等检察厅的体制;第9章“审计院”,主要规定了审计院的职能;第10章“县制大纲”,规定了县长、县议会及县的自治权项;第11章“市乡自治制大纲”,规定市、乡为自治团体及其职权、内部组织设置等;第12章“本法之修正及解释”,规定了宪法的解释、修正事项;第13章“附则”,对省宪生效前后的一些法律适用事宜、省议会的名额的具体分配等作了规定。1924年对宪法作了修改,内容涉及立法、司法、行政等方面,其要旨是尽量符合国宪的用意。

从湖南省宪法(以下简称“湘宪”)的具体规定看,它主要具有下列特点:

一是规定的自由权利非常广泛。把有关人民权利义务的内容规定于第2章,列于总纲之后、其他章之前,宪法内容在次序上的这种安排已显示对人民权利义务内容的重视。所规定的自由权利种类较多,包括保护身体生命权、保护私有财产权、保护居宅权、身体居宅邮电文书及各种财产不受非法搜查、信仰宗教自由、自由发表意思权、自由结社及和平集会权、营业自由权、居住迁徙自由、向议会请愿权、向行政官署陈诉权、向法院诉讼权、请求救恤灾难权及选举被选举、提案总投票和担任公职权等。

对于这些自由权利,还注重规定具体保障措施,有的还规定得特别详细,如第6条规定的保护身体生命权,具体规定了“身体之自由权,非依法律,不受何种限制或被剥夺;依法而受限制或被剥夺时,不得虐待或刑讯;除现役军人外,凡人身自由被剥夺时,施行剥夺令之机关,至迟须于24小时以内,以剥夺之理由,通知本人令其得有即时提出申辩之机会,被剥夺人或其他人皆得向法院请求出庭状,法庭不得拒绝之;人民有要求受适当法庭迅速审判之权,除依戒严法规定外,不受军法机关之审判;凡行为必于其实行以前,已经法律规定为犯罪行为,审判时方得以犯罪目之;人民受法庭审判时,非正式宣告判决有罪确定后,不受何种刑罚之执行;人民不受身体上之刑罚”。

二是对于省的事权采取列举方式。由省议决执行的事项有:省以下的地方制度及各级地方自治的监督;省的官制官规官俸及官吏之考试;省法院之编制、监狱及感化院之设立及司法行政之监督等15项。除了第25条详细列举了上述事项以外,第26条还规定:“其他关于省以内之事项,在与国宪不相抵触之范围内,省得制定法规并执行之”;第27条规定:“省政府受国政府之委托,得执行国家行政事务,但因执行国家行政所生之费用,须由国政府负担”。采取这种方式列举省的事权,主要目的是使省权与国权有所划分,这样在将来制定国宪时由省之事权内划出一部分让与中央,作为国权在宪法中加以规定。

[30] 殷啸虎:《近代中国宪政史》,上海人民出版社1997年版,第208页。

[31] 起草委员会所起草的原文为136条,后由审查会修正为141条,并交公民总投票获得通过。关于起草委员会所起草的“湖南省宪法草案”的全文,参见《时事月刊》第1年第4期(1921年)。关于正式通过的该省宪的全文,参见《苏社临时特刊》(第1期省宪),苏社出版部1922年出版。

三是体现直接民主的公民投票制的广泛运用。湘宪有 10 余条规定了这方面的内容。如第 43 条规定,各选举区对于该区所选出的议员不信任时可有两种方法撤回,一是由原选举区公民百分之一以上连署提议,经该区公民总投票过半数可决者,另一是由原选举区内之县议会市议会乡议会议员总额过半数连署提议,经该区公民总投票过半数可决者;第 44 条规定,省议会可由下列方式解散,一是由全省公民百分之一以上连署提议,经全省公民总投票过半数可决者,二是全省县议会过半数连署提议,呈由省长交全省公民总投票之过半数可决者,三是省长以省务院全体之副署提出理由书,付全省公民总投票过半数可决者;第 47 条规定,省长由省议会选出 4 人,交由全省公民总投票决选,以得票最多数为当选;第 52 条规定,省长未满任以前,得由省议会提议,交由公民总投票表决,命其辞职,公民总投票多数可决时,省长即须辞职,多数否决时,省长回复其职权,省议会即须解散;第 66 条规定,全省公民百分之一以上连署动议,得提出法律案,呈请省长咨省议会议决,省议会对于此项议案,如搁置不议,或议而不决时,省长应将该案及否决之理由,付全省公民总投票表决,可决时,即成为法律;第 67 条规定,全省公民百分之一以上连署动议,得于公布期内,要求将已议决之法律案,暂缓两个月公布,两个月内即提交全省公民总投票表决;第 126 条规定,本法公布后,每 10 年须召集宪法会议一次,议决应行修正案,交由公民总投票决定之,经省议会议员四分之一及全省县议会及一等市议会团体三分之二提出修正案,得召集宪法会议决议,交公民总投票决定之;第 141 条规定,本法由全省公民总投票可决后,公布之日施行。

湖南省宪法中规定直接民主的公民总投票制,理论上应是值得赞许的。但公民总投票制的实施要件比较高,即使在宪政历史悠久、宪政环境比较好的国家,宪法对此虽然有所规定,也很少有如此广泛的内容。^[32]在中国当时的环境之下,省宪中包含如此广泛的规定,实在是好高骛远,“偏重理想政治太多,

[32] 查当时最新、最有影响、规定的自由权利最广泛的德国魏玛宪法(1919年),虽然其第二编“德国人民之基本权利及基本义务”的条文多达 56 个(第 109 条-165 条),但并没有明确规定直接民主制的内容。而在该宪法的“第一编联邦之组织及其职责”中,规定了直接选举邦人民代表(第 17 条)、变更邦领土须由人民投票(第 18 条)、人民直接选举联邦国会议员(第 22 条)、人民直接选举联邦大总统(第 41 条)、国民有法案的创制权和复决权(第 73 条)等,但体现直接民主制的条文也仅此而已。关于魏玛宪法的条文,参见戴学正等编:《中外宪法选编》(下册),华夏出版社 1994 年版,第 184-214 页。

而忽略现实政治”,^[33]“结果反失其真实之作用,成为有名无实之具文”。^[34]即使在实际上得到实施,其达到的效果也会失去全民投票制本应具有的精神,被贪官劣绅所利用和操纵。

湖南省宪法的体例和内容为其后各个省宪草案不同程度地效仿。

(二) 浙江

浙江也是较早开展省宪运动的地方。1920 年,部分省议会议员就提出了“浙江省自治大纲建议案”。1921 年 5 月,部分议员又组织了“浙江省宪期成会”,讨论省宪法会议组织法及省宪制定问题。6 月,时任浙江总督的皖系军阀卢永祥为了保住自己的地盘,而以顺应民情为借口,也发出“豪电”,称“国人惩前毖后,谓与其务中央集权之虚名,酿尾大不掉之实祸,何如分权于地方,俾群才各有效用之途,先以省宪定自治之基础,继以国宪保统一之旧规,改弦更张,斯乃正本清源之道”。对此建议,各地军政领导人反响强烈。^[35]不久组织省宪法起草委员会,着手起草省宪草案,又组织省宪法会议,^[36]对省宪草案进行议决。9 月 9 日正式公布《浙江省宪法》,又称为“九九宪法”,同时公布了施行法。

《浙江省宪法》(以下简称“浙宪”)正文分 18 章,共 158 条,施行法共 23 条。^[37]浙江省宪法既有继承湖南省宪法的内容,也具有自己的一定特色。^[38]

1. 从形式上看,湘宪与浙宪均是先总纲后分则,总纲都非常简略,只有 4 条,内容也相似,第 1 条为省的地位,第 2 条为省的区域,第 3 条为省民的省籍,第 4 条为省自治权的主体。总纲作为体现省宪主要精神所在,应容纳所有主要原则,而这两个省宪都只有 4 条,而且还不是抽象性原则的规定,未免有些简陋。

[33] 陈霆锐:《省宪之几个根本原则》,载《法学季刊》第 1 卷第 7 期,东吴大学法律科学季刊社 1923 年发行。

[34] 杨幼桐:《近代中国立法史(增订本)》,台湾商务印书馆 1966 年版,第 289 页。

[35] 关于卢永祥“豪电之全文”及各地响应的函电,参见《苏社临时特刊》(第 1 期省宪)的“附录”,苏社出版部 1922 年版,第 10-19 页。

[36] 关于该宪法会议的组织,参见愚厂编辑:《省宪辑览》的“浙江省宪法会议组织法”及“浙江省宪法会议组织法补充条款”,自治学会 1921 年发行,第 26-29 页。

[37] 关于《浙江省宪法附施行法》的全文,参见《苏社临时特刊》(第 1 期省宪)的“法规”,苏社出版部 1922 年版,第 19-34 页。

[38] 关于两个省宪的比较,参见愚庵:《湘浙省宪比较观》,载愚厂编辑:《省宪辑览》的“丁编省宪评论”,自治学会 1921 年发行。

2. 从所体现的精神上看, 由于制定省宪的目的是为了地方分权, 因此湘宪、浙宪均体现了直接民主政治。湘宪的有关规定已如前述, 浙宪也包含了这一精神。第 48 条第 6 项规定了选民对省长不信任案的总投票权; 第 50 条规定了选民对省议院不信任案的总投票权; 第 53 条规定了选民直接选举省长的权利; 第 67 条规定了选民对省长所提出的解散省议院案的总投票表决权; 第 85 条规定当监察员有不称职或违法行为时, 由选民总投票表决令其退职; 第 97 条规定了选民有提出法律案的权利; 第 130 条规定由人民直接选举县议会议员; 第 142 条规定, 对于特别市区域的分合变更由有关地方的选民总投票表决; 第 143 条, 规定特别市议会及其执行机关的组织由全市选民公决; 第 145 条规定特别市的选民对于市的重要立法有直接提案及总投票的复议权; 第 152 条规定市乡区域的分合变更由有关地方的选民总投票表决; 第 157 条规定全省选民对省宪的修正案有总投票决定权。

从具体规定看, 浙宪较湘宪所体现的直接民主制稍为缓和些, 但较当时世界上最新的德国魏玛宪法而言, 仍比较激进。

3. 从省政府的组织看, 湘宪规定, 省行政权由省长及省务院行使, 省长对省内事务拥有广泛的权力, 但在行使职权时须由省务院长及主管的省务员副署负责。省长所发的命令, 及其他关于政务的文书, 非经省务院长及各主管司长的副署, 不生效力。省务员全体或一员, 受省议会之不信任投票时即须辞职。浙宪规定, 省长兼任省政院院长, 省政院设政务员, 政务员兼任省政院各司司长。省行政的文书以省长名义颁行, 但由政务员全体或某政务员副署, 至于省长是否对议会负责, 浙宪并无明文规定。从两个省宪的有关规定可以看出, 省长虽然拥有一定的权力, 但受到较大的牵制, 省长没有发挥自由意志的权利, 因为他一方面要受到立法机关的监督, 另一方面又受省政府内部机构的牵制。

4. 从省的事权看, 由于省宪是反对中央集权的产物, 故省宪均力谋提高省的地位, 且采取列举的方式规定省的事权。湘宪第 25 条、浙宪第 28 条都作了规定。两者所规定的省的事权过分广泛, 有可能影响将来国宪的地位。比如, 关于立法权, 湘宪第 26 条规定: “其他关于省以内之事项, 在与国宪不相抵触之范围内, 省得制定法规并执行之”, 这一规定已经赋予了省过于广泛的权力。浙宪的规定更加详细, 其第 29 条规定: “除前条列举外, 其他关于省以内之事项, 在不抵触国宪之范围内, 得由省制定法规, 并执行之”; 第 30 条规定: “属于国家立法事项, 而国家法律尚无规定者, 得由省规定暂行法。国家

法律已规定而尚未施行者, 得以省法定期施行”; 第 31 条规定: “国家立法事项, 其施行法有不适用于本省者, 得以省法更定其实行之程序, 但不得与其本法相抵触”; 第 32 条规定: “国政府所定法律或对外缔约, 有损及本省之权利或加重本省之负担时, 应先取得本省之同意”。这些规定表明, 省的立法权可以代替、变更行使国家立法权。

关于行政权与财政权。湘宪第 129 条规定: “国宪未成立以前, 应归于国之事权, 得由本省议决执行之”, 浙宪施行法第 1 条也有相同的规定。所谓“国之事权”是否包含军事外交等, 并不明确。如果包含这些事项, 那属于中央特权的事项若由省议决执行, 就会导致混乱, 而且“由本省议决”到底是由省议院还是由省务院议决, 也会导致混乱。关于财政权, 浙宪的规定令人关注。其第 99 条规定, 本省各种赋税, 均为省收入; 第 101 条规定, 本省对于国家政费之负担, 至多不得超过本省收入总额百分之三十。按照这些规定, 将来国家编制预算也将受制于省宪。

5. 关于义务教育。在宪法中规定义务教育制度, 为各国所效仿者, 当属德国魏玛宪法。该宪法对此有 9 个条文 20 余项的详尽规定, 这些规定有三大特色, 即废除特种小学、普及教育、延长义务教育年限。湘宪、浙宪都效仿了魏玛宪法, 但效仿得并不彻底。湘宪第 7 章“行政”的第 2 部分规定了教育, 其第 77 条、第 78 条分别规定了对成绩优良的国民学校、职业学校的奖励、补助制度。浙宪第 11 章规定了“教育”, 其第 113 条规定了全省国民学校不收学费, 这较湘宪先进。但与《魏玛宪法》第 145 条所规定的国民小学及完成学校的授课及教育用品完全免费有一定的距离。关于受义务教育的年限, 湘宪规定了从满 6 岁起有继续受 4 年教育的义务 (第 75 条), 浙宪则没有这方面的规定。魏玛宪法规定义务教育至 18 岁为止。

6. 关于司法。湘宪和浙宪都规定了省设高等审判厅为最终审判, 法院分为三级 (湘宪第 90 条、浙宪第 69 条和第 70 条), 这是两者相同的方面。不同的是, 湘宪明定设立检察厅制度 (第 91 条), 而浙宪没有规定检察厅制, 但规定了湘宪中没有规定的陪审制 (第 78 条)。虽然两者均规定了法官独立审判的原则 (湘宪第 93 条、浙宪第 77 条), 但是湘宪规定, 高等审判厅长由省议会选举, 其他法官由省务院呈请任命 (第 92 条), 浙宪规定, 省法院院长及省法院审判员由选民选举产生 (第 71 条)。魏玛宪法规定法官终身制, 但规定由法律规定法官的退休年龄 (第 104 条), 可知其不取民选制; 又规定法官独立原则, 但受法律支配, 可知其不取议会同意制。湘宪、浙宪规定由议会同意或选

民选举产生的方法,若在当时的中国实行,则利少弊多。法官独立已成为世界通例,尤宜使之超然于政治竞争之外,若经议会同意,势必受党派利益左右,实行民选,那流弊则更多。

浙江的这部省宪公布后并没有被实施。卢永祥本身缺乏诚意,部分议员对省宪的内容也多有指责,并以省宪没有经过总投票表决为理由反对实施省宪。于是省议会决议,由省民自行提出宪法草案,并把“九九宪法”也作为草案之一。1923年初,宪法审查委员会经对省民所提交的宪法草案进行审查后决议三种草案,一种主张行政委员会制,一种主张责任内阁制,一种主张省长会议制,并分别用红、黄、白三种颜色的纸印制,预定于1923年8月1日由公民总投票表决,以得票最多者为省宪。但最终因种种原因没有能进行这种表决。

(三) 广东

广东省也是开展过省宪运动的省份之一。1921年12月,广东省议会制订通过了《广东省宪法草案》(以下简称“广宪”)。该草案共15章、135条。^[39]从结构和内容上,均可看出它实取法湖南省宪法。从结构上看,广东省宪草把财政、教育、实业、军事分别列为一章,而湖南省宪法则把这四项合为“行政”一章,这是两者结构上的主要差异。从内容上看,也大多与湘宪相同,但由于广宪制定在后,它在效仿湘宪的基础上,同时又结合后来的讨论研究成果及事实经验,作了一定的改进。

广宪第1条规定:“广东为中华民国之自治省”,这与湘宪、浙宪的规定完全相同,这表明各省制定省宪并不是想将中华民国分裂为若干独立国家,制定省宪的省仍是中华民国的组成部分,与其他各省组成为中华民国联邦国家。关于人民权利义务,也与湘宪的规定一样详尽。

关于省之事权,是各省制宪最为重要的一个问题。对此,是采取概括主义还是列举主义,是为言省宪者论争的焦点。如前所述,湘宪采取列举方式,其主要理由是,美、德各联邦制国家,皆是先有邦而后联为国,组织联邦时将各邦固有的事权划出一部分,让与中央政府。就我国的省而言,在法理上向来没有固有的事权,所有的事权皆属国之事权,因此若在省宪中不先作具体的列举,划定一省应守的界域,则省之地位仍不明了,将来制定国宪时把不应归于国有的事权也划归国有,省政府就无从对抗。因此在省宪中先将省之事权明白

[39] 关于该宪法草案全文,参见《东方杂志》第19卷第22号(宪法研究号下册)的“附录”,1922年。

列举较为妥善。况且,现在自治运动的争点并非民治对官治之争,尤为地方分权对中央集权之争,在省的事权方面若无明了可守之界域,则省自治二字也空无所着。^[40]虽然对于列举主义也有持反对意见的,理由是它不合宪法逻辑,将来制定国宪时也会导致多一重纷争手续,但在当时的情况下,这种反对声相对处于劣势。湘宪、浙宪均采用列举省之事权的方法,广宪也效仿这种方法,在其“第二章省之事权”的第23条列举了14项由省议决及执行的权项。

关于省议会,湘宪对于省议员之名额及选举原则等作了非常详细的规定(第28条-31条),而广宪除了在第31条规定“省议会以全省公民选举之议员组织之”的原则外,对于议员名额分配标准、议员选举资格条件等均没有涉及,这些事项让与省法律加以规定。这是广宪优于湘宪的一个方面。因为,此类事项本不必属于宪法应载事件,把它们归由普通法律加以规定具有较多伸缩力,易于随形势变迁作出调整,而且,把此类事项规定于宪法中则多一重论争材料,反而会危及宪法本身的根基。^[41]

关于省议会之职权,广宪的规定与湘宪的也大致相同。但湘宪有选举区撤回议员的规定(第43条),各选举区对于该区所选出的议员不信任时,得以公民总投票撤回。广宪则没有此规定。议员虽然是代表人民,有时也多不免拂逆民意、营私害公之事,人民直接监督议员,实为救济代议制弊害的一大要件。国人对于议会政治之腐败深恶痛绝,采用撤回议员的方法,或许能弥补此弊端,这在民主制发达的国家已被视为有效的方法。而广宪无此规定,是为一大缺陷。

关于省之行政权,广宪规定由省长及政务院行使,这与湘宪并无大的差异,只是湘宪称为省务院而已。^[42]但关于省长的选举,湘宪规定,先由省议会选出4人,再交由全省公民总投票决选,以得票最多者当选为省长(第47条)。而广宪规定,省长由各县县议会及特别市市议会议员总投票选举,这一选举由各县议会、特别市议会于其所在地同日举行(第46条)。对照这两种选举省长的方法,有很大的不同。按湘宪的规定,省长的选出之权大半操于省议会之手,公民总投票在事实上也不免只是形式而已,省议会既可左右省长的

[40] 参见《湖南省宪法草案说明书》,载《太平洋杂志》第3卷第1号,1921年。

[41] 周鲠生:《读广东省宪法草案》,载《东方杂志》第19卷第6号,1922年。

[42] 狄侃:《省宪中之行政机关》,载《东方杂志》第19卷第22号(宪法研究号下册),1922年。在此文中,作者狄侃对湖南省宪法、浙江省宪法、广东省宪法草案、江苏省制草案所规定的省行政机关作了比较,认为此4个法案的有关规定虽然有所不同,但均效仿了英法内阁制。

选举，省长之地位总不免依赖省议会，而难发挥独立的权能。广宪把省长之选举委诸各地方议会，既可使省长地位脱离省议会势力而独立，也复无公民总投票之烦琐，而省长源于地方议会之信任，有充分的民主根基。

关于立法，广宪除未采用公民提案、公民表决之原则外，其他规定大体上与湘宪相同。关于司法，广宪也确立三级三审制，这与湘宪相同，但广宪并没有规定检察厅制度，这与浙宪相同。

因此，广宪大体上取法湘宪，但有学者认为，广宪较湘宪更为进步，这两个方面得到体现：一是广宪规定较为简洁，法律上留有更多的伸缩余地；二是广宪体现了比较实用的特点，如较少采用当时流行的理想的直接民主政治方法，最显著的是，关于公民总投票，广宪只规定了三处：省议会的违法失职由全省公民总投票表决（第45条）；关于将来省宪的修正须交由全省公民总投票表决（第129条）；此次省宪由全省公民总投票表决通过（第135条）。这与湘宪随处可见的总投票制有明显的不同。与其说这体现了广宪的保守，勿宁说它更具实用价值。^{〔43〕}

（四）江苏

在湖南、浙江发动省宪运动之后，江苏即由省议会通过了民选省长案，此后，一种民族自决之气弥漫全省，一般人士都认为，应从速制定省根本大法。1921年4月省议会召开时，张掇、冯士德、华彦铨等分别提出省宪会议组织法，经大会合并各个草案原案而加以修正，名曰“江苏省制宪规程”，提交大会三读通过。该规程分起草、审查、表决及附则，共4章、20条。^{〔44〕}

同年10月召集新议会，冯士德、蔡璜等又提出修正案，经大会议交审查，合并两案加以修正而整理。该修正案共有5章、25条，主要修改内容有三方面：增设制宪筹备处、增定公民提案权、增加各县审查员。不过，该草案未及提出而省议会即已闭会。后由朱绍文、陈大猷两人起草了“江苏省制草案”，审定者为刘伯昌、黄守孚、张掇、蔡钧拒等。该草案共64条，分11章，依次为政权之关系、政权之分配、公民、省议会、省行政署、法院、立法、会计、治安、县市乡自治、省制制定及修正。^{〔45〕}

在该草案之前，附有“江苏省制草案总说”，其中写道：“厘订地方制度，

有三种要义，一顺应世界潮流，二审量国家情势，三扶植人民自治能力。”与当时其他省宪一样，它也比较重视省的自治，但相比而言，更注意协调省与中央的关系。如第1条规定：“省为地方自治行政之集合体，除依中华民国宪法赋予中央之特权外，对于省之领域内立法行政司法有自由处理之权”。第2条规定：“省与省之共同或利害相反之事务，由两省以上协定行之，至不能自决时，取决于参议院”。第6条规定，省议会与省行政署关于法律上之争议，取决于中央最高法院，法院行政事务，直隶于中央，审判事务，完全独立，不受他人之干涉。第18条规定，省议会的弹劾权于省行政署全体或省长违法时行之，迳咨中央最高法院判决；不信任权于省行政署全体或省长失职时行之，呈请大总统于一个月内交本省公民投票表决；请求查办权于官吏发生违法侵权行为时行之，分别呈咨中央地方主管长官执行，并得请求其逐项答复。第30条规定：“省长得受中央政府之委任，兼理中央行政事务，其因兼理而生之费用，由中央担负之”。第36条规定：“省行政署认省议会会议决案违法时，得咨请中央最高法院为撤销判决”。第40条规定，省之法院，为高等厅地方厅初级厅三级，依中央法院编制法之规定。第41条规定：“本省之单行法律，于省之各级法院适用之，但以不抵触中央强行法为限”。第43条规定：“在不抵触国家宪法及其他公法范围内，本省得制定法律”。第48条规定，盐关烟酒印花各税应归中央。第50条规定：“中央行政费，有不足时，由国会议决定额，经省议会同意补助者，亦得列为省岁出”。这些条文体现了尽管强调省在立法、行政、司法等方面有自治权，但也须顾及中央利益的精神。但该草案也未被正式通过。

在江苏省宪制定工作处于停滞时，蔡璜著《江苏省宪法刍议》^{〔46〕}一文，对未来江苏省宪提出了设想。他主张把宪法分为总纲、人民、权利义务、立法机关、行政机关、司法机关、县制、市乡制、结论八节。他的设想也有一定的独特之处。如在省行政机关一节，他认为纯粹的独任制或合议制都不可取，可兼采独任合议精神，设省长以负行政全责，设省务院以贯彻自治精神，省长由人民直接选举，省长兼任省务院长，省务院组织用混合委员会制；在司法机关一节，阐述了不设立检察机关的理由，即检察制体现了国家诉追主义，由检察机关间接替代保障人权的做法并不合适。因为既然实行自治，则人民为权利主体，宪法规定人民有向法庭依法提起诉讼之权，当人民被限制自由时，亲友得

〔43〕 前引周鯨生：《读广东省宪法草案》。

〔44〕 全文参见《苏社临时特刊》（第1期省宪）的“附录”，苏社出版部1922年版。

〔45〕 全文参见《苏社临时特刊》（第1期省宪），苏社出版部1922年版。

〔46〕 该文刊登于《苏社临时特刊》（第1期省宪）的“研究”专栏，苏社出版部1922年出版。

代之向法庭请求出庭状。人民在法律上自有完全自主权，不必由国家间接代为诉追，而在现实中也未闻有检察机关自动对舞弊事件提起诉讼，更何况是介入民众私人事件。

与此同时，丁佛言也起草了“省自治根本法大纲”。^[47]他在“标题总说明”中指出：“省自治根本法，亦宪法也。宪法有通例，即网罗人民权利义务及行政立法司法各机关之组织，与其联权相互之关系，而为条理之规定是也”。从大纲的具体内容看，关于权利义务，他主张增加规定三项内容，即人民有要求相当工资之权、有请求救恤灾患之权、有享受分配劳动所产生的利润之权。在该部分的说明中，他提出，权利义务在省宪中列举后在将来的联省宪法中就没有必要再列举，这就是世界上大部分联邦宪法不列举权利义务的原因。关于省之事权，他也主张采列举的方式。关于省议会，主张采直接选举，关于行政机关，主张采单独制，省长由公民直接选举。

(五) 四川

四川省的制宪问题酝酿甚久。在湖南省宪自治运动发动后，四川省的自治呼声日益高涨。1920年12月，四川各路军阀集会重庆宣布实行自治。但各派军阀势力在制宪自治问题上存在很大分歧，民间自治团体主张全民制宪，省议会主张由议会制宪，而地方军阀则主张由他们来主持制宪。后经妥协，省议会于1921年12月5日完成并公布了“四川省宪法会议组织法”。^[48]按照该法，四川省宪法会议组织分为省宪法起草委员会、省宪法审查会、省宪法总投票。该法公布后，省议会根据此项法案，于12月7日召开大会，选定刘成功、邓锡侯等7人为省宪法会议筹备处筹备员，着手进行省宪制定工作。然后聘请陈独秀、戴季陶等13人为省宪起草委员。后由于种种原因，四川的制宪工作并没有展开。

不过，值得一提的是，在四川进行省宪的制定和研究过程中，萧征铭与陈天德两人合著了“私拟四川宪法草案”，该草案分总纲、省民、省行政、省立法、省司法、省考试、省监察、省民大会、县制大纲、市县自治制、本法之解释、附则，共12章，141条。该草案非常引人注目的是，采用孙中山的三民主义及体现了五权宪法的精神，在关于该草案的说明书中萧征铭对此作了阐述。

[47] 愚厂编辑：《省宪辑览》之“乙编省宪法案”，自治学会1921年发行。

[48] 关于该法具体内容，参见《苏社临时特刊》（第1期省宪）的“法规”，苏社出版部1922年出版。

此外，草案在具体内容上还有一些与当时其他省宪所不同的方面：一是关于省之事权采取概括原则。其第1条规定：“四川为中华民国之自治省，对省内一切事项，有自治权，但以不抵触中华民国之宪法为限”，主要理由是采取概括主义，上乃可分划一部分之事权于中央，以组成中央政府，巩固国基，下乃可分划一部分之事权于县于市于乡，以促进地方分治之精神。^[49]二是省行政机关组织采取美国式的总统制。三是设立省民大会，其职权是专司宪法之修改及裁判省内五权独立机关人员之违法失职行为。四是规定由省最高法院解释省宪法。

除上述各省外，南方的如云南、广西、贵州、陕西、江西、湖北、福建等，或由省议会公布宪法会议组织法，或由行政当局宣言制宪自治，或由专门人士起草宪法。但因各省当局并无实行省宪的诚意，只是作为对付北京政府的措施，以致省宪化为泡影。北方的奉天也附和发表了联省自治宣言，谓“因决定应合人民心理，实行联省自治，徐图同意，共同此主义者，不论何省何党，均扶助提携之，其有背此主义及蹂躏自治而为人民公敌者，均铲除之”。^[50]

在南方各省开展省宪运动之际，上海国是会议的联邦分权主张也为各方所注意。1922年在上海召开的国是会议以“中华民国八国团体国是会议国宪草议委员会”的名义发布“劝告各省速制省宪之通电”，^[51]提出：“惟有速制省宪克期公布，然后联合各省完成联省宪法，各省有泰山之安，斯全国有磐石之固。……切望各省已成省宪者迅速实行，未成省宪者速速制宪，以为将来国宪根本”。并且“发表宪法草案之通电”，^[52]该通电言：“由是以国是会议之名预拟国宪草案以供全国人民采择，其中要点可得略陈：一定中华民国为联省共和国，二列举联省政府与省政府之权限，三定国防军不得过二十万人，四定各省军队改为民团，五限定何种为联省政府收入，其余通为各省收入，六定军人解职未满三年者，于联省政府及省政府皆不得当选为首长，七定现役军人不得以文字向公众发表政治意见……”。

国是会议草拟了两个宪法草案，即“中华民国宪法草案甲种”与“中华民

[49] 萧征铭：《私拟四川省宪法草案说明书》，载《苏社临时特刊》（第1期省宪），苏社出版部1922年出版。

[50] 参见《苏社临时特刊》（第1期省宪）的“附录”，苏社出版部1922年版，第34页。

[51] 关于该通电全文，参见《浙江公立法政专门学校季刊》，1923年。

[52] 关于该通电全文，参见《浙江公立法政专门学校季刊》，1923年。

国宪法草案乙种”，^[53]前者共104条，分总则、联省及各省权限之划分、参议院、大总统、国务院、法院、法律、行政、国民之权利义务、国民之教育与生计、附则等11章。后者共101条，分总则、联省及各省权限之划分、参议院、国政委员会、法院、法律、行政、国民之权利义务、国民之教育与生计、附则等10章。

这两个宪法草案最大的不同是，甲种草案规定了大总统及国务院制，乙种草案则规定了行政委员会制。而这两种草案都体现了联邦制的精神，两者的第1条均规定：“中华民国为联省共和国”，第2章均为“联省及各省权限之划分”，都具体列举了由联省机关立法或执行的事项包括外交、度量衡等共27项，由各省、地方机关立法或执行的事项包括省之官制官规等15项。^[54]这种分别列举中央与各省双方权限的方法被认为是效仿了加拿大联省制的方法。虽然宪法草案并没有为旧国会所接受，但其中的甲种草案成了起草“曹锟宪法”的蓝本。

三、联邦制成为争论热点—省宪运动前后的学术界

省宪运动轰轰烈烈掀起之后，事实上也有许多人不承认省得制宪就是实行联邦制，但“在单一国之下断不容地方自制宪法，例如英国爱尔兰问题争执数十年，最后以流血革命仅得自制宪法，自有政府；将来我国宪法实行而后，各省无不得自制宪法，自有政府，如此而犹讳言联邦，直是自欺欺人”。^[55]这种观点是符合法理的。不能否认，省宪运动是西方联邦制理论在中国加以运用和实践的一次尝试，但同时，省宪运动开展前后又一次使联邦制成为一理论热点。省宪运动就是在联邦制的反对者与赞成者的熙熙攘攘争吵声中进行的。

康白情在《自治的统一与统一的自治》^[56]一文中反对联邦制。他指出，持“联邦”说者认为，中国应当分权于各省，以每省各为一个自治单位，而后联合公认一个统治权于其上。殊不知，中国各省本不是分立的，就是多年来省与省争，或各省的宣布自主也不过是派系倾轧，并非出自人民的公意。联邦说之所以盛行，主要是由于袁世凯行将称帝时，这一学说比较符合国人反对袁世凯集权统治的心理。他认为，其实中央集权说固谬，而联邦说也错，并且前者

[53] 关于这两个宪法草案的全文，参见《浙江公立政法专门学校季刊》，1923年。

[54] 有学者认为这种分别列举联省政府与各省政府权限的方式并不妥当，参见朱经农：《评国是会议所拟宪法草案》，载《东方杂志》第19卷第21号（宪法研究号上册），1922年。

[55] 孙几伊：《制宪问题的理论与实践》，载《东方杂志》第19卷第21号，1922年。

[56] 载《东方杂志》第19卷第11号，1922年。

比后者还较近乎事理，因为中国在事实上并无邦之可联。

陈独秀则更是极力反对联省自治。他在《对于现在中国政治问题的我见》^[57]一文中指出，联邦制若建设在人民经济状况不同及语言宗教不同的理由上面，倒也无可非难，但中国的状况决不是这样。联省论不过是联省自治其名，联督割据其实，是替武人割据的现状加上一层宪法保障。武人割据是中国惟一的乱源，建设在武人割据的欲望上面之联省论，会增长乱源。因此，他主张解决当时中国政治问题，只有集中全国民主主义分子组织强大的政党，对内推翻封建军阀的统治，建设民主政治的全国统一政府，对外反抗国际帝国主义，使中国成为真正的独立国家。

在《联省自治与中国政象》^[58]一文中，陈独秀仍然反对联省自治，他在分析了中国政象纷乱的源泉是“督军自治”、批驳胡适之与陈达材两篇赞成联省自治的文章之后提出，中国已经是无政府状态，不必再鼓吹无政府主义了；中国的政象已经是超联邦以上的地方专权，不用再鼓吹什么联省联邦制了。拿联省自治来救济中国，简直是药不对症。

刘文海在《关于中国国宪之建议》^[59]一文中也反对实行联省。他说：“我国近世积弱，强邻日逼，故利于团结，不利于涣散。处此时也，联省制之大不宜有二：其一，即政治上之不宜，吾国未受高等教育者，常具省界之畛域，但联省制实行之后，则省界之关系必更加甚，一省有外患时，他省将不关休戚矣。其二，即经济上之不宜，我国物产丰富，必赖资本始能发展，然一省之力有限，必赖全国资本家群策群力，始能有济，否则惟有仰借外债而已，是使外人操经济上之大权，而终或陷我国于不可收拾之地位也。不特此也，联邦制之国家，每省当有每省之税则，其与国内商业之前途，令人诚有不堪设想者。”

董修甲在《联邦制与委员会制之研究》^[60]一文中对联邦制也持反对意见。他在分析了美国、德国、瑞士三国联邦制的形成历史后提出：“综以上三国，联邦制之缘起，实因有种种困难，不能合成单一国家，遂不得不以联邦制救济分裂之害，而吾人勿徒震其为联邦制之先河斯可矣。反观我国，数千年来，皆为单一式之制度，习惯相沿，民族之思想单简。今欲以他国已认为不完善之制

[57] 载《东方杂志》第19卷第15号，1922年

[58] 发表于《向导周报》，被转载在《东方杂志》第19卷第17号，1922年。

[59] 载《东方杂志》第19卷第21号（宪法研究号上册），1922年。

[60] 载《东方杂志》第19卷第21号（宪法研究号上册），1922年。

度，引为试用，是何异削足就履乎！”

虽然董修甲反对联邦制，但他不反对制定省宪。他提出一些设想：中华民国定为单一制共和国；分国权一部分于各省，听其自由制定省宪，但省宪条文不得与国宪的规定相违背；省宪由省议会制定，由大总统认可公布之；废除督军制，每省只设省长1人，省长应在10年内由省议会及本省之农商工学各会选举，呈请大总统任命，10年后再由人民直接选举，呈请总统任命。当然，这种反对联邦制又不反对省宪的主张在当时的论争中甚属少数。但是赞成联省自治、制定省宪及实行联邦制的也大有人在。

孙几伊在《改造中国的途径》^[61]一文中，提出在当时的中国存在三种社会问题，他称之为“病状”，即文化低落、外力压迫、武人专横。接着他指出，联省自治运动就是一种能解决这些问题的较合适的国家组织，但他认为，联省自治的名称不太妥当，应当更名为“自治省的联合”（The Federation of The Self-governed Provinces）。他还认为，自治省的联合与联省自治不同的地方是，前者是先努力于省自治后讲联合，后者是先讲联省后谈自治，或联省与自治并进。

化鲁在《地方自治与乡村运动》^[62]一文中提出：“我们如果从政治的全体入手，求时局的总解决，是不会有希望的。……只有先谋各地方的局部改造，使各地方养成真实势力，政治的特权阶级自然不攻自破了。现在国内主张联邦制度的，主张省宪的，主张地方自治的，大概都是因为对于中央政治失望而起。其实近代民主政治都是以地方自治为基础的，不但在我国现在是应该这样。”但他也指出，各处省宪运动的失败，是因为真实民众的未参与，“因为这样，所谓联省自治，名目上虽然好听，其实，仍旧不过是少数特权阶级的包办罢了”。

被转载刊登于《东方杂志》第19卷第17号的胡适的《联省自治与军阀割据》一文，^[63]从历史与现状的角度批驳了陈独秀反对联邦制的各种观点，提出军阀割据是中国纠纷的现状，而不是纠纷的根源，认为“用集权形式的政治组织，勉强施行于这最不适于集权政治的中国是今日中国军阀割据的一个大原因”。他认为，中国不适宜于单一的国家组织，打倒军阀割据的第一步是建设

[61] 载《东方杂志》第19卷第1号，1922年。

[62] 载《东方杂志》第19卷第6号，1922年。

[63] 原文刊登于《努力周报》第19期，1921年。

在省自治上面的联邦的统一国家。

陈达材在《我国的联邦问题》^[64]一文中，明确指出联邦与联省自治实名异而实同。在分析了我国存在幅员广阔，交通不便，人民无组织能力等方面的因素后，认为在中国不能实行单一制。为求政治进步，必须做到政府权力的分散、政治支配权的分散、军人与政争的分离，这只有实行联邦制才能达到。

而刊登于《东方杂志》第19卷第17号（1922年）的佚名的《集权与联邦皆不能推翻军阀》一文，可以说是对陈独秀与胡适之争作了一归纳性阐述。该文认为，陈、胡两人混淆了如何推翻军阀与采用何种政制这两个问题。陈独秀以为联省自治不能推翻军阀所以反对联邦，胡适认为联邦可以推翻军阀所以主张联省自治。拿联邦为推翻军阀的手段是手段的联邦论，以联邦为不关军阀存在与否的政制问题是政制的联邦论。否定手段的联邦论，不一定要否定政制的联邦论；肯定政制的联邦论不一定要肯定手段的联邦论。陈独秀的错误在于否定手段的联邦论后即主张集权，不信任政制的联邦论；胡适以为中国地域广大、民情复杂应实行联邦，但他因此又主张只要增加地方权限便能打倒军阀，便是以联邦为手段。联省自治就是联邦，联邦是一种政制，联邦与单一相同，不能说单一有利于军阀，也不能说联邦有害于军阀。对于政制是绝对主张联邦的，对于如何推翻军阀，以为非全国国民另有一种特别的努力不可。显然，这种观点更具有折中的含义。

在省宪运动发生之后及其引起的联邦制是否适合中国的争论声中，更有一些比较务实的人士如汪馥炎、李祚辉，鉴于“年来联邦之说，赞成反对，各执一端，惟是赞成之者，往往过信德美成规，不加辨别，尽量欢迎。反对者则更不加深察，悍然以割据二字，抹杀一切，二者立论条件，其失之武断则一”，^[65]着手起草“联省宪法”，因为“如今尾大不掉之中国，国家事权，上之不在中央，下亦不在地方，徒令少数强藩，高下在心，生杀由己，长此以往，其能免于分崩离析者亦几希矣……是知中国今日，消弭内争，进谋统一，舍制定宪法外，其道未由，然欲统一垂之久远，不致再起纷争，则舍划定地方权限，制成联邦式之宪法外，其道亦未由。”^[66]

他们两人所起草的“中华民国联省宪法”共120条，分为14章，依次为

[64] 被转载于《东方杂志》第19卷第17号，1922年。

[65] 汪馥炎、李祚辉编著：《中华民国联省宪法草案及说明书》“原序”，泰东图书局1925年版。

[66] 汪馥炎、李祚辉编著：《中华民国联省宪法草案及说明书》“原序”，泰东图书局1925年版。

国家之组织、国家事权之分配、省与国家之关系、联省议院、联省政府、联省法院、法律、军政、教育、铨试、会计、经济、国民之权利及义务、附则。这一草案所规定的国家体制体现了三权分立原则和总统制的精神，对国家与各省的事权采取分别列举的方式。第5条列举了专属于国家的包括外交、国防及军制等18项事项，第7条列举了属于各省享有的包括省之官制官规等13项事项。起草者还非常详尽地说明了为何不采用当时大部分联邦制国家列举中央事权而概括规定各邦事权的方法，而是效仿加拿大宪法（1867年）分别列举国家与各省事权的理由。^[67]

四、省宪运动的失败——联邦制不适合近代中国

省宪运动虽然曾经勃兴一时，但除了湖南省宪外，其他的省宪都没有正式实施。而且即使在湖南，实行省宪之后的宪政状况与以前也无大的出入。

1922年，直系军阀在第一次直奉战争中获得胜利，单独控制了北京政权。吴佩孚一面极力推行武力统一政策，一面又打起恢复法统的旗号，想把自治的潮流纳入直系的法统之下，以实现直系军阀统一全国的目的。同年5月，黎元洪接任总统，旧国会重新恢复，在直系军阀的强大声势下，援鄂战争失败后四分五裂的西南联省自治派纷纷附北，云南的唐继尧等人在通电中虽然仍继续主张联省自治，但都表示拥戴黎元洪，愿意“纳省宪大纲于国宪之中”。8月，国会宪法起草委员会审议通过了“省之事权，应取概括主义，中央之权，应取列举主义”，以及“各省于不抵触国宪范围内，得自制省宪”，“地方制度一章内应规定关于省宪各原则”。表面上看，统一与分治似乎已经合流，但由于联省自治毕竟与武力统一互不相容，加上西南军阀之间的暗斗，联省自治最终并没有联起来，也没有实际行动。

1923年，省宪运动开始显露出颓势，那些在各省占有优势的联省自治派毫无发展，统一派又一次处于支配地位。而湖南尽管实施了省宪，但并没有取

得预想的效果。在广东，虽然曾被断定“最能实行立宪自治之省莫如广东”，^[68]当时主政的陈炯明本人仍坚持联省自治，但其部下却大多主张统一，省宪运动无法继续。1923年曹锟宪法匆忙公布，它包含了联邦制的精神，但这一宪法的产生激起了广泛的反对，联省自治运动彻底破产。

1924年，国民党在南方得到发展，第一次全国代表大会于广州召开，在该次大会宣言中，指出了联省派之误差，明确指出联省自治的结果“不过分裂中国，使小军阀各占一省，自谋利益，以与挟持中央政府之大军阀相安无事而已，何自治之足云！”“真正的自治，必待中国全体独立之后，始能有成。中国全体尚未能获得自由，而欲一部分先能获得自由，岂可能耶？故知争回自治之运动，决不能与争回民族独立之运动，分道而行。自由之中国以内，始能有自由之省；一省以内，所有经济问题、政治问题、社会问题，惟有全国之规模中始能解决。则各省真正自治之实现，必在全国革命胜利之后，亦已显然”。^[69]

笔者认为，省宪运动是联邦制理论在中国实践中加以尝试的体现，它的兴起主要是西南军人与不满当时北京政府的政客互相联合之企图在中国实践的结果。就军人方面而言，之所以赞成省宪，是希望能割据分治，不受北京政府管辖，从而实际上达到牵制政府的目的。就政客而言，尽管并不是所有的人的目的都是相同的，但大多是想利用省宪以攻击北京政府，谋夺政权。因此两方面出于各自的动机互相呼应，使得省宪运动一时成为宪政领域的热点。这种操纵于少数特权人士之手、民众并未真正参加的先天不足，决定了省宪内容必然受制于各派势力而不可能反映民意，省宪运动只能是昙花一现而不可能真正发挥推动中国宪政发展的作用。

比如，湖南省宪的出台分为起草、审查、公布三步：起草是由特聘的起草委员13人组织起草委员会担任；审查是由各县民选的审查委员150多人组织审查会担任，审查会倘若觉得草案不好，可以修改；最后是交全省公民总投票通过后，由临时省长公布。姑且不论省宪在起草后必须经过审查会的审查是否必要，单从湖南省宪法就可以看出，起草委员会的草案与审查会的修正案还是

[67] 理由归纳起来有3个方面：一是从当时中国国情看，国家之大患实在于中央与各省之权限自始未以法律划分，以致枭杰武人有其凭借，恣所欲为，因此当务之急是明白列举中央与各省的事权；二是与美、德等国在建国之初各邦宪法已经颁布的情况不同，当时中国的情形是，如不列举各省事权，军阀会因此反抗中央而导致割据和内乱；三是各省已出台的省宪大多列举了省之事权，那么国宪也应该列举中央与各省的事权，以避免国权省权损益不定。参见汪贻炎、李祚辉编著：《中华民国联省宪法草案及说明书》，泰东图书局1925年版，第18-19页。关于加拿大宪法采用分别列举中央与省的事权的原因，参见王世杰：《论联邦制之基性与派别》，载《社会科学季刊》第1卷第3号，1923年。

[68] 周炳生认为，省宪顺利进行须具备五项条件，即省内不可有外力之盘踞、省内政治须能统一、本省无逼近之外患可虞、省内政治已具民主的基础而有容民意充分活动之余地、本省财力足以自给为宪政的实行提供种种必要之设施。在分析了广东的各项条件后，他提出，与其他省份相比，唯有广东一省具备此五项条件，因此断定当时最能实行立宪自治之省，莫如广东。参见周炳生：《谈广东省宪法草案》，载《东方杂志》，第19卷第6号，1922年。

[69] 广宇主编：《东方巨人孙中山》（下卷），内蒙古人民出版社1998年版，第1954页。

有一定不同的,前者为136条,后者为141条,其中修改比较多的是关于省议会的组织及省政府(省务院)的组成等。

关于省议会。草案原文第27条规定,省议员之名额以人口为比例,每人口30万选出议员1名;第124条规定,户口调查未竣以前,本法第27条之规定暂缓施行,省议会议员之名额暂以县为标准,每县1人,由两县合并为1县者2人,但非遇意外事变,至迟须于本法公布后之3年内,将全省户口调查完竣;第32条规定:省议会设议长1人,副议长1人。对于这些规定,审查会的修正案相应地修改为:第29条规定,省议员之名额,以人口为比例每人口20万,选出议员1名,但不满20万之县,亦得选出议员1名;第130条规定,户口调查未竣以前,本法第29条之规定,暂缓施行,省议员之名额暂以各县田赋为标准,凡田赋未逾1万元者,选出1名;1万元以上、6万元未逾者选出2名,6万元以上、12万元未逾者,选出3名,12万元以上、18万元未逾者,选出4名,18万元以上者选出5名;第34条规定,省议会设议长1人、副议长2人。

从上面对照可以看出两者的不同。草案原文纯采人口比例代表主义,把地方代表主义作暂行的办法,修正案虽然采人口比例代表主义,又不抛弃地方主义,所采暂时的办法又是一个金钱代表主义。另外,还有一个异点,依草案原文,议员人数比较少,修正案议员人数比较多。这种修改是否妥当是有疑问的。大凡初行议会政制的国家,由于缺乏经验,不曾养成有秩序的传习,议员人数越多,议场越无秩序,议事越不能按期进行,按照我国当时各地的议会现状,无不皆然,这是草案主张人少的理由。审查会为什么主张人多,难道100人不能代表全体民意,有了150名就可代表全体民意了,这种界线从何划定?为什么原则上既采人口比例代表主义,又要兼采地方主义(不满20万人口之县,亦得出议员1名)?为什么原则上既可兼采地方主义,对于暂行的办法上,又不采地方代表主义,而采金钱代表主义?

其实,这是由于湖南政客所存在的极不规则、极不合理的势力——“路界”的势力的结果。湖南全省有所谓中西南“三路”的名词,这三路的名词的历史至制定省宪时也不过10余年(起于分办三路师范学校),而理论上在当时湖南的政治生活中,三路的名词绝无立足的根据,比不得省或县。但在事实上那些争饭碗的政客,无处不拿“三路利益平均”作活动的机器,实则他们所谓三路利益平均并不是三路人民的利益平均,不过是三路政客的饭碗平均。三路人民的利益无处不受他们争饭碗所种下的祸害。湖南省宪审查会就是中了这种

路界的毒。关于议员分配的问题,审查会闹得开不成。他们在议员名额分配的原则上之所以既采人口比例主义,又要兼采地方主义,就是因为中路的大县多,人口多,西、南两路的小县多,人口少。若专采人口比例主义,西、南两路小县的政客减少了当议员的机会,这对于西南两路的政客不利。之所以在暂行的办法上又不采地方代表主义而采金钱代表主义,也是因为中路的大县虽然多,县的数目比较西路或南路都少。倘若专以地方团体为标准,中路议员少,中路的政客减少了争政权的机会,这对于中路政客不利。用田赋的多寡为标准,中路的议员名额,比较西路或南路都可以相抗。这就是审查会分配议员名额的精神,也就是路界的精神。^[70]

关于省务院。湖南省宪的规定更有许多令人难以理解的方面。

第一,世界各国没有把行政部的各部数目及名称呆板地规定在宪法上,因为行政部应该如何分部,须随时势的变迁,事务的繁简为转移,宪法不能随时修改,若呆板地规定于宪法中是不能适应时势的变迁的。修正案第57条规定“省设省务院及左列各司。一内务司,二财政司,三教育司,四实业司,五司法司,六交涉司,七军务司”。湖南省宪将行政部限定分为七个司,这是令人难以理解的。

第二,湖南纵然主张联省自治,外交权总不能不归于国政府,审查会对于省政府和国政府的财源不敢划分,竟敢在省宪上设一个交涉司,去侵犯国政府的外交权,这也是令人难以理解的。

第三,责任内阁制的阁员,没有一定的任期,议会信任他,他可以继续作阁员,议会不信任他,几天或几个月的工夫就得辞职,审查会的修正案既采用责任内阁制,又在第58条规定“各司之组织,及司长之任期,以省法律定之”,这又是令人难以理解的。

第四,责任内阁制的阁员,若不由阁长自己选定,意见行动就不能一致,便不能负连带责任。至于阁长的人选,当然属于议会多数党的领袖,议会没有一个多数党,就要属于能够联合几党的领袖,倘若他在议会中没有多数的后援,他自然不敢组阁,所以阁长断没有由一些不相干不同意志的阁员互选出来的理由。审查会既采责任内阁制,又不把选择阁员的权付与阁长,反而在第59条规定“各司司长,由省议会选举二人,咨请省长择一任命之。省务院长

[70] 李剑农:《由湖南制宪所得的教训》,载《法学季刊》第1卷第3期,东吴大学法律科学季刊社1922年发行。

由各司司长互选一人，呈请省长任命。省务员如有溺职，及其他违法行为时，省长得罢免之”。如果湖南有两个对立的大党在省议会中，七个司的司长都由一个多数党选出，或者尚无大碍。但当时湖南既无有力的大政党，司长的当选人又有14个，选举的结果，不外是由一些小政客团体瓜分七个司的位置，他们断不能有一致的意志。由这种不一致的阁员选出一个阁长，怎能负连带责任？这同样令人难以理解。

第五，责任内阁的阁员，纯以议会的意旨为去留。违法溺职，就要受议会的弹劾；政策的误谬，就要受议会的不信任投票；总统或君主虽然有罢免他的权力，但不过是形式上的行动。由于修正案第59条赋予省长以后果严重的罢免司长权，省务院既受了议会的宰制，又要受省长的宰制，两面夹攻，这种责任如何能负？这也令人难以理解。

第六，责任内阁制有两项对峙的动作：议会对于内阁可以投不信任票，内阁对于议会可以解散。倘若没有这两种对峙的方法就不免一方受他方的挟制，议会不怕被解散，不信任投票权的行使才有真正代表民意的精神和价值。因为解散议会立刻就要改选，意思是诉之于民意以判内阁和议会的曲直，所以英国的议会有时和内阁意见不对，自己要求改选以观察民意，这才是责任内阁制的真精神。审查会以不信任投票权赋予省议会，而把省长解散省议会的权削去了，这是大背于责任内阁制原理的。虽然修正案第44条第3项规定“省长以省务院全体之副署，提出理由书，付全省公民总投票过半数可决”得解散省议会，但这种解散权是一种难以行使的权利。假若行使起来，公民在最短的期间内，难免受举行两次总投票的纷扰，因为一次投票倘若可决解散省议会，随即就要举行改选议员的投票，这又耗费又烦扰，所以这种办法难于实行。这更加令人难以理解。

这六方面让人难以理解的问题，从纯粹的理论上是绝难说得通的，而只能从当时审查会的实际情形上去解释。当审查会开幕的时候，审查员中有一小部分的政客极力主张采用瑞士的委员合议制，不设省长。其表面上的理由就是省长地位容易惹起政争，若采委员合议制就可以免除争省长的弊害，因为省长的地位只能容纳一人，委员合议制可容纳多数人。但实际上的理由就是要将省的最高行政权平均分配于中、西、南三路的高等政客，他们既然主张模仿瑞士的委员合议制，依瑞士的办法，行政各部的长官就非由议会选举不可。但是持这种主张的，在审查会中也只有极少数。大多数人都以为瑞士的政制是世界上最特别的政制，湖南决不宜取法，所以大多数审查员都主张维持草案原文所采的

责任内阁。

后来因为议员分配问题，中路的审查员全体退席，结果开不成会。那些主张委员合议制的政客，就利用这个机会和中路审查员中的一部分妥协，把采取委员合议制作议员分配的交换条件。中路的一部分政客只要多取得几个议席，就将原来责任内阁制的立场牺牲了，但是表面上还是要顾全原来主张的面面，所以将草案原文零刀碎割弄得不可理解。他们要呆板地规定七个司，就是要有这么多司长才够他们三路政客的分配，一时想不出七个司的名目，就糊糊涂涂把交涉司也添在里面。原来主张采委员合议制，并不是真正想吸纳瑞士政制的好处，不过是要瓜分省行政权而已。那些主张责任内阁制的审查员能够真正懂得责任内阁制的精神和作用的，也只是一部分人。许多人不过是自己想当省议员，采用责任内阁制，省议员方可操纵政府。修正案所采用的责任内阁制不惟阁员要对议员负责任，并且其全由议员选举，议员可以推倒阁员，阁员又不容易解散议会。这样，主张责任内阁制的审查员对于修改案也心满意足了。^[71]

从上面关于湖南省宪的起草委员会的草案与审查会的修正案关于省议会的组织、省政府组成的不同规定的对照中可以看出，起草委员会所定的草案是不敢将湖南的政权完全付与省议会，听任那些大小政客去瓜分；而审查会的修正案则把省议会的权力扩张到无限大，把湖南的政权作为三路政客的利益分配物，这就是两案根本精神之所在。省宪内容操纵于少数派系手中，将省宪作为政治交易的结果，这不是湖南省宪所独有的，而是当时制定省宪的各省普遍存在的现象。可见，制宪一方面固然要广求民意，但另一方面更须防止那种似民意而非民意的特殊势力侵入制宪机关。

毛泽东对此曾发表了自己的见解，虽然他也曾力主湖南自治，也曾设想通过联邦制来推进民主国家的建立，但随着他对湖南省宪运动真面目的认清，他的态度发生了转变，于1923年发表了抨击湖南省宪运动的文章。他说：“我们历来反对联省自治，因为他不是联省自治，乃是联督割据；我们历来反对军阀烂政客假窃名义的省宪，因为他不能做人民的保障，反做了军阀烂政客争权争利的保障。湖南最是个明证”。^[72]毛泽东还反复强调：“湖南自治运动是应当由‘民’来发起的。假如这一回湖南自治真个办成了，而成的原因不在于

[71] 李剑农：《由湖南制宪所得的教训》，载《法学季刊》第1卷第3期，东吴大学法律科学季刊社1922年发行。

[72] 毛泽东：《“省宪经”与赵恒惕》，载《向导》第36期，1923年。

‘民’，乃在‘民’之外，我敢断言这种自治是不可能长久的”。^[73]这样的评论可谓一针见血。

近代中国省宪运动失败的一项重要原因，固然是由于它的兴起不是因为民众的要求而是因为军阀、政客为了各自的目的相互呼应的结果，但更深层次的原因是，联省自治或者联邦制有悖于中国传统与当时中国的国情。从历史上看，中国长期以来从整体上说一直是一个单一制的国家，实行中央集权制已有二千多年的历史，“在我国历史演进上，有一个从无例外之定律，就是凡中央权力强固，各地惟命是遵的时候，国家必强盛治平；凡中枢无统御能力，各地首长自由行动的时候，国家必祸乱相寻，民不聊生。故天下分久必合，合久必分，合则治，分则乱，差不多成为我国历史演进上公认的定律”。^[74]

从20世纪20年代的中国政治状况看，制度与法律无法推行，长期以来有治人无治法的传统使人民养成了敬畏行政官吏而轻视法律的习惯，军阀割据，政局动荡，联省自治运动使“中央虚置政府”的结果只能加深国家的分裂，扩大地方与中央的离心倾向。在这种情况下，实行联邦制将会使军阀割据混战的状况日益加剧，只能使国家永远陷于纷乱的状态。广大人民迫切要求尽快结束自辛亥以来的国家分裂割据状态，进一步加强中央的集中领导，早日实现国家统一，建立一个真正的民主共和国。

总之，联邦制不是解除纷乱、发扬民治的工具，乃是政治上已上轨道、法律业经有效后的一种政治体制。在20世纪20年代，借助省宪、实行联邦制来解决割据和纷乱的目的无法达到，因为它既不符合中国的传统政治习惯，也不适合当时中国的国情。此后，中国的历史进程中也曾有这种尝试，但同样也是

以失败告终。^[75]这就是省宪运动和联邦制在近代中国的历史命运。

[75] 在20世纪30、40年代，中国共产党在推进中国宪政进程中，在颁布的宪法性文件中也曾规定过体现联邦制的条款。如1931年在江西瑞金召开的第一次全国苏维埃代表会议通过的《中华苏维埃共和国宪法大纲》（1934年修改）规定：“凡是居住在中国地域内的少数民族，他们有完全的自决权，加入或脱离中华苏维埃联邦”，这被认为是照搬苏联体制的结果，并与该宪法大纲主体条文有所冲突。抗日战争胜利后，1946年1月在重庆召开了由各党派代表参加的政治协商会议，共产党代表在向这一会议提出的和平建国纲领草案中，提出了“省得制定省宪”的原则。这一建议被政协会议通过的关于宪法草案的决议所采纳，该宪法草案规定了“省为地方自治之最高单位”和“省得制定省宪，但不得与国宪抵触”等内容。同年4月通过的《陕甘宁边区宪法原则》实际上是保卫和建设陕甘宁边区的根本法。这些均是中国共产党争取解放区人民政权合法地位所作的努力。但由于国民党政府很快撕毁了政协决议，发动全面内战，使陕甘宁边区和其他解放区的制宪工作被迫中断。

[73] 关于20世纪20年代毛泽东对于自治运动的观点，可参见吕世伦等：《论“湖南自治运动”初期毛泽东的政治法律思想》，载《法学家》1993年第5、6期。

[74] 田炯锦：《联邦制与中国》，载《时代公论》第62号，1933年。

于从一个侧面了解新中国初期法制建设的大致轮廓,同时对于理解现行宪政基本制度和理论的历史来源也有裨益。

50年代中国移植苏联宪法的实践与理论

从清朝末年宪政思潮从西方涌入中国开始,至新中国成立之前,中国的宪政实践和宪政理论已经走过了半个多世纪复杂、曲折的道路。在这一过程中,不同性质的宪法有着不同的内容和不同的命运,但几乎每一次立宪活动均不同程度地受到了外国宪政制度的影响,日本、欧美国家及苏俄的宪政都曾经分别成为中国不同时期立宪活动的主要效仿对象。

新中国成立以后的立宪实践及宪政理论继续进行着移植外来法的历程;但在移植对象、方式和范围等方面较以前有了很大的变化。这种变化的基点是新中国成立前夕通过的《中国人民政治协商会议共同纲领》吸取废除旧法统的训令精神^{〔1〕}于其第17条规定的“废除国民党反动政府一切压迫人民的法律、法令和司法制度,制定保护人民的法律、法令,建立人民司法制度”。这一原则影响并奠定了包括宪法在内的新中国所有法制领域的建设进程和目标。而中国革命的性质和革命历程取得的经验,革命领导人的意识形态,当时所处的国际国内环境等方面的因素,则决定了新中国法制建设必然走上以移植苏联体制和经验为主要措施和目标的道路。

由于宪法在整个法律体系中的地位 and 宪法规范的特殊性,对50年代我国在立宪实践、宪法理论及宪法教育等方面移植苏联法进行一定的探讨,既有助

〔1〕 1949年2月,中共中央发出《关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示》,据此,华北人民政府很快颁发了《废除国民党的六法全书及一切反动的法律的训令》,规定“废除国民党的六法全书及一切反动法律”及“以蔑视与批判态度对待国民党六法全书及欧美、日本等资本主义国家一切反人民的法律,用革命精神来学习马列主义、毛泽东思想的国家观、法律观,学习新民主主义的政策、纲领、法律、命令、条例、决议,来搜集与研究人民自己的统治经验,制作出新的较完备的法律来”。

新中国在50年代的主要立宪成果是1953年颁布了选举法、1954年颁布了宪法(即“五四宪法”),而这两项成果都主要是在移植苏联法的基础上取得的。

在五四宪法颁布之前,新中国的政治体制和其他重要的宪政内容主要体现在新中国成立前夕由中国人民政治协商会议第一届全体会议通过的《中国人民政治协商会议共同纲领》、《中央人民政府组织法》中,但这两者均是在过渡时期实行的临时宪法性文件。实际上,在中国共产党开始组织筹备和召开第一届中国人民政治协商会议时就已经决定,等条件成熟以后就召开全国人民代表大会和制定宪法。

但是,也不能否认,我国很快制定选举法并在1954年制定宪法与斯大林的建议也是有一定关系的。1950年2月毛泽东访苏回国,在中央书记处会议上,他转达了斯大林的三点意见,其中第二点就是斯大林“建议我们召开全国人民代表大会和制定宪法”。^{〔2〕}1952年10月,斯大林在与以刘少奇为团长的出席苏共十九大的中共代表团举行第二次会谈时又建议说:“你们目前可以使用共同纲领,但是应准备制定宪法”,“你们不制定宪法,不进行选举,敌人可以用两种方法向工农群众宣传反对你们:一是说你们的政府不是人民选举出来的;二是说你们国家没有宪法。在宪法中可以规定:第一,全体人民,包括资本家、富农在内,均有选举权。第二,承认企业主和富农的财产权。第三,承认外国人在中国的企业的租借权。这些事实在中国都是存在的,并不妨害你们搞宪法。我想你们可以在1954年搞选举和宪法。”在这一次会谈中,斯大林还就中国应当建立的政府和统一战线等方面提出了一些具体建议。^{〔3〕}虽然斯大林的这些建议显示出了他对新中国的政治制度和法律模式并不十分了解,但在当时的历史条件下,他的举行选举和制定宪法的建议对中国领导人应该还是有一定影响的,或者说是有压力的。

〔2〕 薄一波:《若干重大决策与事件的回顾》(上卷),中共中央党校出版社1991年版,第40页。

〔3〕 张志明:《从民主新路到依法治国》,江西高校出版社2000年版,第152页。

1952年底,第一届中国政治协商会议任期届满,中共中央向中国政治协商会议提出建议,于1953年根据中央人民政府组织法的规定,召开全国和地方各级人民代表大会,并进行制定选举法和宪法草案等准备工作。1953年1月,中央人民委员会举行第20次会议,讨论了全国政协的建议,通过了《关于召开全国人民代表大会及地方各级人民代表大会的决议》,决定依法于1953年在全国进行普选的基础上召开地方各级人民代表大会,并在此基础上召开全国人民代表大会并制定宪法,选举新的中央人民政府。会议还决定,着手进行起草宪法和选举法的准备工作,并成立了宪法起草委员会和选举法起草委员会。

1953年2月,中央人民政府委员会顺利审议通过了《中华人民共和国全国人民代表大会及地方各级人民代表大会选举法》(以下简称“1953年选举法”)。邓小平在所作的关于该选举法草案的说明中,非常明确地指出,草案是“根据人民政协共同纲领有关实行普选问题的规定,研究3年多来我国人民民主专政的实际情况,吸收了苏联选举法的经验,并征求了各方面意见,经过了多次的讨论和修改”后拟定的。邓小平还对选举法草案所体现的选举权的普遍性、选举权的平等性及选举经费由国库开支等方面的内容作了说明,在此基础上,他提出:“我们选举法的实质,是着眼于实际的民主”,“我们的选举制度比起苏联现行的选举制度来说,是不够完备的。大家知道,苏联各个时期的选举制度向来是世界上最民主的选举制度,特别是在1936年斯大林宪法颁布以后,苏联完善地实行了普遍的、平等的、直接的与不记名的选举制度。这是世界上最好的选举制度。随着我国政治、经济、文化的发展,我们将来也一定要采用像苏联那样的更为完备的选举制度”。〔4〕

苏联在不同时期颁布了若干选举法规和条例,当我国起草选举法时,在苏联实施的选举条例主要是根据斯大林宪法颁布的《地方各级苏维埃选举条例》(1947年)〔5〕和《苏联最高苏维埃选举条例》(1950年)。我国的1953年选举法没有采用苏联那样的把最高权力机关与地方权力机关的代表选举制度分别制定条例的体例,但从内容上看,1953年选举法有许多条文取鉴了苏联选举条

〔4〕 参见《中华人民共和国国家法参考资料》(第三辑),华东政法学院国家法教研组1954年12月编印,第501-505页。

〔5〕 该条例的全称为《俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国边区、省、州、区、市、村和镇劳动者代表苏维埃选举条例》,它被选编于中央人民政府法制委员会编译室编的《苏联选举法令汇编》(人民出版社1953年版)中。

例的规定,但并没有完全照搬。

仅以关于享有选举权的资格条件的规定为例作些说明。

苏联1950年的选举条例第2条规定:根据苏联宪法第135条,代表的选举采普遍制:凡年满18岁的苏联公民,不分种族及民族、性别、宗教信仰、教育程度、居住期限、社会出身、财产状况及过去活动,均有权参加苏联最高苏维埃代表的选举,但神经病患者及经法院判决剥夺选举权者除外。第5条规定了妇女享有与男子同等的选举权与被选举权。

我国1953年选举法第4条规定:凡年满18周岁之中华人民共和国公民,不分民族和种族、性别、职业、社会出身、宗教信仰、教育程度、财产状况和居住期限,均有选举权和被选举权。妇女有与男子同等的选举权和被选举权。第5条规定:有下列情形之一者,无选举权和被选举权:①依法尚未改变成分的地主阶级分子;②依法被剥夺政治权利的反革命分子;③其他依法被剥夺政治权利者;④精神病患者。

从上述条文的列举对照可以看出,1953年选举法关于选举权资格的规定既效仿了苏联的规定,同时又作了较多的限制。这就是草案说明中所说的我国选举法与苏联的完备的选举制度相比尚不够完备的一个体现。实际上这也是在当时的历史条件下制定选举法不忽视考虑中国国情、着眼于实际民主,而不是一味照搬苏联法律规定的结果,这体现了新中国初期立法时坚持了可贵的实事求是原则。同样,选举法没有完全效仿苏联确立完全的直接选举和秘密投票制也是这一原则精神的体现。〔6〕

〔6〕 《苏联最高苏维埃选举条例》第1条非常明确地规定:根据苏联宪法第134条,苏联最高苏维埃代表的选举由选民根据普遍、平等、直接的选举制,用秘密投票法举行之。1947年《地方各级苏维埃选举条例》的第1条也明确规定各级苏维埃的代表均应由选民依照普遍、平等、直接选举制的原则,用秘密投票法举行。而我国的1953年选举法第3条规定:全国人民代表大会之代表,省、县和不设区的市人民代表大会之代表,由其下一级人民代表大会选举之。乡、镇、市辖区和不设区的市人民代表大会之代表,由选民直接选举之;第55条规定:乡、镇、市辖区和不设区的市人民代表大会代表和乡、镇出席县人民代表大会的选举,采用以举手投票方法,亦得采用无记名投票方法。县以上各级人民代表大会之选举,采用无记名投票方法。关于《苏联最高苏维埃选举条例》,参见中央人民政府法制委员会编译室编:《苏联选举法令汇编》,人民出版社1953年版。

三

在起草、通过选举法的同时，宪法起草工作也被提到议事日程。宪法起草委员会由毛泽东任主席，朱德等32人任委员。起草委员会从1953年底开始，在毛泽东的直接领导和组织下，花了近10个月的时间，通过上下多次的讨论和征求意见等阶段，于1954年9月由第一届全国人民代表大会第一次会议审议通过。

作为新中国的第一部宪法，五四宪法的颁布在中国现代法制史上无疑是一件重大的、有着重要意义的事件。关于这一宪草的内容来源，刘少奇在第一届全国人大第一次会议上代表宪法起草委员会所作的“关于中华人民共和国宪法草案的报告”中作了非常明确的说明，即“结合了中国的经验和国际的经验”。具体地说，从国内方面看，它是中国人民一百多年以来英勇斗争的历史经验的总结，也是中国共产党在过去几十年关于宪法问题和宪政运动的历史经验的总结，还是中华人民共和国成立以来新的历史经验的总结。从国际经验看，“宪法起草委员会在从事起草工作的时候，参考了苏联的先后几个宪法和各人民民主国家的宪法。显然，以苏联为首的社会主义先进国家的经验，对我们有很大的帮助”。〔7〕

苏联宪政制度在中国的影响并不是从50年代开始的。早在新民主主义时期，为捍卫和推进中国的人民民主事业，中国共产党就开辟和领导了宪政运动。1931年的《中华苏维埃共和国宪法大纲》的制定和实施就是这种民主法制建设的最早体现。而从该宪法大纲的政权的名称和具体的内容都可以看出是借鉴了第一个进行无产阶级革命并已经取得一定胜利的苏联的经验。此后的宪法性法律，不管是《陕甘宁边区宪法原则》（1946年），还是《共同纲领》（1949年），尽管在具体内容上各有自己的特色，但先后均有一定的继承性，且都一定程度地借鉴了苏联不同时期的宪政制度。五四宪法取法苏联宪政制度是这种法律移植的历史延续，它主要效仿了1936年苏联宪法。

1936年苏联宪法是在斯大林领导和主持下，总结苏联过去的立宪经验，并充分贯彻斯大林宪政思想而颁布的宪法，它又被称为“斯大林宪法”。该宪

〔7〕刘少奇：《关于中华人民共和国宪法草案的报告》，《中华人民共和国国家法参考资料》（第一辑），华东政法学院国家法教研室1954年12月编印，第28—68页。

法不设序言，由13章、共146条组成。后又经过数次修改补充。这部宪法的主要内容特点有：

它以根本法的形式确认了苏联建成社会主义基础的事实，确认了社会主义国家制度和社会制度的基本原则。它规定，苏联是工农社会主义国家，其政治基础是由于推翻地主资本家政权并建立无产阶级专政而成长巩固起来的劳动者代表苏维埃。苏联的一切权力属于以劳动者代表苏维埃为代表的城乡劳动者。苏联的经济基础，是由于消灭资本主义经济体系、废除生产工具与生产资料私有制和消灭人剥削人现象而确立的社会主义经济体系和生产工具与生产资料社会主义所有制。苏联的社会主义所有制有两种形式：国家所有制和集体农庄合作社所有制。在社会主义经济体系占统治地位的前提下，允许不剥削他人、以个人劳动为基础的个体农民和手工业者小私有经济的存在。苏联的经济生活，受国家所定国民经济计划之决定及指导。按不劳动者不得食的原则，苏联实行各尽所能，按劳分配。

它在国家结构上确立的是联邦制，苏联是由若干个平等的加盟共和国自愿联合成立的联盟国家，加盟共和国的主权仅受苏联宪法的明文所定的范围限制。在此范围以外，各加盟共和国均得独立实施其国家权力，它们有权制定宪法，每一加盟共和国均有自由退出苏联的权力。

它详细规定了苏联全国的国家机关体系。苏联最高苏维埃是苏联最高国家权力机关，它由权力平等的两院（即联盟院和民族院）组成。立法权是苏联最高苏维埃的专有权限。苏联最高苏维埃主席团是苏联最高苏维埃的常设机关。苏联最高苏维埃在其两院联席会议上组成苏联部长会议，它是苏联政府，是苏联国家权力的最高执行和发布命令机关。国家权力的地方机关为劳动者代表苏维埃。

它在司法制度方面也确定了一些原则。规定法院审理案件一般由人民陪审员参加。苏联最高法院负责监督苏联及加盟共和国各级审判机关的审判工作。法院审判人员由同级苏维埃选举产生，有一定任期。审理案件一般公开进行，并实施辩护制度。法官独立，只服从法律。苏联总检察长由苏联最高苏维埃任命，各检察机关独立行使职权，不受任何地方机关干涉，只服从苏联总检察长。

它扩大了苏联公民的权利与自由。除规定了一般的政治、人身、信仰等方面的自由权外，还规定了平等权、劳动权、休息权、物质保障个人财产权和个人财产继承权、受教育权等。同时还确立了普遍、平等、直接和秘密的民主选

举制度。

我国的五四宪法相对比较简洁，分序言与总纲、国家机构、公民基本权利和义务及国旗、国徽、首都4章，共106条。

从结构上看，五四宪法与斯大林宪法的相同之处主要是，国家机构的内容置于公民基本权利和义务之前，都在宪法正文设总则性的第1章规定国家和社会基本制度和原则（苏联的称为“社会结构”，我国的称为“总纲”）。结构上主要的不同是，斯大林宪法专章规定了国家结构和选举制度，五四宪法则没有专门设章规定这两方面的内容，但在宪法正文之前规定了斯大林宪法所没有的序言，明确了国家总任务、制宪历史、统一战线及民族、外交原则等。

而从内容上看，五四宪法对斯大林宪法的吸收和借鉴也是非常明显的。这主要表现在：

（一）政权组织形式

斯大林宪法第3条规定：苏联全部权力属于城乡劳动者，由劳动者代表苏维埃行使之。

五四宪法第2条规定：中华人民共和国的一切权力属于人民。人民行使权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。全国人民代表大会、地方各级人民代表大会和其他国家机关，一律实行民主集中制。

上述两个条文的表述虽然有所不同，但其内涵基本上是一致的，都体现了议行合一的人民代表制。

早在1918年苏俄宪法中，就规定“中央和地方全部政权均归苏维埃掌握”，各级苏维埃代表大会是国家的权力机关。1924年苏联宪法也确认了苏维埃代表大会制，这一制度同样在斯大林宪法中得到体现。这一制度不采取资产阶级宪法常用的分权原则，而是贯彻立法与行政统一的民主集中制原则。斯大林宪法尽管在条文中没有明定民主集中制，但这体现在宪法所规定的国家机构体制中：国家政权一切最高机关由选举产生，代表者对选举者负责，一切决议由多数投票通过，由国家政权最高机关通过的决议，其余的机关和公职人员都必须执行，国家管理机关向国家政权机关报告工作并对它负责，国家政权最高机关对下级国家政权机关的活动有监督权。

而在我国，在《共同纲领》中就确定了人民代表大会制度为国家的政治制度，并规定了民主集中制原则，五四宪法继承规定了这种制度和原则。对此，刘少奇在关于宪法草案的说明中非常明确地指出，这是“根据我国人民革命根据地政治建设的长期经验，并参照苏联和各人民民主国家的经验”而确立的。

（二）国家机构

政权组织形式的相似，也就决定了五四宪法在国家机构方面的规定必然要效仿斯大林宪法的内容。

就最高权力机关而言，五四宪法规定，全国人民代表大会是最高国家权力机关，它是国家立法权的惟一机关，每届任期4年，这与苏联最高苏维埃的制度都是相同的。作为全国人民代表大会的常设机关，全国人大常委会的组成、职权及它对全国人大报告工作等方面的规定，均与苏联最高苏维埃主席团制度相同。此外，关于全国人大代表的人身特别保障、组织调查委员会等也与斯大林宪法的规定相似。

就行政机关而言，五四宪法规定，国务院由最高权力机关产生，国务院对全国人民代表大会负责并报告工作，在全国人大闭会期间，对全国人大常委会负责并报告工作，国务院拥有广泛的职权，其内部设立众多的部，各部部长负责管理本部门的工作并可以发布命令和指示，这些均与苏联部长会议制度相同。地方各级行政机关称为“人民委员会”，这一名称也效仿了苏联宪法。^{〔8〕}同时，地方政府的体制也与斯大林宪法的有关规定相似。

就司法机关而言，五四宪法与斯大林宪法一样，把“法院与检察机关”单独列出加以规定，并且两者在内容上也相似，如五四宪法规定：按照行政区划设置法院，人民法院审判案件实行人民陪审员制度，审理案件一般公开进行，实施辩护制度，最高法院监督下级法院的工作，法院审理案件只服从法律，地方各级检察机关独立行使职权不受地方国家机关的干涉，最高法院院长和最高检察院检察长由最高权力机关产生并有一定任期，设立专门法院与专门检察院，等等。

斯大林宪法把“法院与检察机关”单独列出加以规定，主要是因为要强调法院和检察机关是苏维埃国家活动的一个特殊部门的事实，并且法院和检察机关就是国家机器的特殊杠杆，它和国家政权机关与国家管理机关有着重大的区别。^{〔9〕}斯大林宪法在规定司法制度的具体内容上体现了列宁、斯大林关于司法制度的理论。他们认为，资产阶级宪法普遍规定的法官终身制、陪审团制度

〔8〕1946年以前，苏联及其加盟共和国和自治共和国政府均称为“人民委员会”，1946年3月15日改称为“部长会议”。

〔9〕〔苏〕司徒金尼根等：《苏维埃国家法》（第三册），中国人民大学国家法教研室译，中国人民大学1953年版，第154页。

均是虚伪的,是维护有产者利益的,因此斯大林宪法都没有规定这些原则,而是规定了法官有一定任期,实行人民陪审员制度。他们认为,资产阶级宪法规定的法官由国家元首或司法部长指派的制度的目的就是为达到由足以保障资产阶级法律秩序的人充当法官,因此斯大林宪法规定了审判员的选举制。他们认为,检察机关是法律的监督机关,因此它应拥有广泛的权力,不仅是在刑事案件中提出公诉,还可以监督判决的执行,可以介入民事诉讼,检察机关的组织应体现集中制。^[10]这些观点和思想被五四宪法及同时通过的《法院组织法》和《检察院组织法》全部吸收。

(三) 公民基本权利与义务

关于公民的基本权利,五四宪法也效仿了斯大林宪法:一方面,所规定的自由种类较共同纲领的规定增加;另一方面,重视对自由权利的保障措施。

斯大林曾在《论苏联宪法草案》中,对公民的基本权利作过较多的阐述,他认为,资产阶级的宪法通常是以规定公民的形式权利为限,而不注意实现这些权利的条件,实现这些权利的可能,实现这些权利的物质条件。他认为苏联宪法草案在这方面的一个特点就在于它不以规定公民的形式权利为限,而注重于保障这些权利的问题,实现这些权利的物质条件问题。这种观念被贯彻到宪法中,就表现在斯大林宪法在规定自由权利时,几乎在所列的每一项自由权利中都规定保障措施。这一精神也一定程度地被五四宪法所贯彻。如五四宪法规定的公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威等方面的自由权,这在共同纲领中就已经得到确立,但五四宪法在列举这些自由的同时,还规定了“国家供给必需的物质上的便利,以保证公民享受这些自由”(第87条)。这较共同纲领的规定要详细、具体。同时,五四宪法还首次规定了劳动权、休息权、物质帮助权、受教育权等,同时也规定了保障这些权利的具体措施。

五四宪法所规定的公民基本义务有遵守宪法和法律、遵守劳动纪律、遵守公共秩序、尊重社会公德、爱护公共财产、服兵役和保卫祖国等,这些义务在宪法条文中的表述与斯大林宪法的规定如出一辙。

但是,如同1953年选举法一样,五四宪法也并没有照搬斯大林宪法的内容。

五四宪法没有取鉴苏联的联邦制国家结构。马克思与恩格斯原则上是反对

联邦制的,通过对当时资产阶级的联邦经验进行分析,他们得出结论,认为联邦制就是封建割据的残余,阻碍着经济与文化的发展,恩格斯提出,“对于无产阶级只有统一完整的共和国形式才合宜”。在俄国十月革命之前,列宁、斯大林原则上也是反对联邦制的,但在十月革命后,列宁和斯大林转而主张联邦制。1918年第三次全俄苏维埃代表大会在其决议中认可了以联邦制作为苏维埃国家的组织原则,但指出这与资产阶级联邦制存在原则上的区别。1918年苏俄宪法、1924年苏联宪法及1936年斯大林宪法均贯彻确立了联邦制的国家结构体制。苏联的联邦制也曾影响过新中国成立之前中国共产党的民主立宪活动。^[11]

但五四宪法基于中国的国情,没有效仿联邦制,但鉴于中国是多民族国家的实际情况,在宪法中对民族问题作了较多的规定。如序言中明确友爱互助的民族关系,并规定反对大民族主义和地方民族主义。在宪法的总纲中规定,中华人民共和国是统一的多民族的国家,各民族一律平等,少数民族聚居的地方实行民族区域自治制度(第3条)。在“国家机构”一章中,专节规定了民族自治地方的自治机关。在“人民法院和人民检察院”一节中也规定:各民族公民都有用本民族语言文字进行诉讼的权利。人民法院对于不通晓当地通用的语言文字的当事人,应当为他们翻译。在少数民族聚居或者多民族杂居的地区,人民法院应当用当地通用的语言进行审讯,用当地通用的文字发布判决书、布告和其他文件(第77条)。而斯大林宪法对民族问题涉及甚少,因为斯大林认为“苏联各民族人民的面貌已经根本改变了,他们中间互不信任的心理已经消失,而互相友爱的情感已经发展,并因此而造成了各族人民在一个统一联盟国家体系中真正兄弟合作的关系”。^[12]

五四宪法没有规定苏联最高权力机关的两院制。按照斯大林宪法的规定,苏联最高苏维埃由联盟苏维埃与民族苏维埃两院构成,并分别规定了这两院的选举及职权。苏联最高苏维埃的两院制是体现斯大林理论的结果,在1924年

[11] 如《中华苏维埃共和国宪法大纲》(1931年)在结构问题上曾照搬过苏联的联邦制国家结构,规定:凡是居住在中国地域内的少数民族,他们有完全的自决权,加入或脱离中华苏维埃联邦。这种规定被认为是既与宪法大纲主体条文所规定的国家结构形式不同,也没有考虑到中国具有的多民族统一国家的悠久历史传统。参见叶孝信主编:《中国法制史(新编本)》,北京大学出版社1996年版,第447页。

[12] 斯大林:《论苏联宪法草案》,载华东政法学院宪法教研室编印:《宪法参考资料》(第一册),1986年12月。

[10] 关于这些观点,参见[苏]司徒金尼根等:《苏维埃国家法》(第三册),中国人民大学国家法教研室译,中国人民大学1953年版,第159-184页。

苏联宪法中就采用了两院制的体制。斯大林认为：“苏联是多民族的国家。我们有一个不分民族而代表苏联一切劳动者共同利益的最高机关，这就是联盟院。可是苏联各民族除了共同利益而外，还有与其民族特点关联的各自特有的特别利益。可以忽视这些特别利益吗？当然是不可以的。是否需要一个恰巧反映这些特别利益的专门最高机关呢？绝对是需要的。没有这样一个机关，就会无法管理苏联这样一个多民族的国家，这是毫无疑问的。这样的机关就是第二院，即苏联民族院”。

斯大林还指出，资产阶级国家两院之间没有平权，“大家知道，第二院往往比第一院享有较多的权利，而且第二院照例是用非民主方法组织起来，往往是由上面指定其议员的方法组织起来的”。斯大林指出，两院制在资产阶级国家只是产生了许多坏处，这些国家的第二院照例变为反动势力的中心，变为阻碍进步的障碍物，因此，资本主义国家的两院制之存在，“实际上是引向普通资产阶级立法的延迟”。^[13]五四宪法没有取鉴这一体制，规定全国人民代表大会是最高国家权力机关，它是行使国家立法权的唯一机关。

此外，五四宪法也没有照搬斯大林宪法的所有制形式及分配原则。^[14]同时，还应当指出的是，五四宪法起草前夕，正值斯大林个人崇拜在苏联达到顶峰之时，而此时毛泽东在全党和全国人民中已经享有极高的威望，所以当时也有人主张在宪法中写进颂扬毛泽东的条文，而且在草案中也已这样做了。但毛泽东坚持删除这些条文，有人解释说，这是因为毛泽东特别谦虚，对此，毛泽东在《关于中华人民共和国宪法草案》的最后，严肃提出：“这不是谦虚，而是因为那样写不适当，不合理，不科学。在我们这样的人民民主国家里，不应当写那样不适当的条文。不是本来应当写而因为谦虚才不写。科学没有什么谦虚不谦虚的问题。搞宪法就是搞科学。”这也应该是五四宪法没有完全受到斯

[13] [苏]司徒金尼根等，《苏维埃国家法》（第三册），中国人民大学国家法教研室译，中国人民大学1953年版，第15-19页。

[14] 苏联宪法第5条规定了社会主义所有制的两种形式：国家财产与合作社集体农庄财产，并在第9条规定：社会主义经济体系为苏联经济中的统治形式，同时法律容许个体农民及手工业者小规模私有经济，但以自力经营，绝不剥削他人劳动者为限。五四宪法第5条规定的所有制形式有国家所有制与合作社所有制、个体劳动者所有制和资本家所有制，同时宪法还在第8-10条规定了对后两种所有制的法律原则。

关于分配原则，苏联宪法第12条规定了不劳动者不得食及各尽所能、按劳分配的原则。五四宪法则没有这些方面的内容，只是第16条规定：劳动是中华人民共和国一切有劳动能力的公民的光荣的事情。国家鼓励公民在劳动中的积极性和创造性。

大林时期苏联宪政影响的一个方面。

五四宪法在上述方面对斯大林宪法的取舍，说明了制定五四宪法时结合了“原则性与灵活性”，“以自己的经验为主，也参考了苏联和各人民民主国家宪法中好的东西”。^[15]五四宪法制定于我国从新民主主义向社会主义过渡的时期，当时国家的各个方面均不能与斯大林宪法制定时自称社会主义制度已经取得胜利的苏联相比，因此，在制宪时结合中国实际，既主要参照了斯大林宪法，又没有完全照搬它的体制和内容，这体现了当时制宪者难能可贵的实事求是态度。

但是，还有一个因素也不能忽视，那就是当时起草宪法的直接负责人毛泽东内心对斯大林的不满。他在1956年对前来参加中共八大的苏联代表团团长米高扬有过一次非正式的谈话，他在谈到中国共产党历史上曾出现过三次左倾错误时指出，“这都是由于国际共产主义运动出现的好似老子党与儿子党之分的不正常的党与党之间的关系的结果”。他还指出：“过去我们憋了满肚子气，有气无处出，现在就要出气了”。^[16]虽然这种对斯大林的反感是在宪法颁布实施及斯大林的错误已被揭露之后得以流露，但毛泽东对斯大林的不满一直由来已久。这种情绪势必会影响毛泽东乃至所有制宪者对于斯大林宪法的态度，他们在制宪时不可能对斯大林宪法顶礼膜拜而完全照搬它。

在探究五四宪法时，还发现它有一些创新的内容。这里所指的创新，主要是指我国过去的人民民主宪政文件中没有规定或规定不全面的，苏联宪法也没有加以确立，但在宪政史上有重大历史意义的规定。公民在法律上一律平等、公民有取得国家赔偿权等就属于这种创新的制度。

五四宪法规定了“中华人民共和国公民在法律上一律平等”（第85条）。这一原则首先是在资产阶级革命时期为反对封建专制和等级特权而作为政治口号提出的，资产阶级革命后作为一项法律原则被规定于宪法文件中。1789年法国《人权宣言》正式确立了法律面前人人平等的原则，1791年法国宪法以根本法的形式肯定了这一原则。其后，英、美等国也都采取了类似的规定，从而成为资产阶级宪法（包括国民党时期的宪法文件）普遍加以规定的一项内容。在我国人民民主宪政史上，《中华苏维埃共和国宪法大纲》对此曾有所涉

[15] 这是毛泽东在1954年《关于中华人民共和国宪法草案》中所说的原则。

[16] 师哲：《在历史巨人身边》，中央文献出版社1991年版，第609-612页。

及,但不全面。^[17]五四宪法明确规定了这一原则,不管这一原则在当时是否能得到贯彻,也不管学理上对这一原则的理解有多特别,^[18]宪法规定这一原则在我国现代宪政史上本身就具有创新的意义。

五四宪法规定了公民享有国家赔偿权,这体现在第97条:中华人民共和国公民对于任何违法失职的国家机关工作人员,有向各级国家机关提出书面控告或者口头控告的权利。由于国家机关工作人员侵犯公民权利而受到损失的人,有取得赔偿的权利。

国家赔偿权是现代时期宪法才开始加以规定的。1919年魏玛宪法是世界上第一个明确承认国家应负赔偿责任的宪法,其第131条规定:“公务员行使所受委托的公务,违反对第三人的职责的,原则上由公务员所属国家或公共机关负责,不得起诉公务员。但国家保留对该公务员的求偿权,依普通司法程序提出的诉求,不得拒绝”。^[19]作为在现代世界宪政史上有巨大影响的宪法,它的这一规定在20世纪各资产阶级宪法中被普遍效仿。五四宪法也效仿它作了规定,同样具有创新的意义。

从上述分析可以看出,五四宪法不仅结合了国内情况,还主要参照了苏联宪法,同时在一些具体规定上又参照了资产阶级宪法的一些原则,尽管这种参照在很长一段时间内不被理论界所承认。其实,毛泽东在主持宪法起草工作时,就主张研究和比较国内外各类宪法的优劣,从中吸取了革命性、民主性的精华。这从宪法起草时他致电刘少奇并中央通报宪法起草小组工作计划时列举了要求中央领导人应阅览的5种宪法参考文件即可得到反映。这5种文件依次是:1936年苏联宪法及斯大林报告;1918年苏俄宪法;罗马尼亚、波兰、德国、捷克等国宪法;1913年天坛宪法草案,1923年曹锟宪法,1946年蒋介石宪法;法国1946年宪法。他还一一注明这些文件出处,并认为人民出版社1953年出版的《人民民主国家宪法汇编》所辑各国宪法大同小异,罗、波取

其较新,德、捷取其较详并有特异之点;而天坛宪法草案、曹锟宪法、蒋介石宪法则可代表内阁制、联省自治制、总统独裁制三种类型;法国宪法则可代表较进步较完整的资产阶级内阁制宪法。^[20]广泛地学习、吸收中外历史上一切革命性、民主性、进步性的东西,借鉴一切对人民有利的制宪经验,是毛泽东领导这次人民制宪运动的一个显著特点,也是五四宪法被认为是比较好的宪法的原因之一。同时,也可以说,这还是新中国在移植外国法的实践中比较成功的一个范例。

五四宪法作为中华人民共和国的第一部宪法,对我国其后各次的制宪都产生了一定的影响。尤其是国家政治秩序恢复正常以后起草1982年宪法时,它仍被作为主要的渊源而被继承和发展。^[21]因此,在现行宪法制度中,仍然能找到五四宪法效法苏联宪法而规定的体制和原则。从这种意义上说,50年代立宪实践移植苏联宪法的结果在当代中国的宪政制度中还继续发挥着它的影响。

四

与立宪实践活动一样,新中国的宪法学理论从其发端时起,也就走上了移植苏联宪法理论的道路,而且这方面的移植较立宪活动走得更远。

新中国成立以后,伴随着以维辛斯基^[22]为代表的苏联法学家的“法律是统治阶级的意志,它由国家强制力保证实施”这一法学基本理论在中国的传播和被推崇,以列宁和斯大林关于宪法的若干论述为基础的苏联的社会主义宪法学理论也借助于种种途径被介绍、传播至中国。新中国宪法学理论在很长时期内就是把这些理论奉为最经典的马克思宪法学而进行阐释的。

表现之一,是邀请苏联法学专家来华开设讲座,讲解苏联宪法制度和宪法

[17] 《中华苏维埃共和国宪法大纲》规定:在苏维埃政权领域内,工人、农民、红色战士及一切劳苦民众和他们的家属,不分男女、种族、宗教,在苏维埃法律前一律平等,皆为苏维埃共和国的公民。

[18] 张光博:《关于“公民在法律上一律平等”的意义》,载《法学》1957年第2期。至1982年宪法颁布之前,学界对这一问题仍有较多的争论,法律出版社于1981年曾出版过由中国社会科学院法学研究所资料室所编的专题论文集——《论法律面前人人平等》,其中所收集的30余篇论文从不同角度对这一问题作了论述。

[19] 关于德国行政赔偿制度,详细参见何勤华主编:《德国法律发达史》,法律出版社2000年版,第220-222页。

[20] 毛泽东:《关于宪法起草小组的工作计划给刘少奇并中央的电报》,1954年1月15日。参见萧心力主编:《毛泽东与共和国重大历史事件》,人民出版社2001年版,第125-126页。

[21] 彭真在《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告》(1982年)中指出:“中华人民共和国的第一部宪法,即1954年宪法,是一部很好的宪法。……这个宪法修改草案继承和发展了1954年宪法的基本原则,充分注意总结我国社会主义发展的丰富经验,……”参见《彭真文选》,人民出版社1991年版,第439页。

[22] 关于维辛斯基的生平及主要法学观点,参见何勤华主编:《二十世纪百位法律家》,法律出版社2001年版,第343-348页。

理论。

新中国成立不久,1949年12月至1950年11月,苏联法学专家苏达里可夫和贝可宁应邀为中央政法系统各部门的干部开设了系列讲座《苏维埃国家和法律的基础》。在共15讲的讲座中,涉及宪法的有“胜利的社会主义的宪法”(第1讲)、“苏维埃的国家管理”(第10讲)、“苏联国家权力和国家管理的最高机关”(第11讲)及“苏联国家权力的地方机关”(第12讲)等。在这些讲座中,苏联专家既向政法干部们介绍了苏联宪法的具体制度,也向他们灌输了苏联宪法是世界上最好的宪法的观念。

比如,在第一讲“胜利的社会主义的宪法”中,苏达里可夫非常详尽地说明了1936年斯大林宪法的伟大所在。他认为,首先,斯大林宪法的伟大的动员力量和组织力量在于,它在立法的形式中表现出全新的空前的社会制度——社会主义制度的经济和政治基础。从经济方面看,斯大林宪法规定了社会主义所有制的两种形式,即国家所有制与合作社集体农场所有制。苏联的经济基础不仅是社会主义的所有制,而且也是社会主义的经济制度,宪法的规定巩固和发展了苏联的新的生产关系。宪法规定了社会主义的生产关系,即合作和互助的生产关系,并规定了“不劳动者不得食”和“各尽所能,按劳分配”的分配原则。从政治方面看,社会主义的胜利的明显表现是,工人阶级和农民在各方面所发生的变化,及诚实地服务于人民的苏维埃知识分子的成长和巩固。从文化方面看,斯大林宪法大大提高了人的受教育的权利和满足其一切精神需要的权利。同时他还指出,斯大林宪法不仅在经济的、政治的、文化的生活各方面用立法的方法巩固了社会主义的基础,同时还把苏维埃国家制度的真正的全民的民主主义提高到不可攀达的顶峰。

在讲解斯大林宪法是胜利的社会主义的宪法的过程中,苏达里可夫还介绍了斯大林关于宪法的一些观点。如斯大林关于资产阶级宪法分类的理论:从民主主义观点看来,各资产阶级宪法可分为两类,第一类宪法直接否认公民平权和民主自由,或在事实上把公民平权和民主自由化为乌有;另一类宪法乐意接受,甚至标榜民主主义原则,但同时又加以许多附带条件与限制,而把民主权利与自由损伤无余。关于苏联宪法所体现的民主主义,斯大林认为,这并不是“通常的”、“公认的”民主主义,而是社会主义的民主主义,这种民主主义不以规定公民的形式权利为限,而注重于保障这些权利的问题,实现这些权利的

物质条件问题。^[23]在颂扬斯大林宪法和斯大林的宪法观点的同时,他还批判了资产阶级宪法所体现的民主权利和多党制等方面的虚伪性。

在该讲座的最后,苏达里可夫还非常明确地表达了希望中国效仿斯大林宪法的愿望:“苏联社会和国家组织的原则,很明显和深刻地体现在斯大林宪法里制定出来,它们帮助着我们斗争的弟兄们——帮助中国的人民来找到自己国家内社会生活复杂问题的正确解决。苏联的人们诚恳无私地充满着希望来帮助弟兄一样的中国人民,把自己的经验传达给他。……苏联宪法,是这样的一个文件,它证明着在苏联已经实现了的那个事实,是完全可以各族人民志愿之下也在其他国家实现”。^[24]

这些讲座的具体内容都刊登在《中央政法公报》的第2期至第22期上,涉及法理、宪法、民法、刑法及诉讼法等方面。刊登这些讲座内容的编委会的目的是“希各级政府干部注意学习”,这说明开设这些讲座具有政府行为的性质,在当时是非常受重视并具有比较大的影响的。^[25]通过了解有关宪法内容的讲座,即使听讲座的政法干部们对斯大林宪法的具体制度和宪法条文背后所存在的宪法理念有了更全面和更感性的认识 and 了解,而且,更重要的是,这些讲座内容作为一种学习材料在广泛被介绍后,使人们形成了斯大林宪法是最好的宪法的观念,还营造了新中国制定宪法应该效仿苏联宪法的氛围。^[26]

表现之二,在聘请苏联法学专家来华传授苏联宪法的实践和理论的同时,还通过翻译、出版苏联宪法书籍及文章,使苏联的宪法条文、宪法论著、宪法学说等广泛地在中国流传。

其实,早在民国时期,就曾翻译出版(包括印行)过一些有关苏联宪法的

[23] 其实,斯大林关于宪法问题的这些理论,主要就体现在他的“论苏联宪法草案”中。

[24] 关于“胜利的社会主义的宪法”的具体内容,参见《中央政法公报》第2期,1950年1月31日。

[25] 在苏达里可夫和贝可宁的系列讲座结束之后,经这两位专家对所有讲稿进行修改补充之后,由中央人民政府法制委员会于1951年编译为《苏维埃国家与法律问题讲座》(第一辑)加以刊印发行,董必武在为该书所作的序言中明确指出,这两位苏联专家的讲座“对于我们政法部门的工作及干部理论、业务学习的开展,曾起了很大的帮助及推动作用,并可使得我们政法部门的若干工作缩短摸索的时间,避免一些不必要的曲折道路”。

[26] 邀请苏联专家来华开设讲座,在50年代是经常性的活动,但在1956年后,在讲座中,苏联专家的观点较以前有很大的变化,即紧跟政治形势也开始批判斯大林的理论 and 观点。这从司法部编印的《苏联法律工作者访华代表团演讲及问题解答汇集》(1957年)中的内容就可以看出。

书籍，^[27]但对苏联宪法方面的法规和论著进行大规模的翻译、出版却是50年代的事情。据不完全统计，这一时期翻译出版的苏联宪法方面的图书达80多种，在同时期出版的苏联法方面的书籍中占有相当的比例。^[28]

当时翻译苏联宪法的盛行还可以从刊登于《政法研究》1955年第3期的“学术动态”专栏上的一则消息——“苏联文化代表团团长杰尼索夫两次学术演讲”中了解到：“……杰尼索夫教授是苏联著名的法学家，中国人民，特别是中国的政法工作者，早已经很熟悉他的名字……杰尼索夫教授的著作在我国已经译成中文的有《苏维埃国家与法权基础》（中国人民大学出版社出版）、《苏维埃宪法及其发展史》（人民出版社出版）、《资产阶级民主的剖视》（三联书店出版）、《国家与法律的理论》（中华书局出版）、《国家》（人民出版社出版）、《宪法》（人民出版社出版）”。

此外，1956年创刊的《政法译丛》是当时专门登载外国法论文的杂志。它所刊登的大多也是苏联法的译文或者与苏联法有关的文章，其中，不乏宪法方面的译作和论文。据对该杂志的1956年至1958年的共18期所载的大约140余篇文章进行统计发现，绝大部分的译文是苏联作者所作的苏联法方面的文章（涉及包括宪法在内的各部门法），非苏联法方面的文章所占比例极低，只有10余篇。

通过翻译苏联宪法法条及有关的宪法论著，使苏联的宪法理论系统地展现在中国的理论界，这直接影响了当时中国法学界关于宪法学观念和理论的形成，并左右着他们对自己国家宪法制度和原则的理解和解释。

表现之三，这一时期的法学团体把介绍苏联的法学理论（包括宪法理论）作为重要的一项任务，并在学术研究成果中弥漫着颂扬苏联、批判资产阶级的宪法制度和理论的“一边倒”气氛。

1953年在董必武的建议推动下，以原新政治学会和新法律学会两个筹备

会为基础，建立了全国性的法学研究机构——中国政治法律学会，董必武为首任会长。根据该学会章程的规定，中国政治法律学会作为全国性的学术研究团体，它有3项任务，其中的第2项即是“介绍苏联法学理论及政治法律工作的先进经验”。^[29]对此，早在1952年7月，董必武在政法分党组干事会第17次会议上就明确提出：“政法学会的工作，将根据马列主义和毛泽东思想对会员进行思想改造。研究政治法学理论，介绍苏联先进的法学理论和政法工作的经验，批判旧的资产阶级的政法观点，阐扬我们人民共和国国家法律法令的新精神。”^[30]由该学会于1954年5月开始出版发行的《政法研究》也是体现了这样的宗旨。^[31]该杂志创刊号所附载的《政法研究征稿简约》列举了受欢迎的7类投稿，其中第1项、第4项及第5项就分别是“马克思列宁主义关于国家与法律的理论及历史研究”、“对于旧国家、旧国家学说、旧法制、旧法学的批判”、“关于苏联政法实际工作和理论研究的介绍”。

由于该杂志创刊时正值五四宪法的起草和即将颁布实施的时期，因此早期的《政法研究》所载的宪法方面的文章较多。这些文章从内容上看基本分为两类：大部分的文章就是赞扬苏联宪法，赞扬斯大林的宪法理论，介绍苏联宪法的基本概念，即使是论述我国宪法的特点和进步性，也大多是以苏联宪法理论为依据。另一部分文章就是对资产阶级宪法的内容和实质进行揭露和批判。

从《斯大林关于社会主义国家学说的发展》一文^[32]就可感受到当时法学界对苏联宪法和斯大林学说推崇之程度。该文非常详尽地阐述了斯大林的社会主义国家学说，认为斯大林对马克思列宁主义宝库的杰出贡献之一是创造性地推进和发展了马克思列宁主义的国家学说，特别是关于社会主义国家的学说。并进而提出，斯大林对社会主义国家学说的重要贡献，一是捍卫并进一步发展了无产阶级专政的学说，明确提出了关于无产阶级专政的经典公式，发现了苏

[27] 这些书籍屈指可数，如1931年苏联研究会印行的《苏联的宪法》（谷荫翻译）、1937年上海生活书店出版的《苏联新宪法研究》（张仲实译）、1932年新生命书局出版的《苏俄政治制度》（施伏量译）、1937年中苏文化协会印行的《苏联宪法》（张西曼译）、1948年时代书报出版局出版的《苏联宪法》等。

[28] 关于这些书的书目，参见中国政法大学图书馆编：《中国法律图书总目》，中国政法大学出版社1991年版，第38-43页。另据张友渔主编的《中国法学四十年》（上海人民出版社1989年版）的第5页所载，在50年代出版苏联法的图书共165种。上述两本书的统计数字不一定完全属实，但所出版的有关苏联宪法的图书在同时期出版的所有苏联法方面的图书中占有较高的比例却是可以肯定的。

[29] 《中国政治法律学会章程》于1953年4月22日由该学会的成立大会通过，关于该章程的全文，参见《政法研究》创刊号，1954年。至1958年8月，中国政治法律学会结合形势修改了《中国政治法律学会章程》，其宗旨的第2项也相应地被修改为“研究我国国家基本制度、有关促进我国社会主义建设的法律问题和革命法制建设的经验，研究苏联及其他社会主义国家的法律科学研究成果和政治法律工作的经验，以促进法律科学的发展，为社会主义建设服务”。修改后的章程的全文，刊登于1958年第5期的《政法研究》上。

[30] 《董必武政治法律文集》，法律出版社1986年版，第249页。

[31] 这也体现在董必武为《政法研究》所写的代发刊词——“祝《政法研究》的创刊”中，参见《董必武政治法律文集》，法律出版社1986年版，第325页。

[32] 该文由中央政法干部学校国家与法律理论教研室所作，刊登于《政法研究》创刊号，1954年。

维埃形式是无产阶级专政的最适宜形式；二是详尽地阐明了无产阶级专政的机构，即它的体系，以及党在这一体系的领导和指导作用问题；三是解决了社会主义国家在资本主义包围下的命运问题；四是具体、详尽地阐述了社会主义经济基础和上层建筑相互关系的特征。在阐述过程中，还对苏联的宪法体制和宪法原则作了分析和介绍。在文章的最后，作者提出：中国人民，在中国共产党与毛主席的领导下，正遵循着斯大林的教导，不断地加强自己的国家政权，利用它来完成从新民主主义社会逐渐过渡到社会主义社会的事业。在全文论述过程中，充满了“天才地”、“创造性地”等词汇，这也从侧面反映出了当时法学界的潮流。

《资产阶级宪法的虚构性与危机》一文^[33]则是对资产阶级宪法进行揭露和批判的文章。该文基于列宁关于宪法本质是表现阶级斗争中实际力量的对比关系的观点，分析了资产阶级宪法的虚构性与危机。从美国、法国、德国等资产阶级宪法的内容阐述了资产阶级宪法的虚构性表现在保护有产者的私有制、宪法代表资产阶级的利益、民族种族的平等、民主权利规定的虚伪和缺乏保障权利的实际措施等方面，指出阐述资产阶级宪法的虚构性，目的就是为了揭露资产阶级宪法的阶级本质。在此基础上，文章分析了资产阶级宪法在实施过程中所已发生的危机，这表现在现代资本主义国家的民主自由已经不存在、资本主义国家统治阶级出卖国家主权等方面。从文章的论述可以看出，其依据的主要论据就是列宁、斯大林、维辛斯基等人的宪政观点。

对资产阶级宪法的批判之充分还可以从《批判资产阶级宪法的讨论提纲》^[34]中看出。该提纲首先明确了宪法的概念及马克思列宁主义关于宪法的理论，并批判了资产阶级宪法是由人民制定的人民的宪法及资产阶级宪法规定私有财产神圣不可侵犯、法律面前人人平等、民族平等等方面的内容，并对民约论、三权分立、宪法是人民权利的保障书、形式主义的宪法分类方法等资产阶级宪法理论进行了批驳，最后指出了资产阶级宪法所存在的危机。这一提纲几乎把资产阶级宪法的所有内容和原则批判得一无是处。法学界的这些观点，与毛泽东所言的“英国也好，法国也好，美国也好，资产阶级都有过革命时期，宪法就是他们在那个时候开始搞起的。我们对资产阶级民主不能一笔抹杀，说他们的宪法在历史上没有地位”相比，显然要偏激、有失公允得多。

同时，《政法研究》从其创刊号开始就连续刊登了根据1953年苏联国家出版局出版的《法学辞典》等翻译过来的法学名词释义，其中属于宪法范围的词汇就有国家、社会主义国家、宪法、国家机器、国家权力、国家管理、政府、民主集中制、苏联经济基础、苏联政治基础、苏联国家权力机器、苏联国家管理机关、苏联最高苏维埃、苏联最高苏维埃主席团、苏联部长会议等。^[35]这些宪法词汇还被翻印汇编成册，作为学习我国宪法的参考资料，普遍被宪法学界所引用。^[36]

作为新中国创刊比较早且持续发行时间相对比较长，并有全国性影响的政法类的杂志——《政法研究》，它所登载的文章的总体特点可以反映出当时中国宪法理论界的大致情形。

五四宪法颁布实施前后理论上可以说是完全对苏联宪法学的照搬。这种照搬的影响是相当深远的。1956年，国际国内发生了两件对中国社会历史进程产生重大影响的事件：一是苏共二十大对斯大林错误的揭露；二是中共八大的召开并宣布中国进入社会主义社会。这两者对宪政的实践与理论都产生了影响。1956年4月及12月，《人民日报》先后发表了《关于无产阶级专政的历史经验》和《再论无产阶级专政的历史经验》两篇文章，明确表明：一方面不赞成全盘否定斯大林，更不赞成因为斯大林的错误而否定社会主义制度和社会主义民主；另一方面提出要破除对斯大林和苏联经验的迷信，寻求适合我国国情的建设道路。

毛泽东在同年发表的《论十大关系》一文也体现了既要吸取苏联教训，又要结合中国国情探索自己的道路的精神。同年9月召开的中共八大也正确地分析了当时国内形势和国内主要矛盾的变化，明确提出：“我国的无产阶级同资产阶级之间的矛盾已经基本上解决，几千年来阶级剥削制度的历史已经基本上结束，社会主义的社会制度在我国已经基本上建立起来了”。

这些相对正确的原则和精神若得到真正的贯彻，必然使我国的宪政法制迎来一个新的、更具自我特点的发展时期，但历史的进程告诉我们，这只是人们的美好愿望而已。1956年之后，这些正确的原则并没有得到贯彻。相反，却很快掀起了整风和反右运动，逐步形成了阶级斗争扩大化的错误观点。这种扩

[33] 该文由严景耀所作，刊登于《政法研究》1954年第2期。

[34] 参见《政法研究》1955年第3期。

[35] 参见《政法研究》创刊号，1954年第2期，1955年第3期等。

[36] 如，华东政法学院教务处就曾于1954年12月把这些宪法名词汇编成《宪法名词解释》加以刊印，以作为中华人民共和国宪法学习参考资料之一。

大化的过程又自觉地演变为自上而下、从党内到党外的违宪运动。五四宪法开始被冷落，宪法中规定的司法独立、法律面前一律平等进步的宪法原则均被作为资产阶级右派的观点而受到批判。自此之后，直到发动文化大革命，期间接连不断发生的每一次政治运动，从实质上看都是一次严重的违宪事件。本来想吸取苏联教训，却事实上演变成成为重演斯大林错误的悲剧，探索走一条适合国情的宪政新路的努力也发生了逆转。

由于宪法虚无主义高涨，五四宪法逐渐被遗忘，连曾经对制宪工作投入巨大热情、把五四宪法称为“大文章”、希望全国人民每一个人都要实行的毛泽东，在1957年反右派斗争扩大化之后，竟然也说“不能靠法律治多数人，民法刑法那么多条谁记得了。宪法是我参加制定的，我也不记得了”。因此当50年代后期，苏联对斯大林的理论就开始进行批判，一定程度地抛弃了30年代开始形成的有关法律和宪法的基本理论之后，中国的宪政理论仍没有实质性的创新。如果硬说有创新的话，那也只是体现在以无产阶级专政为基础和主要内容的宪法理论更多地被作为政治口号，数量极为有限的宪法学的论文也在否定法的继承性、高唱法的阶级性的大潮流中，更加激烈地批判资产阶级宪法的虚伪性。同时，学理上对五四宪法的解释较以前更左，如认为无产阶级专政是不受任何法律限制的政权，^[37]资产阶级议会的实质完全是资产阶级对广大劳动人民实行专政的工具，^[38]等等。

从苏联移植而来的宪法基本理论，在80年代仍然有一定的影响。从这一时期一些书籍对宪法术语的解释观点中可以得到反映。

如《宪法词典》^[39]是这样解释下列宪法词汇的：

“公民基本权利”，公民依照宪法规定在政治、人身、经济、文化等方面享有的不可缺少的主要权利……。公民基本权利，在资本主义国家一般称为“人权”或“公民权”，通常在宪法上都作了普遍的规定，但是国家不提供实现权利的物质保证。……社会主义国家公民的基本权利，最早规定于1917年俄国十月革命胜利后产生的《被剥削劳动人民权利宣言》。后来各社会主义国家宪法都不仅规定公民的基本权利，而且同时规定公民实现这些基本权利的物质保证。这反映了社会主义制度的优越性。

[37] 齐乃宽：《无产阶级专政是不受任何法律限制的政权》，载《法学》1957年第4期。

[38] 韩启璋：《资产阶级议会‘两院制’的反动本质》，载《法学》1957年第5期。

[39] 该词典由吉林大学出版社于1988年出版。

“平等”，在特定的意义上，人们在政治、经济、文化等各方面所处的同等地位和所享有的同样权利。……但是，在资本主义社会中，资产阶级宪法和法律中所谓对公民平等权利的规定，实际是在保留私有制度下，保留阶级剥削和压迫的不平等条件下的平等……社会主义国家宪法和法律规定的公民的平等权利与资产阶级宪法和法律关于平等权利的规定有本质的区别。社会主义国家公民的平等权利是建立在生产资料社会主义公有制和劳动人民当家作主的基础上的，宪法和法律不仅规定了公民的平等权利，而且国家还尽可能地提供政治、法律、物质等各方面的实际平等权利的保障……。

关于“公民基本权利”与“平等”的这种解释，实际上与前述斯大林在《论苏联宪法草案》中所言的“资产阶级的宪法通常是以规定公民的形式权利为限，而不注意实现这些权利的条件，实现这些权利的可能，实现这些权利的物质条件……。新宪法草案的特点，就在于它不以规定公民的形式权利为限，而注重于保障这些权利的问题，实现这些权利的物质条件问题”极为一致。

此外，关于“生存权”，解释为“资产阶级人权发展到20世纪的典型内容之一。指公民享有维持其生存所必须的健康和生活保障权。……实际上，生存权从政治上来说，反映了稳定资产阶级统治秩序的需要；从经济上来说，是为资本家提供劳动力再生产的保证”；关于“公务员制度”，解释为“亦称文官制度，是资本主义国家关于公职人员考试、任用、考核、监督、升降、薪金、奖惩、退休和免职等的管理制度的总称。……”从这些解释可以看出，对宪法具体制度的理解仍一定程度地停留在原来已经形成的狭隘的理论层面上。

五

与立宪实践、宪法理论深受苏联影响相联系，新中国宪法学教育从体制到内容都深深地打上了效法苏联的烙印。

在新中国成立之前，法学教育在中国已经走过了几十年的春秋。清末开始兴起设立的专门性法学教育机构——法政学堂，本身就是模仿日本法律教育体制的结果。民国时期曾一度大量出现了法政学校及法学院，并在教学内容和教学管理等方面形成了一定的模式。^[40]但这些法学教育机构连同法学教育的内

[40] 据1949年统计，旧中国设有政法系科的高等学校共53所，解放后，对这些政法院系进行了调整、改造。参见《中国教育年鉴·1949-1981》，中国大百科全书出版社1984年版，第265页。

容因新中国的成立而失去了存在的前提。彻底摧毁旧法统也使法律教育发生了根本性的变化。1951年教育部制定的《法学院法律系课程草案的课程表修正初稿》规定：“讲授课程有法令者根据法令，无法令者根据政策……如无具体材料可资根据参照，则以马列主义、毛泽东思想为指导原则，并以苏联法学教材及著述为讲授的主要参考资料。”^[41]这实际上是废除“旧法统”的训令所确立的原则在法学教育中得到贯彻的结果。基于这一规定，按照苏联模式创建法律院系，邀请苏联法学专家来校上课，翻译出版苏联法学教材，就成了新中国初期法学教育的主要活动。

中国人民大学是中国在1949年之后建立的第一所大学，它于1950年成立时就设有法律系，法律系下设有国家与法权理论、国家与法权历史、国家法、民法、刑法等5个教研室。法律系按照人民大学的“教学与实际联系，苏联先进经验与中国具体情况相结合”的教育方针与本系的培养目标，开设有马克思列宁主义基础、中国革命史、中国与苏联国家与法律历史、苏联国家法、中华人民共和国国家法、民法、刑法、俄文等29门课程。从第四学年起还设有国家与法权理论、国家法、民法、刑法等4个专业，以便使学生在一般理论、专业的基础上对某一专业能有更深入的钻研。从课程内容看，系统地学习苏联社会主义的政法科学是其中重要的组成部分，因为“苏联的国家与法律科学是人类历史上最先进的社会主义的国家与法权科学。它是社会主义社会经济基础的上层建筑，并为创建、发展、巩固社会经济基础而服务的；它是苏联人民30多年在建成社会主义社会并向共产主义社会过渡的实践中所总结起来的；它有着自己的完整的体系，有着丰富的内容。因此学习苏联先进政法科学不仅有理论上的意义，而且有巨大的现实意义”。^[42]为此，在人民大学法律系初成立时，在教研室里，由苏联专家、翻译、中国教师组成若干小组，苏联专家通过翻译向中国教师传授苏联法学，中国教师当场记录，课后与翻译一起整理课堂

[41] 《中国教育年鉴·1949—1981》，中国大百科全书出版社1984年版，第266页。

[42] 关于中国人民大学法律系成立初期的概况，参见《政法院校介绍——中国人民大学法律系》，载《政法研究》1954年第2期。

笔记，第二天或稍晚的时候再按笔记向学生演讲。^[43]对此情形，董必武概括得非常明确：“人民大学法律系的教学，主要是依靠苏联法学专家的帮助，学校的教研室事实上就是苏联法学专家在向教员们进行教育，学习成绩好的已开始进行讲课了”。^[44]

就宪法而言，那时被称为“国家法”，在专业课中它被作为重要课程，并设立了人民大学法律系最早的教研室之一——国家法教研室，它的教学内容和课程设置深受苏联的影响是完全可以想象的。这种影响还表现在，这一时期由中国人民大学国家法教研室翻译、出版了许多有关苏联宪法的法规、教材及教学参考资料，如《一九一八年苏俄宪法》（1951年出版）、《一九二四年苏联宪法》（1951年出版）、《人民民主国家法提纲》（1954年出版）、《国家法基础讲义》（1951年出版）、《苏维埃国家与法权史》（1951年出版）、《苏维埃国家与法权史参考资料》（1951年出版）、《苏维埃国家法》（1951年出版）、《苏维埃国家法》（1953年出版）、《苏维埃国家法讲授提纲》（1951年编印）、《苏维埃国家法参考资料》（1951年出版）、《宪法的概念与本质》（1953年出版）等。^[45]

中国人民大学法律系既是新中国法律教育的发源地，同时在当时又担任着为全国高校法律系培养师资和从事法学研究专家的重要职能。这些听着苏联专家的讲课、用着从苏联编译过来的教材，深受苏联法学熏陶的毕业生，等他们踏上其他政法院系的讲坛时，所能传授给学生的是什么样的法学知识（包括宪法学知识）是可想而知的。当时国家对中国人民大学非常重视，在1954年召开的“全国政法工作会议”上，高等教育部明文作出规定：“中国人民大学应将所编译的苏联法学教材进行校阅，推荐各校使用”。^[46]

其实，50年代初成立的其他政法院校，虽然由于不具备中国人民大学法律系得天独厚的条件，不可能都邀请苏联法学专家来讲授课程和指导，但其教

[43] 方流芳：《中国法学教育观察》，载《比较法研究》1996年第2期。另外，在2001年7月底参加“苏联俄罗斯法学对中国法学的影响”研讨会期间，笔者曾为此专门向曾亲身经历过那一段历史的中国人民大学孙国华教授请教过，孙教授提供了宝贵的资料。据他回忆，中国人民大学先后邀请过18位苏联法学专家，开始时由苏联专家、翻译和人大教师3人一起讲课，后来就把讲稿翻译出来发给学生。

[44] 《董必武政治法律文集》，法律出版社1986年版，第431—432页。

[45] 除《宪法的概念与本质》是由人民出版社出版的外，其他公开出版的均由中国人民大学出版社出版。

[46] 《中国教育年鉴·1949—1981》，中国大百科全书出版社1984年版，第267页。

学方针之一大都是学习苏联先进的法学理论和经验,在课程设置和使用的教材方面都一定程度地受到中国人民大学法律系模式的影响。如与中国人民大学法律系同年成立的东北人民大学法律系,其教学方针之一就是全面学习苏联先进经验,在教学计划上主要是参照中国人民大学法律系和苏联高等法律学校的规定,所开设的21门专业课程中,宪政方面的课程所占比重最大,有苏联国家法、中华人民共和国国家法、人民民主国家法、资产阶级国家法、中国与苏维埃行政法等5门课程。这些课程所采用的主要是中国人民大学法律系使用的教材。同时,“为了使苏联先进经验与中国具体情况相结合,有些中国部分的课程,都是以苏联有关的科学理论及方法为指导,根据中国的现实材料,编写教学大纲和讲稿”。^[47]这一时期设立的一些政法学院在教学体制和教学内容上也是通过学习中国人民大学而深受苏联的影响。^[48]

此外,中央人民政府政务院政治法律委员会干部训练组还于1954年编印了《苏联法律学校法律专业课程教学大纲》。该书汇编了包括国家法大纲在内共14门苏维埃法律课程的大纲。编印者在该书“前言”中,说明了编印此书的原因是“鉴于目前各政法院、校编纂教材及教学大纲时缺乏必要的参考资料,政法各部门在职干部自学苏联法律专业课程时也需用简明的教学大纲”,编印此书的目的是“供各院、校作教学研究和政法各部门在职干部自学的参考”。由国家政务院的部门来汇编这样一个大纲,并向各界推荐,那这些教材体例在50年代对各政法院、系的教材体例的影响也是可以想象的。次年,高等教育部组织一部分法律教师,参考苏联历年的,特别是1955年的最新教学计划,修订了法律专业4年制统一教学计划,制订了5年制统一教学计划,并颁布实施。^[49]这又一次表明了法学教育体制上要效法苏联的目的。

50年代中期之后,由于各方面的原因使建国初期曾经有过的全面移植苏联法律的设想没有继续实施,已经移植而来的法律(包括宪法)在实施过程中

[47] 参见《政法院校介绍—东北人民大学法律系》,载《政法研究》1955年第3期。

[48] 例如,在1952年院系调整基础上建立起来的华东政法学院,初建时参照中国人民大学学习苏联先进经验,根据自己的条件,除设置4个政治理论课程和国文、俄文、体育3个教研组外,还设立马列主义关于国家与法权理论、国家法、民法及刑法等4个专业教研组,为提高师资水平,还派遣一定数量的教师离职到中国人民大学等校接受培训。于1953年院系调整时成立的中南政法学院在教学工作中,为贯彻“苏联先进经验与中国实际情况相结合”的教学方针,提出对苏联经验的学习要系统全面,从教育思想、教育方针、教学内容、教学制度到教学方法都要学习。参见《政法院校介绍》,载《政法研究》1955年第2期。

[49] 《中国教育年鉴·1949—1981》,中国大百科全书出版社1984年版,第267页。

也因种种原因而被忽视乃至被抛弃,但法学教育从建国初期就照搬苏联模式而形成的形式和内容却仍然发挥着它的惯性作用,没有发生大的变化。^[50]此后政治运动的此起彼伏,政法院系的停停办办,许多的法学专业教师因各种原因而离岗,法律教育的发展进入了不正常的时期。1978年之后,法律院系相继恢复,一批50年代政法院系的毕业生成了法学教育复兴时期的法学专业教学的主要担当者。在长期远离法学理论研究,可资参考的书籍又寥寥无几的情况下,大部分老师的授课还是脱离不了自己学生时代所受熏陶而形成的法律理念。

比如,在80年代初期接触法学领域的知识时,所接受的法理课和宪法课培养了笔者对法学的兴趣,成了法学的人门课程。在整整一个学年的授课过程中,老师讲的内容不少,但近20年过去之后,能具体回忆得起来的,没有比法理老师所言的“法是统治阶级的意志体现”和宪法老师所言的“宪法是国家根本大法,资产阶级宪法具有虚伪性,社会主义宪法具有无比的优越性”更清楚的了。90年代初期法学专业的毕业生有这种印象的可能也不是个别现象。

50年代深受苏联影响的宪法学教育在80年代还留有痕迹。一方面,这体现在大多数宪法学教材在某些内容,特别是对资产阶级宪法实践和理论的批判,与50年代教材的观点和表述没有大的差别。还是以关于公民基本权利和义务的观点为例,一些教材仍把资产阶级国家公民基本权利和义务的主要特点概括为以财产权为一切权利的核心、以形式上的平等掩盖实质上的不平等、以形式上的权利和义务的统一掩盖实质上的权利和义务的分离。^[51]姑且不论这种观点是否完全正确,但这与50年代的有关观点一脉相承是显而易见的。

另一方面,这还体现在某些宪法学教材的体例与过去的也相似之上。对照一下下列两本教材的目录就可以说明这一点。

[50] 直至今日,我国法学研究和教育机构的设置,如设立社科院法学研究所、大学法律系、政法学院、政法管理干部学院、法律学校、司法学校、法律函授班等,在学校内设立教研室作为教学研究的基本组织形式,这些仍然是照搬苏联体制的延续(当然,最近几年已对这些方面进行了一些改革)。关于苏联法学教育机构的设置和管理体制,参见李罗:《苏联法律教育简况》,载《政法研究》1954年第2期。

[51] 如由群众出版社于1983年出版的影响较大的统编教材《宪法学》,在其第342—344页就是这样阐述的。

中国人民大学法律系于50年代初作为教材使用的《苏维埃国家法》^[52]的体例如下：

- 第一章 苏维埃国家法的对象、体系及渊源
- 第二章 苏维埃宪法及其发展的各基本阶段
- 第三章 社会结构
- 第四章 国家结构
- 第五章 苏联、加盟共和国与自治共和国国家政权最高机关
- 第六章 苏联、加盟共和国与自治共和国之国家管理机关
- 第七章 国家政权地方机关
- 第八章 法院及检察机关
- 第九章 公民的基本权利及义务
- 第十章 选举制度^[53]

北京大学法律系主要作为宪法学教材使用的《宪法学概论（修订本）》^[54]的体例如下：

- 第一章 绪论
- 第二章 中华人民共和国宪法是历史经验的总结
- 第三章 中华人民共和国国家性质和经济制度
- 第四章 国家结构
- 第五章 国家的政权组织形式
- 第六章 公民的基本权利和义务
- 第七章 国家行政机关
- 第八章 司法机关和检察机关
- 第九章 选举制度

[52] 据笔者所查，此教材有两个版本，即1951年版与1953年版，编印者均是中国人民大学国家法教研室，所不同的是，前一个版本只是厚厚的1册，后一个版本分为4册。还需说明的是，所查到的前一版本在第6章与第8章之间，是苏维埃国家与法权史的“第七讲苏联的成立”的内容，这显然是编印上的错误，其他9章的内容与后一个版本完全一样。

[53] 该教材在第一、第二两章安排宪法的基本问题和历史演变的内容之后，再按照1936年苏联宪法的结构逐章编排，这样的体例在苏维埃国家法教材中比较典型。这可从1951年4月经苏联司法部学校管理司批准的《苏维埃国家法教学大纲（法律学校用）》的体例与它几乎相同得到验证。这个教学大纲被汇编于中央人民政府政务院政治法律委员会干部训练组于1954年编印的《苏联法律学校法律专业课程教学大纲》中。

[54] 此教材由萧蔚云、魏定仁等编著，北京大学出版社于1985年出版。

第十章 国旗、国歌、国徽和首都

这两本教材在体例上最大的区别是，前者没有“国旗、国歌、国徽和首都”一章，除此之外，区别并不大。后者第一章为“绪论”，但实际的内容也是宪法的对象、体系及渊源等基本问题；第二章为“中华人民共和国宪法是历史经验的总结”，但其内容是我国宪法各个历史阶段的演变概况。前者的第三章为“社会结构”，其内容涉及国家性质、经济制度等基本问题，第五章的内容是关于苏维埃的政体制度，第六章的内容是关于各级行政机关，此外，由于苏联是联邦制国家，所以单设“国家政权地方机关”一章。

从以上对照可以看出，这两本教材虽然在有些章的名称上有差异，个别章的次序安排不同，但后者在结构上效仿了前者的观点应是站得住脚的。毕竟这两部教材是基于两个国家的不同宪法而编写的，而且在编写时间上先后间隔了30多年。

六

从以上关于20世纪50年代中国宪政实践和理论的回顾和分析可以看出，新中国宪政制度从其发端之时就走上了移植外来法的道路。虽然这不是中国宪政领域移植外来法的第一次实践，但它与此前任何时期的宪政领域所进行的移植外来法活动相比，具有鲜明的特点：

一是移植对象专一。50年代中国的宪政主要是在效法苏联的基础上逐渐形成并得以演变的，虽然1953年选举法和1954年宪法都没有完全照搬苏联的体制和内容，但它们仍分别是以苏联的选举条例与1936年苏联宪法为模式而制定的，而宪法理论和宪法教育对苏联的效法比立宪活动更加彻底。50年代后期开始，由于各方面的原因，宪法领域效法苏联的活动在形式上似乎已趋于停止，但从前面的阐述可以看出，这种停止仅仅是形式而已。如此长时期效法苏联模式，这与近代时期宪政领域在选择模式上的反复无常相比，绝对算得上是非常专一的了。

清末的《钦定宪法大纲》作为中国历史上第一个宪法性文件，它是取鉴近代日本宪政体制的结果，仅仅过了3年时间，它就被较多体现英国宪政精神的《十九信条》所取代。不久，推翻清皇朝统治以后颁布的1912年《中华民国临时约法》虽然在体制和内容上有很多创新，但主要是学习美国经验的结果，并且很快又被具有较多专制内容的“袁记约法”所取代。此后，近代中国各个时

期的宪政道路也仍未长时期地平静过，每一次较大的变化实际上都一定程度地体现了在取鉴模式上的重新选择。所以说，相对而言，50年代开始的对苏联宪法的移植要专一得多。

二是移植方式多样、积极。在50年代，为了移植苏联宪法，不仅邀请苏联专家来华开设讲座，讲解苏联宪法制度和理论，有的学校还专门聘请苏联法学家担任法学专业的授课教师，同时还以政府名义下令翻译苏联宪法论著，编写以苏联教材为模式的宪法学教材，把积极学习苏联经验的大学树为模范加以扶持，^[55]还专门派遣人员去苏联学习和研究苏联法律。方式的多样化折射出这一时期主观上对于移植苏联法的积极、自愿态度。尽管这种态度一定程度也是因为外交压力的结果，但比起近代时期的那种仅仅是为了自己皇位的稳固，为了多争取外援来夺得国家的统治权而迎合借鉴一些外国的宪政制度要积极得多，毕竟50年代的效法苏联是发生在国家政权确立之后，是出于更好地建设、发展国家的目的而进行的。

三是移植范围广泛。选举法虽然只是效仿了苏联模式，但苏联选举条例的规定还是影响了我国选举法所规定的选举原则、选举程序、选举机构、选举费用等主要内容。同样，五四宪法没有照搬苏联宪法，但宪法中所规定的主要国家机构的设置、组成、职权及公民基本权利的种类、保障，还有义务的种类等，都与苏联宪法的规定相同或相似。而宪法理论和宪法教育对苏联的几乎可以称得上是完全照搬的移植，则更是说明了移植范围的广泛性。从宪政实践到宪政理论，均受到苏联模式的广泛影响，这是近代中国所不曾出现过的，在世界的法律移植史上也是不多见的。

50年代中国对苏联宪法所进行的具有上述特点的移植，对中国的宪政乃至整个法制的影 响是十分深远的。在此最想说明的是，那种把发生在中国50年代后期开始长达20余年的政治悲剧完全归咎于法制建设（主要是宪政制度）的效法苏联模式的观点是值得商榷的。因为，宪法移植后实施的不成功，固然可能是因为被移植宪法自身的不足，也有可能是由于移植过程的失当，但更主要的应该是移植国本身各方面条件的不良或欠缺。

第二章 民商法律

【按语】许多人认为中国人受传统思维 and 传统法律文化的影响，对编纂民商法典不感兴趣或是没有能力，所以新中国成立至今还未能推出一部民法典。本章内容显示，事实上，从清末立法改革起的100年时间，中国从来没有停止过在移植外国经验的基础上起草自己民商法典的工作，中国法学家也从来没有停止过在这一领域里思考与贡献智慧的活动，只是由于种种法律之外的因素，才使中国现代尤其是新中国的民商立法活动落后于西方世界以及周边国家与地区。

本章分7个专题，对上述这100年时间内中国法学界在民商法典编纂方面的经验与教训作了比较系统和全面的介绍和评述，并提出了若干建设性的意见。

中国近代民商法的嚆矢

——清末移植外国民商法述评

法律文明曾是中国古代文明的重要组成部分，历史悠久且比较发达。但是，在建立于自给自足经济基础之上的专制制度下，重士贱商之观念积久，法律强调的是维护君主专制和宗法特权，否定和排斥人的价值和个人的权利、自由。这不仅影响了商品观念的发展和传播，而且反映在法律体系上，从《法经》到《大清律例》，虽也包含若干的民商事法、程序法及行政法等规范，但基本上都是民刑不分、实体与程序混杂的诸法合体、以刑为主的结构。

一般认为，在上述条件下，体现调整、保障私权的民商法，尤其是物权和

[55] 如1954年4月12日至21日，高等教育部召开中国人民大学教学经验讨论会，总结推广该校学习苏联，进行教学改革的经验。当时的高等教育部副部长杨秀峰在会议闭幕时讲话指出：中国人民大学学习苏联的经验，对其他高等学校都适用，各院校要根据具体情况，有计划、有步骤地采用，逐步达到全面地、系统地学习。参见中央教育科学研究所编：《中华人民共和国教育大事记1949—1982》，教育科学出版社1983年版，第101页。

债权方面的内容,在法典中所占比重必定较少,条文也必然简单。^[1]民商事习惯虽然并不罕见,但这些习惯与近代意义上的体现私权特征的民商法原则和内容尚有很大差异。而且,依存于封闭、专制条件下的民商法也谈不上受什么外来法律的影响。

1840年爆发的鸦片战争揭开了中国近代史的序幕,中国社会的各个方面自此发生了重大变化。但从法律领域看,其变化的进程则相当缓慢。直至20世纪初清政府垮台前的最后10年,封建的法律从制度和体系上才开始发生根本性的变革,中国的法制开始走上近代化的道路。封建时期比较薄弱的民商法也迎来了急速变化、发展的契机。也就是从那时起,已有一定发展历程并在形式和内容上已形成特色的西方的民商法开始对我国产生实际的影响。

一、民商法理论的输入

翻译外国民法典及编译外国民法专家的论著,是清末西方民法传入中国的主要手段和体现,也是其对国民商立法发生实际影响的前奏。

在鸦片战争之前,中外虽然有一定的交流,但一直以中央大国自居的中华帝国,对其他国家,尤其是欧洲、美洲的情况(包括法律)的了解少得可怜,而且可以说,根本就没有了解的欲望,更别说是翻译外国的法典。

鸦片战争的失败,在中国的开明官僚和学者中引起了极大的震动,他们开始去了解“西洋岛夷”,坚持改革的士大夫魏源把林则徐在鸦片战争期间提出的“师敌之长技以制敌”的口号发展为“师夷长技以制夷”的主张。从此,师夷作为自强御敌的主张被普遍接受,初是师夷之器物,后转向师夷之制度文化,在有识之士中形成了“今日立国,不能不讲西法”的共识。为了师夷之法律,所采取的一项重要措施就是开始翻译出版西方国家的著名法典和法学论著。

1862年北京同文馆的设立,揭开了中国官方有组织地正式引进与翻译西方法律、法学著作的序幕。其后,上海、广东等地纷纷效仿,从而形成了数十个公私出版机构引进、翻译西方法律和法学著作的潮流。但是,从“门户开放”至“洋务运动”的兴起,引进的法学译著以公法类为主。据不完全统计,

[1] 其实,对于如何理解“民法”的语义、中国古代有无民法、民法发达与否等问题,在学术界还是有不同意见的。对此,徐忠明先生在其《从西方民法视角看中国固有“民法”问题——对一种主流观点的评价》一文中有关较详尽、客观的阐述。该文载何勤华主编:《法的移植与法的本土化》,法律出版社2001年版。

自同治初年(1862年)至甲午战争为止,各地翻译公法类书籍达40余部。外国民法典及私法类论著的翻译引进相对滞后,虽然并不是毫无涉及。

1880年,在当时刑部尚书王文韶倡导下,在同文馆任教的法国人毕利干(Billequin, ? - 1894),将《法国民法典》译成中文,定名为《法国律例》,这是我国历史上第一部由官方组织系统翻译的外国法典。该书翻译出版之后被一再加以翻印,曾被作为法学教育的教学用书,并成为清代翻译引进外国法律中印量最大的书籍之一。^[2]

对此,还有另外一种说法,即虽然也认为是毕利干翻译了《法国律例》,但其内分《刑律》、《刑名定范》、《贸易定律》、《园林则律》、《民律》、《民律指掌》六部分,这些实际上就是当时法国的刑法、刑事诉讼法、贸易法、森林法、民法和民事诉讼法。其中的《民律》在这部译本中所占的比重大,几乎占全书的一半(全部译本共45册,《民律》占22册),它实际上就是1804年颁布施行的《法国民法典》。其中的《贸易定律》“系陈明一切商贾交易之事,并于一切运载各货或系雇赁车船,并车夫水手及铺户生意赔累倒行打帐等事,均归《贸易定律》,因案例衡之”,它实际上就是《法国商法典》的简译本。由于当时中国的社会环境及该法典的翻译水平较低下,使这本世界化法典的中译本的问世,在当时的中国社会并未引起什么反响。^[3]

笔者在上海图书馆查找到了同文馆1880年聚珍版的《法国律例》,上述后一种说法基本正确,但是其全部译本共46册,^[4]而且其中的《贸易定律》(共6册)实际上就是1807年《法国商法典》的全译本,共648条。^[5]这一翻译工作的意义是不能完全被否认的,其中之一方面即是“刺激法律界中人,走出传统,扩大眼界,更新法律知识和观念,使中国法律,走出旧格局,朝世界

[2] 田涛、李祝环:《清末翻译外国法学书籍评述》,载《中外法学》2000年第3期。

[3] 李贵连:《沈家本与晚清变法修律》,载张晋藩主编:《二十世纪中国法治回眸》,法律出版社1998年版,第33-34页。同时参见李贵连主编:《二十世纪的中国法学》,北京大学出版社1998年版,第284页。

[4] 除《民律》占22册外,《刑律》为4册,《刑名定范》为4册,《贸易定律》为6册,《园林则律》为2册,《民律指掌》为8册。

[5] 《法国律例·凡例序》非常明确地指出:“其所制之民律,系制定民间一切私利之事也,而此民律复分为三纲,共计二千二百八十一条……其所制民律指掌,系制定各项范围以使人人行其所执之权也。一遇因事到官,考其所执之权是否切实,如无异议,则其所执之权系为牢不可破之权,应令照权遵行”。

化方向发展”。〔6〕

19世纪下半叶,改良思想家们也已经意识到仿照西法制定民商律的重要性。如郑观应提出,国家应从速制定商务通例、税则等,“如有新出奇器,准给独造执照,及仿西法颁定各商公司章程,俾臣民有所遵守,务使官不能剥商”。〔7〕戊戌变法运动前后,改良思想家们也曾建议制定民商律。如康有为提出:“宜采罗马及英、美、德、法、日本之律,重定施行,不能骤行内地,亦当先行于通商各口,其民法、民律、商法、市则、船则、诉律、军律、国际公法,西人皆极详明,既不能闭关绝市,则通商交际,势不能不概予通行。然既无律法,吏民无所率从,必致更滋百弊。且各种新法,皆我夙无,而事宜,可补我所未备,故宜有专司,采定各律以定率从”。〔8〕他的仿照西方法律、创建包括民商法在内的近代法律体系的观点无疑是非常明确的。

甲午战争的失败及“戊戌变法”运动之后,要求了解、效法外国法律的呼声进一步高涨,一些朝廷重臣也开始认识到效仿西方变革旧法的必要性。如张之洞与两江总督刘坤一一起于1901年上奏了仿行西方进行变法的《江楚会奏变法三折》,其中的第三折明确指出,应采纳西方4种主要法律,即《矿律》、《路律》、《商律》和《中外交涉刑律》。并且指出,在制定上述4律的同时,应在总理衙门内,设立相关的法律学堂,翻译外国法律书籍,培养法律人才。

这些条陈正合处于内外交困中、且日渐意识到要维护统治地位须变法图强的清王朝的旨意,因此大得慈禧之赞誉:“事多可行,即当遵照所陈,随时设法,择要举行”,清廷还进一步表示,要“集思广益,博采群言,逐渐施行。择西法之善者,不难舍己从人;救中法之弊者,统归实事求是”。1902年清廷再次下诏:“……况近来地利日兴,商务日广,如矿律、路律、商律等类,皆应妥议专条。著各出使大臣,查取各国通行律例,咨送外务部。并著责成袁世凯、刘坤一、张之洞,慎选熟悉中西律例者,保送数员来京,听候简派,开馆纂修,请旨审定颁行。总期切实平允,中外通行,用示通变宜民之至意”。〔9〕

1903年清政府设立了商部,它成为清政府制定商事法及相关法律的主要机构之一。商部之下设立律学馆,主要职责是翻译外洋商律各书兼及路矿律、

招工律、保险律、报律并各国条约。此外,还设立中外法制调查局,其宗旨是“在据专门学理,调查中外各国法制,以广供公私之用”。〔10〕在此背景下,沈家本、伍廷芳受荐担任修律大臣,进行修律活动。

由于修订法律必须“参酌各国法律”,因此,翻译外国法律以作为修订法律时的参考,就成了修订法律馆成立后的一项重要工作。从修订法律馆成立(于1904年由刑部律例馆更名而来)至1911年清王朝灭亡,在沈家本等人的努力下,仅修订法律馆就翻译出十几个国家的几十种法律和法学著作。

1907年,在《修订法律大臣前法部右侍郎沈奏修订法律请会同大理院办理摺》〔11〕中,沈家本在对“参酌各国法律,首重翻译,而译书以法律为最难”等作了一番感叹之后,也对翻译工作作了一次统计。该统计表明,在已经译出的23种及10种已译但未完的法律和著作中,以日本的为多,且以刑法的为重。〔12〕

1909年,沈家本对翻译工作又作了一次统计,此次统计表明,所翻译或部分翻译的民商法律及论著逐渐增多,并且涉及的国家也相应增加,有日本商法、德国海商法、日本民法、德国民法总则条文、法国民法、奥地利民法、日本票据法、美国破产法、德国破产法、美国公司法论、英国公司法论、日本加藤正治破产法论、日本奥田义人所著继承法等。〔13〕这一时期民商法律及论著的翻译无论在数量还是质量上,均较以前有较大改进,这些译著主要出自当时从东西洋学习政治法律归国者之手。

除官方的商部和法律修订馆组织翻译了一些西方的民商法律及法学著作以外,其他的团体和个人也在进行这一项工作,尽管所翻译编印的民商法类的法律和法学著作在数量上也不能与同时期的宪政、刑法类的书籍相比。现就已经掌握的资料,对这些著作作些介绍。

陈武、刘泽熙编的《商法》(东京井木活版所1905年出版)。该书内容更

〔10〕《中外法制调查局规则》,载《东方杂志》第1年(1904年)第4期。

〔11〕参见《东方杂志》第4年(1907年)第10期。

〔12〕对这一时期热衷翻译日本法典和法学论著的原由,沈家本曾作过清楚的解释:“将欲明西法之宗旨,必研究西人之学,尤必编译西人之书。……则欲取欧美之法典而译之,无论译者之难其人,且其书汗牛充栋,亦译不胜译。日本则我同洲同文同种之国也,译和文又非若西文之难也。……方今朝廷孜孜求治,锐意求新,不惮改弦而更张之,得是书为考镜之资,于变通尽利之方,良多裨助,以视编译西书,事半功倍焉。”参见《新译日本法规大全》“序”,商务印书馆1907年版。

〔13〕李贵连:《沈家本传》,法律出版社2000年版,第210-211页。

〔6〕李贵连:《沈家本与晚清变法修律》,载张晋藩主编:《二十世纪中国法治回眸》,法律出版社1998年版,第35页。

〔7〕《盛世危言·商务五》。

〔8〕汤志钧编:《康有为政论集》(上册),中华书局1981年版,第215页。

〔9〕转引自李贵连:《沈家本传》,法律出版社2000年版,第202页。

似比较商法，其论述以日本商法为主要依据，主要参考的也是日本商法的有关论著，这在该书“例言”中有非常明确的说明：“本编依据法学博士志田钾太郎讲义，参考诸书而成。兹将参考书目列举于后：志田博士日本商法论及商法要义、丸山长渡商法要义、松本蒸治商法原论、岩田一郎商法总则、青田众司商行为法、志田友吉商行为法、加藤正治商法总则、内池廉吉商业通论”。

湖北法政编辑社编辑并于1906年出版的法政丛编之一的《商法》，该书的“例言”非常明确地表明了内容来源：“本书以法学博士志田钾太郎讲义为根据，分为6编，每编参以专门大家之学说。如第1编及第2编则参考松本蒸治之商法原论，第3编则参考以青木彻二之会社法论，第4编则参考田阪友吉之商行为讲义及栗律清亮之保险法，第5编则参考冈野敬次郎之手形（票据）法论，第6编则参考青木彻二之海商法论”，并且“书中名辞概用日本原语”。

（日）富井政章所著的《民法原论》，由陈海瀛和陈海超译，商务印书馆于1907年初版，1911年再版。富井政章是日本著名的私法学专家，他直接参与了日本明治民法的起草工作，他的这一论著在日本近代民法学界有非常大的影响。

陈时夏编译的《商法会社法》（天津丙午社1907年出版），该书是根据日本松波仁一郎关于《会社法》的讲述编译的。

陈鸿慈编译的《商法海商》（天津丙午社1907年出版），该书是“据日本海商法学家青木彻二氏的著述及志田钾太郎的讲授编译而成”。

（日）梅谦次郎所著的《民法要义》，共有5编（卷），由商务印书馆于1910年至1911年间分别出版，译述者有孟森、陈承泽等。该书按照日本1898年民法典的体例，分别对日本民法的具体制度作了详尽的阐述。作为直接参与日本明治民法起草工作的著名私法学家，梅谦次郎的这一论著具有很强的权威性。

（日）松波仁一郎著的《商法论》，于1911年由商务印书馆分为《商法论（总则编、会社编）》、《商法论（手形编、海商编）》、《商法论（商行为编）》出版。

以上论著全是有关日本民商法方面内容的阐述。总体而言，这一时期涉及其他外国民商法内容的著作不多。其中，比较有影响的有：（英）甘格尔编著、胡貽谷翻译的《泰西民法志》（上海广学会1902年出版），该书主要介绍了法国、英国等西欧国家民法内容、立法旨意、立法活动及法学家的学说等，商务印书馆于1912年再版了此书；（瑞士）买利著、潘承鐸译的《国际民商法论》

（中国图书公司1908年版），该书不是按国别来介绍各国的民商法制度，而是在阐述债权、物权、票据、海商等重要的民商法律制度时，再具体涉及德、意、法、葡、匈及瑞士等国民商法典的相关规定。

清末还出版过一些法政类杂志，如《法政学交通社杂志》（1906年创刊）、《（欧美）法政介闻》等。其中，后者主要是介绍欧美等国的法律、政治方面的理论和制度的。但由于这一时期正值清政府实行预备立宪之际，因此这些杂志的内容大都涉及宪政方面，民商法方面的内容仅仅是略有涉及。比如该杂志的第1期刊登了“德意志帝国民法全书”，主要的内容是德国民法典的第1条至第34条及有关这些条文的解释。而《法政学交通社杂志》的第2号（1907年）也刊有杜光佑的“论商法上手形（票据）之性质及其作用”，该文结合欧、美、日等国的票据法内容，阐述了票据的性质、历史及作用等。其他的法政类期刊，如《译书汇编》、《预备立宪公会报》等也发表了一些由留学生们翻译、编译的国外民商法学名家的论著。

关于这一时期民间翻译外国民商法律法规的工作，特别值得一提的是南洋公学译书院（实际上组织当时在日留学生）初译、商务印书馆编译所补译校订的《日本法规大全》（商务印书馆1906年出版），它共分25类80册400万字，包括民法、商法等在内的几乎日本近代所有的法律都被汇编在内。并后附解字一册，实际上是一部日本法规的小辞典，对全书的主要法律名词都作了简释，当时中日政界、学界的名人，如载泽、沈家本、大隈重信、织田万等12位名人为之作序。翻译此书的目的无非是想通过日本这一桥梁来学习和引进西方法律。^{〔14〕}

此外，清末法学教育也受到了外国民商法的影响。1904年清政府建立了中国有史以来的第一所法学教育专门机构——直隶法政学堂。在此后的5年里，大大小小、公立与私立的法政学堂逐渐遍布全国。^{〔15〕}法政学堂的设立，

〔14〕 邹振环：《影响中国近代社会的一百种译作》，中国对外翻译出版公司1996年版，第216-220页。

〔15〕 关于清末法学教育机构的设置及机制的详情，参见王健：《中国近代的法律教育》，中国政法大学出版社2001年版，“第三章法律学院”及“第四章近代法律教育机制的形成”。

法政学堂的课程设置、教材、师资无不深受外国（尤其是日本）的影响。^[16]各校讲授的课程，除“大清律例要义”等少数课程属中国法之外，其余都是有关外国法的介绍和比较的课程。同时，还聘请了外国法学专家讲授法学课程。据不完全统计，1897—1909年间，13所法政学堂共聘请了58名日本教授。^[17]其中，有些日本教授又作为顾问，直接参与了清末民商法律、法规的起草。如受聘于京师法律学堂的松冈义正和志田钾太郎两位教授就曾帮助起草民律与商律的工作。而这两位日本民商法专家的讲义则被整理汇编出版，^[18]并且成了当时中国学者编写民商法方面论著的主要参考资料。而与此同时，在日本，还开设了专门针对中国留学生的法政速成科，其主旨就是为了“教授清国现代应用必要之学科，速成法律、行政、理财、外交之有用人才”。^[19]这些在短时期内接受日本法律课程培训的中国留学生，也是清末把日本民商法学理论和法律制度传播至中国的不可忽视的主体之一。

在清末这一时期，无论是官方机构还是民间组织，都较偏爱翻译和编译日本的民商法规及论著，这是有原因的：一方面，是各界人士都看到了日本效仿德国建立近代法制所取得的成功，包括日本较为顺利地参考德国的民商法典草案而制定了比较符合日本近代社会实际的明治民法和明治商法；另一方面，当时出国学习法政的留学生也以去日本的为最多，^[20]精通日语的法律人才较多。

[16] 《修订法律大臣沈、伍会奏请专设法律学堂摺》明确提出：“日本变法之初，设速成司法学校，令官绅每日入校数时，专习欧美司法行政之学，昔年在校学员现居显秩者颇不乏人。宜略仿其意，在京师设一法律学堂。……一曰定课程，查大学堂章程内，法律学门所列科目，其主课为法律原理学、大清律例要义、中国历代刑律、中国古今历代法制考、东西各国法制比较、比较各国宪法、比较各国民法及民事诉讼法、各国刑法及刑事诉讼法、各国商法、交涉法、泰西各国法……即照所定学科酌量损益，分延中外教习，逐日讲授。……”此摺载《东方杂志》第2年（1905年）第8期。

[17] 方流芳：《中国法学教育观察》，载《比较法研究》1996年第2期。

[18] 如前文所述，两位专家的讲义不仅曾被天津丙午社及湖北法政编译社等编译出版过，而且，在1911年前后，安徽法学会出版了根据京师法律学堂专家的讲义整理汇编而成的系列丛书——《法学丛书》（共22册），在此丛书中，也包括了根据松冈义正的讲义并参考其相关论著编写而成的《民法总则》、《民法债权总论各论》及《破产法》、根据志田钾太郎的讲义并参考其相关论著编写而成的《商法总则》等。由于他们直接参与清末民商法规的起草，因此从这些书中不仅能了解到日本相关民商法的体例和内容，也能一定程度地了解到当时已经起草完毕的或正在起草的清政府的商律、民律及破产律等的形式和内容。这些著作由熊元楷、熊元襄等人编译。

[19] 《日本法政速成科规则》，载《东方杂志》第1年（1904年）第5期。

[20] 关于近代法学留学生的详细情况，参见郝铁川：《中国近代法学留学生与法制近代化》，载《法学研究》1997年第6期。

此外，日本与中国在地理位置上的相近及人文特性上的相似也是不可忽视的原因。

清末翻译外国商法典及编译外国商法专家的论著，在中国民商法史上是有十分重要的意义的。

一方面，这些民商法规、论著的刊印和出版，把近代民商法的概念、术语传播到了中国，现从《英德法日政法名词表》（商务印书馆1912年出版）摘录若干民商法律术语以作为佐证。

1. Civil law (英) Civilrecht (德) Droit civil (法) 民法 (日)
2. Commercial law (英) Handlarecht (德)
Droit commercial (法) 商法 (日)
3. Commercial transaction (英) Handelsgeschaft (德)
Acte commercial (法) 商行为 (日)
4. Formal contract (英) Formalvertrag (德)
Contrat formel (法) 要式契约 (日)
5. Natural person (英) Naturperson (德)
Personne naturelle (法) 自然人 (日)
6. Juridical person (英) Juristische person (德)
Personne morale (法) 法人 (日)
7. Representation of mandate (英) Auftragsvertretung (德)
Representation de mandat (法) 委托代理 (日)
8. Civil responsibility (英) Zivilverantwortlichkeit (德)
Responsabilite civile (法) 民事上之责任 (日)

从上面摘录可以看出，我国近代以来所使用的民商法律基本用语在那时已经通过日语中的汉字被输入至中国，这正验证了该书“凡例”所言：“日本政法名词大都用汉文本义，而吾国近年法令公牍所用政法名词亦多取材于日本书，故汉文政法名词与日本政法名词同者十之七八，不同者十之二三，即有不同而意义亦可相通”。考虑到书的出版需要一定时间这一因素，可以断定，在清末，这些民商法律词汇已经通过日本陆续传入中国，此词典只是系统地进行汇编罢了。日语中的大多数汉语法律词汇又是在明治维新之后日本法律近代化的过程中，法律专家们对法、德、英等国法律词汇进行解释、创制的结果。就这样，20世纪初期，以日本为中转站，在引进西学的热潮中，在较短的时间里把西方近代法律概念（包括民商法律术语）移植到了中国，其中大部分一直

沿用至今。

另一方面,这些民商法规、论著的刊印和出版,也把外国的民商法制度和理论介绍到了中国。同时,近代中国民商法学就是以介绍外国民商法律制度、编译外国专家的民商法论著为发端的,这影响到其后很长时期的中国民商法学研究。如由王去非著的《商法原论》(1931年出版)仍然是以清末就在中国有较大影响的日本商法专家的有关论著为主要参考资料,对此,作者在该书“凡例”中直言不讳:“本书重要之参考,为青木彻二商法总论、松波仁一郎商法论总则编、松本蒸治商法原论、志田钾太郎日本商法论总则及商法要义”。同样,屠景山著的《破产法原论》(上海大东书局1933年版)也在该书“例言”中写道:“本书所用之参考书有松冈义正破产法讲义、加藤正治破产法讲义、加藤正治破产法研究……”。民国时期的许多民商法论著大多如此,其体系和内容都受到了清末编译的一些外国民商法论著的影响。

此外,这些民商法规、论著的刊印和出版,还为这一时期的民商立法借鉴外国相关制度提供了参考资料,为进行私法领域的法律移植活动奠定了基础。

二、清末商事立法对外国法的吸收

清末法律改革的初期主要是改造旧律,即参照西法,对《大清律例》进行改造,但该《大清律例》关于民事规范的规定甚少,关于商事的几乎无所涉及。随着形势变化,转而把依照西法制定新律作为最重要的任务。清末民商立法实践移植外国法首先表现在一系列商事法的起草、制定上。

(一)《钦定大清商律》

鸦片战争以后,近代中国被西方列强强行拖入世界资本主义经济的旋涡之中。外国资本主义广泛深入中国市场,日益动摇着传统的自给自足的封闭的社会经济结构,使中国的民族经济遇到了巨大的压力,但同时,新的经济运作方式也对中国工商业起到了极大的刺激作用。^[21]经济关系的变化,导致社会结构的变动,资本主义社会的意识形态也随之渗入,使原来的社会关系、传统文化思想的绝对价值观几乎濒临破灭。

近代中国资本主义商品经济的产生和经济结构的变化,客观上要求一定的商事法律制度与之相适应。中国封建王朝长期奉行的重农抑商政策、工商业者得不到法律保障的弊端日渐显现。20世纪初,在内外压力下,清朝统治者也

从欧美列强以工商立国而臻于富强的事实中获得启示,大力推行振兴工商业的政策。其实际步骤是下谕设立商部,并特别提出要率先拟出商律以尽快颁布施行。一些督抚大臣,除前述刘坤一、张之洞等上奏要求仿照欧美等国制定商律外,李鸿章也指出:“泰西各邦,皆有商律专以保护商人,盖国用出于税,税出于商,必应尽力维持,以为立国之本”。虽然李鸿章提议制定商律的立足点是为了向商人收税,以作为立国之本,但其提出的仿行西法制定商律的要求也是非常清楚的。^[22]商约大臣、工部尚书吕海寰也提出:“诚以修订全国律例,乃更定商律之提纲,更定商律为收回治外法权之要领。然非参考各国通律,斟酌尽善,恐外人不能遵守。拟请飭下外务部刑部商部博采欧美律例,从速酌拟条款并通”。^[23]这一要求尽快仿照西法制定商律的出发点也不是要实行商法的近代化,而是更多地立足于使外人能够遵守,以达到收回治外法权的目的,但同样包含了制定商律的呼声。

清末仿照西法制定的第一部新法即是《钦定大清商律》。1903年,清政府命载振、伍廷芳起草商律,是年12月,起草完毕上奏后定名为《钦定大清商律》,它由“商人通例”(9条)和“公司律”(131条)两部分组成,^[24]该商律是按照西方资本主义法律模式修订新律的第一个成果,它以“模范列强”的面目出现。

一般认为,近代商法起源于中世纪欧洲的商人法。商人法是指调整商人之间因商事活动所产生的各种关系的一系列习惯和法律的总称,由规范内陆商业活动的商法和规范海上商业活动的海商法两部分组成,它是随商业的复兴、发展和自治城市的产生而逐渐形成的。从中世纪中期到近代初期,一大批调整单方面商行为的制度和法律规范逐渐出现,并在体系上逐步完善起来,主要内容涉及商事管理、商事票据、商事公司及银行和商业信用等。

中世纪末期,欧洲大陆国家相继制定商法典,其中,法国的1673年《陆上商事条例》和1681年《海事条例》的影响最大,前者的主要内容有商事裁判管辖、商人、票据及破产等方面,后者则包含海上法规的总体。19世纪初期,法国继制定实施民法典后,1807年又在继承、吸收《陆上商事条例》和

[21] 关于清末中国的商业概况,参见冯承钧:《中国商业概观》,载《东方杂志》第7年(1910年)第1期。

[22] 朱英:《论清末的经济法规》,载《历史研究》1993年第5期。

[23] 参见《商约大臣工部尚书吕奏请速订东西通行律例以保主权而开商埠片》,载《东方杂志》第2年(1905年)第6期。

[24] 关于“商人通例”与“公司律”的具体内容,参见《东方杂志》第1年(1904年)第1期。

《海事条例》的基础上，制定了统一的商法典。它是近现代各国商法的源泉。此后，欧美国家纷纷效仿，从而形成了关于商事立法的不同体系。

一是以法国为代表的商法体系。它以1807年《法国商法典》为代表，该法典分为4编，即商事总则、海商、破产、商事法院，它是大陆法系国家第一部正规的近代商法典，其主要内容特征是以商人与商行为两者为中心点而划定商事之范围，即以折中主义（主观主义与客观主义）为制定法典的基础，否定了中世纪以来商法只适用于商人阶层的传统。欧洲大陆许多国家，如荷兰、葡萄牙、西班牙、比利时等国商法典的制定均受到法国的影响。此外，西亚、北非及中南美洲的许多国家的商法也受到法国商法的影响。

另一是以德国为代表的商法体系。它以1897年制定、1900年实施的《德国商法典》为代表。该法典是德意志帝国统一之后，在吸收以前的德国商事法规及借鉴《法国商法典》的基础上制定的。法典分为商事、商事公司及隐名合伙、商行为及海商法四编。法典对破产法、保险法和票据法等均未作规定，这些领域由单行法规调整。《德国商法典》的主要内容特征是以商人为立法基础（主观主义），把商人解释为经营商业事务的人，并对商业事务的范围作了划分。这被称为商人本位制。受《德国商法典》影响较大的欧洲国家有奥地利、匈牙利、瑞典、挪威、丹麦等。

日本明治维新之后，也很快着手制定商法典的工作。1890年邀请外国专家帮助起草的旧商法得到颁布。该法典分总则、海商法、破产法三编，公布以后，因其脱离日本国情和传统的商事习惯而遭到激烈的批评。1899年由日本专家制定的明治商法得到通过，代替旧商法而开始施行。明治商法分为总则、公司、商行为、票据、海商五编，它主要效仿的是1897年制定的《德国商法典》的体例。但它与《德国商法典》的最大区别是，把票据的有关内容规定于商法典中。在日本的学理上，没有把票据法作为特别单行法的理由，因此没有模仿德国法的形式，也不效法《法国商法典》把票据作为商事契约的一种进行规定，而是在商法典中把票据规定为独立的一编。

《日本商法典》原则上为客观主义，其第4条规定：“本法所称商人，谓用自己之名，以商行为业者”；第3条规定：“当事者之一方所为之商行为，以本法之规定，适用于双方”。推其意旨，是谓双方均系商人，适用商法，若一方为商人，而他方为非商人，其行为为商行为的，亦适用商法。但其第265条的“凡商人为营业而为之行为，皆谓之商行为”的规定则实际上掺杂了主观主

义的观念，^{〔25〕}可见，从这一方面看，日本商法典采用的是与法国相似的折中主义。

与法、德、日等国不同的是，英美等国的商法发端虽然也比较早，但并没有走上编纂商法典的道路。

20世纪初清政府的《钦定大清商律》被认为具有“模范列强”的特点。虽然它只有商人通例与公司律两部分，但其效法大陆法系编纂商法典的形式已经显露无疑。当时袁世凯、载振、伍廷芳等受命制定商律时，由于商法门类繁杂，实非克期所能告成，而筹办公司又为目前振兴商务之要图，刻不容缓，于是提前迅速起草公司律，并于卷首冠以商人通例。除这两编外，其他各编原定逐次起草，奏请颁行，但其后由于形势发生变化，商律也就没有按预定的体例被完成。

从内容上看，《钦定大清商律》也是效法了外国商法典，尤其是日本商法典的规定。

商人通例主要对商人的涵义、商业能力、商号、商业帐簿等作了规定。其第1条规定，凡经营商务、贸易、买卖、贩运货物者，均为商人；第2条规定，满16岁以上之男子得营商业；第3条规定，女子于法定之场合，得营商业，但必须呈报商部；第4条规定，妻得夫之许可书，且呈报商部，得营商业，但夫于妻之债务，不能辞其责；第5条规定，凡商人营业或用本人真名号或另立店号；第6条规定，商人贸易，无论大小，必须立有流水帐簿，凡银钱货物出入以及日用等项均宜逐日登记；第7条规定，商人每年须将本年货物产业器具等盘查一次，并造册备存；第8条规定，凡商业帐簿及关于营业之信书，要保存10年，若于10年内有丧失，要呈报商部；第9条规定，无论是商人、公司，还是店铺，都必须遵守上述第6、7、8条的规定。

以上规定表明，《钦定大清商律》以法律形式确认了商业活动以营利为目的，确认了商人的合法地位，而一反中国以往重本抑末、重义轻利的传统，这实际上是西法东渐的结果。商人通例的具体规定虽然不如《日本商法典》第1编的第2章商人、第3章商业登记、第4章商号、第5章商业帐簿的规定详尽，但仍可从中找出两者某些相似的内容。如关于商号，《日本商法典》第16条规定：“商人得以其姓，或姓名，及其他之名称为商号”；关于商业帐簿，其

〔25〕日本明治商法至今仍然是现行的商法典，但已经被多次修改。本文所引用的日本商法典的条文，是该法典未被修改时的内容，具体参见商务印书馆编译所编译的《日本六法全书》（1911年版）。

第25条规定：“商人须备帐簿，每日之交易，及其他有影响于财产之一切事项，悉当整齐明白配载之”；第28条规定：“凡商人10年内之商业帐簿，及与营业有关系之书信，须保存之”。商人通例的相关内容与中国商法典的这些规定比较相似。

公司律的规定较为详尽，具体规定了公司的组织形式、创办呈报方法、经营管理方式和股东权利等内容，它将公司分为合资公司、合资有限公司、股份公司、股份有限公司4种，这也是近代大陆法系国家商法典所通常规定的公司种类。从公司律的规定看，也主要是继受外国的公司立法。有学者认为，在其131条的内容中，“约五分之三内容仿自师法德国制度的日本，五分之二内容则仿自英国，使晚清公司律同时混合了英美法和大陆法的立法精神。因为主要是翻译搬抄外国的法令，公司律中也存在许多规定模糊的地方；同时，公司律中较少对中国传统商业行为进行规范和保护，本国商人从而难以有效配合，清政府初次进行的经济立法工作因为‘移植性’太强而难以顺利植入中国社会”。^[26]而在《商部拟定商律摺》中，也清楚地表明了起草法案借鉴外国商律的过程：“先将各国商律择要译录以被参考之资”。^[27]

从上述分析可以看出，《钦定大清商律》“脱离了我国固有的国情商情，从而使我国第一部商法出现后，便遭致社会各界的非议，其实际作用亦大打折扣”^[28]的观点是有一定正确性的。同时，也有学者认为，民法与商法有密切的关系，而且有先后之次序，在当时的中国还没有制定民律，却先制定商律，“不免有倒置之消矣！”^[29]但是，从民商立法移植外国法的角度看，《钦定大清商律》作为清末效法西方，改革传统法律的第一个成果的事实不能被否认。

(二)《破产律》

1906年，清政府又颁布了《破产律》，以补续《钦定大清商律》的内容。该法分为呈报破产、选举董事、债主会议、清算帐目、处分财产、有心倒骗、

清偿展限、呈请销案、附则等9节，共69条。^[30]制定该法主要是为了取缔破产者之诈伪倒骗，它实际上也是参考外国法与结合中国实际两方面的结果，这在《商部修律大臣会奏议订商律续拟破产律摺》中有明确的表述：“兹经臣等督飭司员，调查东西各国破产律及各埠商会条陈商人习惯，参酌考订成商律之破产一门……”。

在清政府起草《破产律》之时，当时各国破产法基本分为三种体系。一是以破产法为商法典的一部分，仅限适用于商人的破产法，当时的法国、日本旧商法就属这一体系。^[31]这被称为商人破产主义。另一是以破产法为单行法，不作为商法典的一部分，且通行于商人、非商人的一般的破产，德国、英国等国实施的就属于这一体系。第三种是破产法也为单行法，而非商法典的一部分，这与前一种体系相同，但对商人的破产与非商人的破产作不同的规定，奥地利、匈牙利等国属于这种体系。后两种都属一般破产主义。

从清政府的《破产律》看，与前述《钦定大清商律》一样，都由商部编纂，其主要目的虽然是为了保商，但非为商律中的一部分，而是作为单行法而颁布。且从破产律全篇的规定看，其重要者固然为适用于商人而编纂，但非商人也得准此而呈报破产。^[32]这在前述《商部修律大臣会奏议订商律续拟破产律摺》中对此有明确说明，认为我国民法尚未制定，虽非商人，亦不能无破产，故对于非商人准暂用本法。换句话说，若将来民法制定出来之后，关于非商人的破产则当规定得更加详尽，现只是因当务之急而规定非商人也准用该破产律的有关规定而已。可见，这属于前述第2种体系。在这种体系中，德国破产法分为关于破产的实体规定、手续规定、罚则3编，而清政府的《破产律》并不作这样区分，这与日本当时实施的破产法体例更加相似。因此从体例上说，“清国之法律立案者，参酌日本现行法实居多数”。^[33]

从内容上看，虽然商部官员强调，“统按此律，全体沿袭中国习惯者居多，

[30] 关于《破产律》的全文，参见《东方杂志》第3年（1906年）第7期。另外，据说该律是由沈家本起草，并经伍廷芳修正而成，参见梅汝璈：《新破产法草案之特征与理论》，载《中华法学杂志》第6卷第1号，1935年。

[31] 1807年《法国商法典》分为4编，其中的第3编即为破产编。日本1890年的旧商法共3编，其中的第3编为破产法，1893年被作了些修改后作为单行法而实施。1899年日本明治商法则没有破产法编，1902年日本又公布了“破产法草案”。

[32] 《破产律》第8条规定：“凡虽非商人有因债务牵累自愿破产者，亦可呈明地方官请照本律办理”。

[33] [日]加藤正次：《读大清新破产法》，王凤翥译，载《法政学交通社杂志》第5号，1907年。

[26] 邱澎生：《禁止把持与保护专利——试析清末商事立法中的苏州金帽业讼案》，载《中外法学》2000年第3期。

[27] 参见《东方杂志》第1年（1904年）第1期。

[28] 江旭伟：《中国近代商事立法之启思》，载张晋藩主编：《二十世纪中国法治回眸》，法律出版社1998年版，第188页。

[29] 陈武、刘泽熙编：《商法》，东京井木活版所1905年发行，第9页。

采用外国条文者甚少”，但对于外国法律其实并不排斥：“诚以中国官民程度未齐，国家法律只能引之渐近。各国法律虽称精美，亦不能尽行援据，致蹈过高难行之弊”。即便如此，当时上海、宁波等地的钱业商人却认为该《破产律》并未符合官员的“采用外国条文者甚少”的观点。^[34]

事实上，《破产律》的内容有借鉴外国的，也有结合本国实际的。如关于破产的种类，按照《破产律》的规定，破产者分为亏蚀倒闭与诈伪倒骗两种，这与日本破产法将之分为过怠破产与诈伪破产相同。关于破产机关，当时日本及欧洲各国都规定破产事件属法院管辖，由法院宣告破产是为通例，但根据《破产律》，以破产向地方官及商会呈报，由地方官及商会查明属实的，然后作出破产宣告，再由商会选出一名公正者作为董事来处理清理破产等一切事务。这是该《破产律》的一大特色，也是考虑到当时中国商会势力比较强盛的结果。因此这获得了学者的称叹：“观清国立案者，能注意于此，不模仿外国之条款，除时弊而置重实际之运用，可谓极当之处置矣”。^[35]

但该破产律实施之后，因官民各方对其第40条的规定发生了重大的意见分歧，^[36]于是先由商部上奏暂缓实施此条，^[37]继于1908年明令废止此律。1909年由修订法律馆调查员松冈义正草拟《破产法草案》，该草案分3编，计360条，但这仅是草案而已，并未完成立法程序。

自起草《钦定大清商律》至1907年间，清政府还颁布了其他一些应急的商事法规，如《公司注册试办章程》（共18条）、《银行注册章程》（共8条）、《试办银行章程》（共32条）、《银行通行则例》（共15条）、《大小轮船公司注册给照暂行章程》（共20条）、《出洋赛会章程》（共18条）、《运送章程》（共56条）等，这些法规涉及面广，其中有些已经具有经济行政法的若干性质。与《钦定大清商律》、《破产律》一样，这些具有急功近利特点的法规也都一定程度具有拿来主义的特点，如《试办银行章程》仿照西方银行成例，对有关认

[34] 邱影生：《禁止把持与保护专利——试析清末商事立法中的苏州金箔业讼案》，载《中外法学》2000年第3期。

[35] [日]加藤正次：《读大清新破产法》，王凤翥译，载《法政学交通社杂志》第5号，1907年。

[36] 《破产律》第40条规定：“帑项公款经手商家倒闭，除归偿成数，仍同各债主一律办理外，地方官厅应查明情节，如果事属有心，应照倒骗律严加治罪”。对于此条，商部认为这不符合向来的先洋款后官款，然后华洋商分摊的做法而坚决反对，而上海、北京等地的钱商却赞赏此条规定，因而发生争执。

[37] 参见《商部奏破产律第四十条请暂缓实行片》，载《东方杂志》第3年（1906年）第8期。

股、设立分行、股东权限、发行纸币等均作了说明和规定。

（三）“志田案”与《改订商律草案》

虽然有上述法规的出台，但由于它们在体系上和内容上的不完备，加之社会实际情况的变化，清政府在宣布预备立宪后，便又着手系统编纂商法典的工作。

1908年，修订法律馆邀请日本专家志田钾太郎^[38]起草商法典，完成的《大清商律草案》（又称“志田案”）自1909年起陆续脱稿，它共分总则、商行为、公司律、票据法、商船律等5编。这一体例与当时日本实施的1899年明治商法的分为总则、会社（公司）、商行为、手形（票据）、海商5编的结构几乎完全相同。其实，志田钾太郎在起草这一商法草案时，关于法典的体例曾前后发生变化。初起草时，他原想网罗商事法律编成商法典，这从其第1编设总则就可知道。其后，由于形势的变化，而变成了单行法主义，观其公司法、票据法、海船法等草案，均冠有法例，并均自第1条起算就足以证明这点。而从内容上看，它主要是模仿日、德两国商法典，^[39]但其中的票据法则还主要参照了《海牙统一票据条例草案》。

《大清商律草案》虽然起草完成，但并没有实施，因此“志田案”实际上只是一个私人草案而已。对于此草案，许多商会皆表示不满和抗议，认为其移植外国法内容过多，并不符合中国的商业习惯。这也遭到农工商部的抵制。但是篇幅庞大的《大清商律草案》已被认为是一切后来编纂者不可缺少的参考资料了。^[40]

在抵制了“志田案”后，考虑到当时通行的《钦定大清商律》又过于简略，无法适应工商业发展需要这一实际情况，1910年，农工商部又提出了

[38] 志田钾太郎曾在德国、法国攻读法学博士，并曾任日本学修院、东京高等商业学校和东京帝国大学的商科及法律教授，1938-1943年任明治大学校长。早在1905-1907年，他因出版了3本译著——《商法》、《商法商行为篇》及《商法总则》而获得盛誉。

[39] 据对该草案总则编共103条条文之后所附理由中注明的参照法典进行统计发现，没有明确注明参照法典的有7个条文（即第51、52、64、70、83、90、95条），注明参照日本等国除商法典外的其他法典的仅有3个条文（即第12、35、79条），而其余的93条条文则都明确或者同时参照日、德两国商法典及其他国家商法典（共有57条），或者参照日本及其他国家商法典（共有10条），或者参照德国及其他国家商法典（共有26条）。关于《大清商律草案》总则编的条文及其理由，参见修订法律馆编：《法律草案汇编》（下），1926年刊印。

[40] [美]任达：《新政革命与日本—中国，1898-1912》，李仲贤译，江苏人民出版社1998年版，第205页。

“改订商律草案”（由总则、公司两编组成），以准备为过渡之需而取代《钦定大清商律》。但草案来不及议决就因清政府被推翻而成了废案。

清末商事立法虽然仿照西法，但并没有全盘西化。其中不可忽视的原因是当时各地商会的极力抵制。20世纪初，当清政府意识到发展商业，加强商事立法必要性的同时，就于1903年在清廷设立“商部”（后称农工商部），令各省设立商务局（后称农工商部），并于1904年由商部奏定《商会简明章程》，^[41]要求官员在各地劝设“商会”。这一时期，清政府比较重视调查各地商业习惯，^[42]并在所颁布的商事立法中，有不少法律条文都赋予了商会以一定的职权。如前述《破产律》规定，商人破产，可以向商会呈报，清理破产事务也主要由商会把持；《商人通例》第3条规定，具备一定条件的妇女“均可为商，惟必须呈报商部存案或在该处左近所设商会呈明专报商部存案”。

由于有这些法律和法规的规定，各地商会依法设立后就更加积极地参与商事活动，包括介入商事立法活动。特别值得一提的是，1907年，在清政府聘请志田钾太郎起草商法典之前，商部就要求商会将各地商业习惯调查汇总后送至商部，以作为修法参考。同年，上海商务总会邀请海内外各地商会齐集上海，召开“商法草案讨论大会”，与会代表讨论编订商法的各种意见，在此大会上，通过了《商法草案提纲》，其结构依次为第1编公司法、第2编契约法、第3编破产法、第4编商行为、第5编票据法、第6编海商法、第7编总则。大会还要求各地商会在会后调查各地商业习惯，并由孟昭常等人负责联络各地商会及起草商法草案的工作。1909年，在第二次商法草案讨论大会上，对已经完成的公司法、商法总则两编的草案进行讨论。这两个草案后被称为《商法调查案》，^[43]送呈政府时，恰逢前述《钦定大清商律》已经不能适用，而法律修订馆的《商律草案》尚未出台，农工商部正准备修订公司章程之际，这样，该草案被稍作修改后，就被农工商部以《改订商律草案》而提出，只是它也没有来得及实施。该商律草案如此的出台过程，决定了其内容虽然仍然不脱效仿外国商法的痕迹，但较其他草案而言，它更加多地立足于各地的商业习惯。

[41] 该章程载《东方杂志》第1年（1904年）第1期。

[42] 清政府曾专门颁布了《法律馆调查各省商习惯条例》，该条例分总则、组合及公司、票据、各种营业、船舶等5章。参见《东方杂志》第5年（1908年）第8期。

[43] 参见上海商务总会等编辑：《商法调查案浅说》，预备立宪公会编辑所1909年发行。

三、《大清民律草案》、《著作权律》及商标法规中的外国法因素

（一）《大清民律草案》

在起草上述商事法规的过程中，制定民法的工作也逐渐展开。关于制定民法的必要性和制定民法的方法、宗旨，可从下列奏折得到一定的了解。

一是1907年的《修订法律大臣沈等会奏谨拟修订法律大概办法摺》。^[44]在该奏折中，沈家本等人在禀告刑法草案不日将告成这一情况之后，提出“应以编纂民法、商法、民事诉讼法、刑事诉讼法诸法典及附属法为主，以3年为限”，并且“拟一面广购各国最新法典及参考各书，多致译材，分任翻译，一面派员确查各国现行法制，并不惜重资延聘外国法律专家随时咨问，调查明澈，再体察中国情形，斟酌编辑方能融会贯通”。此奏折说明了包括民法在内的法典编纂的期限及起草时所应遵循的方法。

二是同年的《民政部奏请厘订民律摺》。该奏折指出：“查东西各国，法律有公法私法之分。公法者，定国家与人民之关系，即刑法之类是也；私法者，定人民与人民之关系，即民法之类是也。二者相因，不可偏废，……各国民法编制各殊，而要旨宏纲大略相似，举其荦荦大者，如物权法定，财产之主权、债权法坚、交际之信义、亲族法明伦之关系、相续法杜继承之纷争，靡不缕晰条分，分著为定律，临事有率由之准判决，无疑似之文政通民和职。由于此，中国律例民刑不分而民法之称见于尚书孔传，历代律文户婚诸条实近民法，然皆缺焉不完。……愆下修律大臣斟酌中上人情政俗，参照各国政法厘定民律……”^[45]此奏折所表达的关于仿照外国制定民法典的宗旨更加明确。

三是1911年的《俞廉三等跪奏为编辑民律前三编草案告成奏折》。^[46]1907年，清政府任命沈家本、俞廉三、英端为修订法律大臣，主持修订民律，次年，沈家本又奏请聘用日本法学家松冈义正和志田钾太郎协同调查，并由松冈义正主持起草了民律前3编总则、债权、物权，起草完后再由俞廉三等入于1911年上奏了此折。该奏折对民律前3编的起草过程作了说明，并对西方民法源流与异同作了概述，指出从罗马法到拿破仑民法典，再到日、德、俄、瑞士等国的民法，“各系以形式论，皆依罗马，不过大同小异；以实质论，各按

[44] 该摺载《东方杂志》第5年（1908年）第2期。

[45] 《民政部奏请厘订民律摺》，载《东方杂志》第4年（1907年）第7期。

[46] 参见《俞廉三等跪奏为编辑民律前三编草案告成奏折》，修订法律馆编：《法律草案汇编》（上），1926年刊印。

己国之民族，不无彼此自殊。凡此皆中外民法源流之大较也”。在此基础上，详尽说明了起草民律前3编所力求遵循的4个方面的立法宗旨：

首先为“注重世界最普通之法则”。在“瀛海交通，于今为盛”的形势下，如果华侨与其他国家的国民发生诉讼，“彼执大同之成规；我守拘墟之旧习，利害相去，不可以道里计”，因此民律所规定的各项，“悉采用普通之制，以均彼我而保公平”。

其次为“原本后出最精确之法理”。“学术之精进，由于学说者半，由于经验者半，推之法律，亦何莫不然！以故各国法律愈后出者最为世人注目”，因此“良以学问，乃世界所公，初非一国所独也”。并具体分析了民律草案中的“法人及土地债务诸规定采用各国新制”的具体内容。

再次为“求最适于中国民情之法则”。指出各国民情风俗“一则由于种族之观念，一则由于宗教之支流，则不能强令一致”，这在欧洲大陆国家如此，在我国也同样。因此，民律草案中的“凡亲属、婚姻、继承等事，除与立宪相背酌量变通以外”，一般情况下，应“务其整饬风纪以维持数千年民彝于不敝”。

最后为“期于改进上最有利益之法则”。在阐述了立足于变法新政的立法立场后，指出“特设债权、物权详细之区别，应几循序渐进，冀收一道同风之益”。

这些奏折表明了清廷官吏对制定民法典的必要性及宗旨的认识和观点，而在清廷颁布立宪诏令后，有识之士也提议制定民法典。《论中国亟宜编制民法》^[47]就反映了这样的一种思潮。该文首先提出了在中国制定属于私法的民法的重要性，并分析了西方民法的一些基本制度，如自然人、法人的含义，自然人的权利义务，法人的成立及组织等方面的内容。最后指出，“若民法者定私法上权利义务之所在及其范围，固有百利而无一害者也”。

与民律前3编的起草机关不同，亲属、继承两编，因“关涉礼教”，由修订法律馆会同礼学馆编订，这两编起草完成后也被汇入民律草案。这样，《大清民律草案》（1911年）分为总则、债权、物权、亲属、继承5编；共1569条。总则编分为8章，依次为法例、人、法人、物、法律行为、期间及期日、时效、权利之行使及担保；债权编所占条文为各编之首，达654条，也分为8章，依次为通则、契约、广告、发行指示证券、发行无名证券、管理事务、不当得利、侵权行为；物权编分为7章，依次为通则、所有权、地上权、永佃

权、地役权、担保物权、占有；亲属编也分为7章，依次为通则、家制、婚姻、亲子、监护、亲属会、扶养之义务；继承编分为6章，依次为通则、继承、遗嘱、特留财产、无人承认的继承、债权人或受遗人之权利。这一草案被称为“民律第一次草案”。^[48]

从前述立法宗旨可以看出，《大清民律草案》实际上是既移植了外国法律，同时又一定程度地保留了传统。为紧扣主题，在此，对该草案移植外国法的方面作些分析。

一方面，从形式上看。在我国传统法律中，虽然不乏民事方面的法则和习惯，但从来就没有制定过民法典。《大清民律草案》从体系到内容都具有了民法典的形式，这本身就是外国编纂民法典对中国产生影响的结果。而当时所颁布的民法典，分为两种模式：一是法国模式，这是以1804年《法国民法典》为代表，它继承了罗马法学阶梯的3编体例；另一是德国模式，这是以1900年的《德国民法典》为代表，分为5编的体例。从《大清民律草案》的结构可以看出，它仿效的是后一种模式。对各编的具体结构作进一步的分析，也可看出这种效仿的痕迹。

另一方面，从内容上看。《大清民律草案》对外国民法典的借鉴更加广泛。总体而言，前3编以德国、日本、瑞士3国民法为楷模，强调现代法律精神，对中国传统法律、习俗大多未加注意，如债权编对当时通行的“会”，物权编对于“典”、“先卖”等全无规定。后2编虽然兼采旧例，但疏误仍多，与当时社会现实相距甚远，难以适用。^[49]

《大清民律草案》在内容上对外国法的吸收，主要可从其所确立的近代民法原则中集中了解到。民法典主要原则是近代以来各国民法典的精髓所在。

《法国民法典》是大陆法系国家第一部民法典，也是近代资产阶级典型的民法典。这种典型性不仅体现在其完整的结构形式和体系上，还体现在它包含了一系列资产阶级民法原则。

平等原则。法国民法典第8条规定：“所有法国人都享有民事权利”；其第7条规定：“民事权利的行使不以按照宪法取得并保持的公民资格为条件”。这些规定表明：每个法国人都享有平等的民事权利。此外，法典第488条也作了相应的规定。

[48] 关于该草案的具体内容，参见修订法律馆编：《法律草案汇编》（上），1926年刊印。

[49] 叶孝信主编：《中国民法史》，上海人民出版社1993年版，第607页。

[47] 此文载《东方杂志》第5年（1908年）第6期。

保障私有财产所有权原则。法国民法典的精神实质是维护资本主义的私有制，法典对此作了较多的规定。所有权除“法令规定的限制外”是一种完全、绝对、自由和无条件的权利。其第544条规定：“所有权是对于物有绝对无限制地使用、收益及处分的权利，但法令所禁止的使用不在此限”。法典还规定了“任何人不得被强制出让其所有权”，还规定物之所有权得扩张到物的“添附权”，法典第552条规定“土地所有权并包含该地上空和地下的所有权”，土地上空和地下的所有权即是土地所有权的添附权。这样，封建等级所有制的遗迹在法典中被基本清除了。

契约自由原则。法国民法典在多处规定了契约自由原则。其中，法典第1101条规定：“契约是一种合意，依此合意，一人或数人对其他一人或数人负担给付、作为或不作为债务”。也就是说，契约是由“合意”所产生的权利和义务，它一经合法成立，当事人必须按照约定，善意履行，非经他们共同同意，不得修改或废除。

过失责任原则。民法典规定了侵权责任的过失原则，这主要规定于第1382条：“任何行为使他人受损害时，因自己的过失而致行为发生之人对该他人负赔偿的责任”。这较近代以前欧洲大陆普遍适用的客观原则有了很大的进步。

虽然法国民法典关于这些原则的规定并非无可指责，但这些原则却确是该法典的闪光之处。正如法国学者夏普兰指出：民法典真正革命性的发展在财产、契约和侵权法方面，这些方面均以近代个人主义原则为指导思想。^[50]

《德国民法典》是在继承法国民法典的基础上颁布实施的，但由于它的创制比《法国民法典》晚了近一个世纪，不仅在形式和体例上有创新，而且为了适应时代发展和社会进步，其规定的内容有了较大的发展。但是，《法国民法典》所包含的上述主要原则仍然在《德国民法典》中得到了体现。只是对这些原则作了更多的限制而已。如保障私有财产所有权也是《德国民法典》的一项重要原则，但法典在規定这一原则的同时，进一步对此原则作了某些限制性的规定。法典第903条规定：“物之所有人，在不违反法律和第三人权利范围内，得自由处分某物，并排除他人对物的一切干涉”；第905条规定：“土地所有人的权利扩及于地面上的空间和地面上的地层”。但同时，法典又规定：“权利的行使不得专以加损害于他人之目的”（第226条）。此外，法典第904、906等

条文，对所有权的行使都作了不同程度的限制。

1898年《日本民法典》虽然在婚姻家庭方面保留了大量的封建残余，但在其前三编（一般称之为“财产法”）也包含了上述民法原则。如法典第1条规定：“私权的享有，始于出生之时”，这表明了民事权利形式上平等的原则。法典规定“所有人于法令限制的范围内，有自由使用、收益处分所有物的权利”（第206条）和“土地所有权于法令限制的范围内及于土地的上下”（第207条），则集中确立了严格保障私有财产权的原则。契约自由原则则具体体现在法典的第521、526、537条等条文的规定中。按照这些条文，契约成立必须具备要约和承诺两大要件，并且当事人间的意思表示必须一致，契约即告成立，成立后的契约遂对缔约当事人具有约束力，不得任意毁约。在债权编“侵权行为”一章，原则上肯定了民事责任的过失责任原则，如第709条规定：“因故意或过失侵害他人权利者，对因此而产生的损害要负赔偿责任”。

《大清民律草案》也体现了上述由《法国民法典》所创立，并进一步由德、日民法典所继受的民法原则，虽然具体的表述有其特点。其第5条规定：“权利能力于出生完全时为始”，这实际上也是隐含了民事权利形式上平等的原则。第211条规定：“契约之要素已为合意者，其他事项虽不合意，亦推定其契约成立”，此前的第201条“要约定有承诺期间者不得撤回”的“理由”中非常明确地对契约的含义和成立作了解释：“契约者，由二人以上之意思表示合—而成立之双方行为也。凡契约须当事人之一方将欲为契约内容之旨提示于他方（即要约），得他方之同意（即承诺），斯能成立”，这体现了契约自由原则。过失责任原则则主要体现在草案的第945条：“因故意或过失侵他人之权利，而不法者于因加侵害而生之损害负赔偿之义务”。此外，法典也规定了保障所有权原则，其第983条规定：“所有人于法令之限制内得自由使用、收益、处分其所有物”；第984条第1款规定：“所有人于其所有物得排除他人之干涉”；第991条规定：“土地所有权于法令之限制内及于地上地下，若他人之干涉无碍其所有权之行使者，不得排除之”。

《大清民律草案》的前3编不仅效仿确立了4项近代民法原则，而且在具体制度方面广泛地移植了外国法。

关于法人制度。《法国民法典》由于制定于早期资本主义时期，在規定民事主体时仅规定了自然人，没有規定法人。《德国民法典》在民事主体上的一大创举是规定了法人为民事主体，这被《日本民法典》所吸收。《大清民律草案》也引进了法人制度，而且用了100多条对此作了详细的規定（第60-165

[50] 何勤华、李秀清主编：《外国民商法导论》，复旦大学出版社2000年版，第247页。

条)。在第1编的“第3章法人”的标题下有一说明,称“近世各国法律皆认法人,故本案亦采用之”。其下的“第1节通则”规定了法人的实质、权利能力、行为能力、责任能力、住址及法人的人格保护、外国法人的有关事项;接着,在第2节与第3节分别对社团法人与财团法人的具体制度作了规定。这比《德国民法典》用了69条、《日本民法典》用了51条规定法人显得更为详尽。

关于法律行为。“法律行为”(Rechtsgeschäft)一词是由德国历史法学派创始人胡果(Gustav Hüge, 1764-1844)于1805年在《潘德克顿教科书》中首次提出,经其学生萨维尼(F. C. von Savigny, 1779-1861)等人的解释和发展,成为德国潘德克顿法学上的重要概念,并最终为《德国民法典》所吸收。^[51]关于法律行为,有意思及意思表示两种不同的学说。前者是指,一切权利义务须产生自人的意思,两人订立契约,立字为据,当发生争讼时,法院不重书面的解释,而必穷究两人当时的心理,获得其共同意思而定曲直。字据固然为两方意思的表示,但非契约的构成分子,其效用仅能作法院推求两造意思的借镜而已。后者则重在表示,认为一人的法律行为,他人得据为凭信者,只在于其意思的具体表示。发生争讼时,法院不搜求两人当时的心理,而只研究此具体的表示,在某时某地实际环境中,依据社会正义作出解释,而定断讞,故一切权利义务不产自两造内心的意思,而根源于意思的表示在社会上的客观价值。

意思学说是从个人主义及自由主义演绎而来,它在18世纪及19世纪初叶风靡欧洲,《法国民法典》就是受此思潮浸渍,虽然没有明确规定法律行为,但在其关于债权制度的规定上体现了这一学说。意思表示学说,看重信用及第三人的利益,故对于法律行为,不主张实现表意人的意思,而主张保护他人因此表示所发生的期望或所获得的权利,不重在使表意人获其由该行为所希望得到的利益,而重在加重其对于自身行为所担负的责任。^[52]《德国民法典》制定于个人自由受到限制、债的观念已成为双方间财产关系的19世纪末,因此采用后一种学说。在其第一编的法律行为一章之下,专门用一节规定了意思表示的具体内容。这些原则和规定被《日本民法典》所效仿,也传到了中国,被规定于《大清民律草案》第1编的第5章法律行为中(第175-200条)。

关于债权。《大清民律草案》专门把它设为第2编,在该编标题下,说明:

[51] 何勤华:《法律文化史论》,法律出版社1998年版,第95页。

[52] 张企泰:《法律行为中之意思学说及意思表示学说》,载《中华法学杂志》第4卷第7号,1933年。

“债权人,特定一私人(债权人)使他之特定一私人(债务人)为一定之行为或不行为之权利也。本案采各国之立法例,并斟酌习惯,特设本编”。该章仿效德、法两国民法典的内容很多。仅关于债的发生,古代中国民法对此并无统一规定,就涉及债的关系的律文而言,偏重于契约行为。草案依照《德国民法典》,将债的发生原因分为契约、广告、发行指示证券、发行无记名证券、管理事务、不当得利及侵权行为等。关于债的一些具体制度也具有效法德国法的特点。

关于物权。《大清民律草案》专门把它设为第3编,在该编标题下有一说明:物权之种类,古今立法例亦不一致,本编斟酌本国之习惯及多数之立法例,分物权为所有权、地上权、永佃权、地役权及担保物权。虽然物权编在法律规定具体制度时,确有吸收中国古代一些习惯的内容,但更多是借鉴了近代其他国家尤其是《日本民法典》的物权制度。在借鉴的过程中,甚至出现由于误信外国学者的观点而发生明显的移植偏差的情况。如基于日本学者关于典权与不动产质权实属相同的观点,物权编没有规定中国传统的典权制度,而仿效日本规定了不动产质权。在法典第3编的“第6章担保物权”的“第4节不动产质权”(1195-1208条)中,规定了不动产质权的内容、不动产质权准据抵押权的法则及不动产质权的效力等方面。从这些具体的条文规定中可以看出,与日本明治民法第2编第9章的“第3节不动产质”的内容有不少相似之处。

其实,典权与不动产质权是有区别的,前者是指支付典价而占有他人不动产而为使用收益的权利;而后者是指因担保债权,债权人占有债务人或者第三人移交的不动产,并就其卖得价金受清偿的物权,两者在性质和内容等方面有许多差异。^[53]草案对起源于中国传统,并有其自身沿革史的典权不作规定,显然是“不明我国习惯,贸然起草,自难免闭户造车之讥也”。^[54]

《大清民律草案》前3编在具体制度上效仿外国民法典的例子不胜枚举。效法确立的近代民法原则及民法具体制度体现了该草案所具有的近代资产阶级民法典的特征。而在草案的亲属、继承两编所规定的诸如结婚由父母作主、一夫多妻、家长拥有绝对权威、隐含宗祧继承等内容,则表明了草案关于身份法部分是建立在封建家长制的家族制度基础之上的,不承认家族成员的独立人格

[53] 李婉丽:《中国典权法律制度研究》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第1卷),法律出版社1994年版,第384-388页。

[54] 刘德喧:《我国民法中‘典’之沿革论》,载《中华法学杂志》(新编)第1卷第8号,1937年。

和平等地位的法律。

草案前后两部分在精神和原则上的差距，其原因固然有社会背景方面，但也有学者认为，最重要的原因是借鉴日本民法立法史上的已有教训所致。日本以《法国民法典》为蓝本而制定的旧民法（1890年）的身份法部分因近代色彩太浓而广受抨击，最终未被实施，而明治民法的身份法部分则主要以传统的家长制为指导原则，被认为是符合当时日本国情的规定。由此可知，《大清民律草案》中财产法部分与身份法部分在立法基础上的对立实际上也是清末中国学习日本民法模式的结果。^[55]

《大清民律草案》的亲属、继承两编的内容确实主要立足于中国的传统习俗，着重体现了公开捍卫封建宗法礼治的精神，但从这两编的有关说明中可以看出，两编草案的起草在一定程度上也是在比较、研究外国相关制度的基础上进行的。

在《亲属法草案总则说明》^[56]中，明确说明了草案是在考察了外国（特别是日本）的相关法律的基础上编订的：“考各国亲属律之内容，其细目固国与国各异，其大纲亦国与国未必尽从同，有只分亲属律为婚姻、亲族、监护人三章者，亦有先冠以家长及家属一章，次及婚姻、亲子、监护人者，同一亲属律，其内容相异如此者，以编纂亲属律时所取之主义不同故也。亲属律所取主义有家属主义与个人主义之别，个人主义者，以个人为社会之本位，家属主义者，以家为社会之本位之谓也。取个人主义者，于法律上并不认家之存在，故由家而生一切家长家属之权利，自皆不认，惟认夫妇亲子关系而已；取家属主义者，非特认夫妇亲族之关系而已，法律上兼认家之存在，故由家而生一切之家长家属权利者，皆认之”。

在分析了上述两种主义的长短得失后，《说明》继续提出：“以个人制度之社会采用个人主义之法律，则两合；以家属制度之社会采用个人主义之法律，则可谓两背”，“欧美各国亲属律多采个人主义，以欧美各国近日社会盛行个人主义，于家属主义已经绝迹故也。至日本，亲属律则采家属主义，以日本今日社会盛行家属制度故也”。《说明》在分析了中国的实际及历史情况之后，得出“征诸实际，观其历史，中国编纂亲属法，其应取家属主义已可深信，再无疑

义之留矣”。

虽然中国与日本的亲属法同取家属主义，但两者又有不同，这也体现在法律的具体规定上。不过，关于亲属法的名称却是继受外国的，这在该说明的一开头就有明确说明：“中国有亲族，无亲族律之称。亲族律之称，译自日本。日本亲族律之称，又译自欧美”。

在继承法草案之前，也有关于继承法编的定名、范围及次序的概括说明。关于定名，有这样的说明：“按人死而继承之事以生，此古今东西所同者也。……唯以继承事汇订以一定之规则成为完全法典者，实自近代始。日本谓继承曰‘相续法’。夫‘相续’云者，即相为继续之意也。此等字句，若缀诸文字之内，其意固自可通，然以此作为名词，实未得取义之正。查中国于嗣续宗祧等项，多通用‘继承’字，故此编改曰‘继承’，而关于继承之法，曰‘继承法’”。

关于继承法的范围，由于欧美各国概采个人主义，因此在继承法中，规定的继承仅以财产继承为限。日本由于采取家属主义，故继承法把继承分为家督继承与财产继承。我国亲属法虽然与日本一样，采取家属主义，但“此日吾国之家长实非昔日宗法之嫡长”，“是故，论本案之范围，则关乎遗产之继承为多，虽非采个人主义，而其为财产之继承为多；虽非采个人主义，而其为财产之规定则大概与欧洲各国法律同也”。并分析了草案所规定的继承法与日本民法典的有关规定的不同，这主要有4个方面：“一、日本相续法无总则之规定，故凡继承共同之事（如复继承之权、继承费用等）多定于家督相续章，复于遗产相续章中特设条文，以申明准用某条。兹（民律草案）冠以总则，将继承中普通重要之规定，皆搜集于其中，以免烦杂之弊；二、日本相续法种类分为家长与遗产，本案以前述之理由，不定家长之继承，第言继承遗产；三、日本相续法第三章（相续之承认及抛弃）以下之次序曰财产之分离，曰无人承认之继承，曰遗书，曰遗留财产，本案以遗嘱及特留财产定于第5章、第6章之前者，以二者皆属特种制度，较财产之分离及无人承认之继承为重要也；四、本案无抛弃继承之规定，各国法制当所继人负有重债，继承人若承认继承受有不利之事者，许其抛弃不认以所继人财产呈请破产，日本相续法第3章亦然。其法殊与吾国习惯相悖，吾国向有父债子还之说，故当继承之际，其父虽有莫大之债务，子之不能抛弃也明矣……本案为保存习惯，故既不许抛弃继承，而于

[55] 于语和、郑晓辉：《〈大清民律草案〉——外来法与本土法混合的产物》，载何勤华主编：《法的移植与法的本土化》，法律出版社2001年版。

[56] 关于该文的具体内容，参见修订法律馆编：《法律草案汇编》（上），1926年刊印。

继承人偿所继人之债务特设制限。是或融和新旧法律思想之道欤！”^[57]

《大清民律草案》史称“中国民法典第一草案”，它在1911年起草完成后还来不及议决，清政府即灭亡，但是它在近代民法史上具有重要的影响。

(二)《商标注册试办章程》与《著作权律》

这一时期清政府还起草、制定了其他一些民事法规，其中，《商标注册试办章程》与《著作权律》就是两项较有影响的法规，它们的制定过程和具体内容也包含了一定的外国法因素。

我国海禁未开之前，本国商人销售货物，都赖其自己的牌号，以取信于顾客，本无所谓商标的使用。及至海禁既开，欧美商人运销其产品来华，产品上均附有商标，逐渐影响致本国商人，他们也开始觉得有使用商标的必要，加上这一时期列强与清政府续订的商约中均有要求清政府制定商标法规的要求；这样，起草商标法规就被提到议事日程。

1904年，商部在成立后遂拟在其内部设立商标登录局，起草有关商标法规。但由于事属首创，苦无成法可循，于是由外务部饬令总税司英国人赫德（Robert Hart, 1835-1911）代拟商标章程，同时并由商部咨请驻外各使，征集各国商标法令，译送参考。同年，《商标注册试办章程》（共28条）及其细目（共23条）得到奏准。该章程规定，津、沪两关为商标挂号分局，以便挂号者就近呈请，凡呈请注册者，应将呈纸送呈注册局，或由挂号分局转递也可。

由于该章程及其细目制定于仓促之间，且由英国人起草，内容基本上是照搬英国相关法律，偏袒英国等国利益的条文多（其中最明显的是，规定即使在中国境内或境外均未注册的外国商标，同样应获得中国法律的保护）。加上列强间的利益冲突，商部也鉴于各国之态度，不得不谨慎行事，结果导致商标局未能正式开办，而津、沪海关收受挂号各件也无从转递核准注册。而法、英、德、奥、意5国，又同时照会外务部，要求对商标章程作妥善修改。

1906年，外务部将上述5国大使所拟改的章程交由专人进行修改，在对这些意见进行比较参考之后，改订为法规68条，施行细则27条，商标审判章程40条，特别条例12条，外国商标章程6条。后因条目过多，未易与各国外使磋商就绪。翌年，唐绍仪奉派为赴美专使，奏请实行商约，此时商部已经更名为农工商部，于是将前后所订章程重新加以厘订，拟定为章程草案72条，附则3条，后又因故中止。而此时的中外商标之呈请注册者，不过由部中备

案，及在海关挂号而已。^[58]这一章程直至清政府被推翻也未能得到实施。而在起草、制定此法规的过程中，一直力主“保护商标，乃商部应尽之责”的商部，虽曾力图摆脱外国干涉自主起草，但即使是商部自己独立起草，在当时的环境下，最终也不得不“参考东西各国成例，明定章程俾资遵守”。^[59]

1910年清政府还起草了《著作权律》，它分5章，依次为通例、权利期限、呈报义务、权利限制、附则，共55条。^[60]在此前我国数千年的历史上，虽然著作很多，但未有把它特认为权利而由国家制定专门的法律以加以保护的。该方案的许多规定是效法外国法律的结果。

从世界历史上看，从法律上把著作作为特种之权加以规定，是始自中世纪发明印刷术之后，其后欧美等国相继制定法律对著作权加以保护。1709年英国议会通过的《安娜法》（Anne Act）被认为是世界历史上第一部著作权法，但该法仍把印刷作为著作权的基础，并且重在保护财产权。美国的第一部联邦著作权法于1790年颁布的《专利和著作权法》（Patent and Copyright Act），这在当时被认为是内容详尽、确实可行的一部法律，颁布后根据形势变化被多次修改，使受保护作品的种类增多，受保护的权利也逐渐增加。

大陆法系国家则将天赋人权思想引入著作权理论，以人格价值观为著作权立法的基础，这以法国大革命时期产生的著作权法为代表，即法国1791年的《表演权法》与1793年的《作者权法》，这些法律不仅强调作者的精神权利，而且也强调作者的经济权利。自此之后，大陆法系国家也相继建立了自己的著作权保护制度，如1837年德国著作权法、1865年意大利著作权法、1899年日本著作权法等。19世纪后期，日本学者水野炼太郎根据德文Urheberrecht（作者权）创制了“著作权”一语，并被日本相关立法作为正式用语使用。

1910年清政府起草的《著作权律》，从名称上说就是沿用了日本的这一法律用语。而从内容上说，则也体现了对外国相关法律法规的效仿。现举若干方面加以说明。

如关于著作权的定义及著作物的范围，规定于《著作权律》的第1条中：“凡称著作物而专有重制之利益者，曰著作权”。在当时各国著作权法律中，美

[58] 金忠圻：《商标法论》，会文堂新记书局1935年版，第4-6页；同时参见王叔明编著：《商标法》，商务印书馆1936年版，第4-6页。

[59] 参见《商部奏拟订商标注册试办摺》，载《东方杂志》第2年（1905年）第2期。

[60] 关于《著作权律》的具体内容，参见秦瑞玠编：《著作权律》，上海商务印书馆1911年版。

[57] 参见修订法律馆编：《法律草案汇编》（上），1926年刊印。

国、匈牙利等国的著作权法规定，著作者于著作物有重制及发行之权，而本条只规定重制，而没有规定发行，主要是因为发行权本已经包含于重制之中，不重制也就不能发行，而不发行也无须重制。因此草案效法德国、比利时的法律作如是规定。

关于著作权注册的机关，规定于《著作权律》的第2条中：“凡著作物，归民政部注册给照”。普通财产权之注册属于司法官厅，而著作权的注册则属于行政官厅，这是效法日本法的结果。按日本著作权法规定，著作权之登录不归司法裁判所，也不归农商务省，而属于内务省管辖。前述第2条的规定表明，著作物的注册属于民政部管辖。将著作物送交民政部注册，主要是为了确实证明其权利，而注册所给的执照，则为已经注册的凭证。

关于著作权的权利保护期限，规定于《著作权律》的第5条中：“著作权，归著作者终身有之。又著作者身故，得由其承继人继续至30年”。著作权权利之发生，根源于著作者的精神劳力，因此各国法律均规定由著作者享有著作权，并都规定其终身享有。但对于著作者本人死后的著作权权利保护期限长短的规定，当时各国法律的规定不一。保护期间最长的是西班牙，法律规定为80年，其次为法国、比利时，它们规定为50年，而德国、奥地利、日本的法律均定为30年，这被清政府的《著作权律》效法。而当时规定权利保护期限最短的为英国，其法律规定为7年。

商标、著作权方面上述立法的仓促出台，虽然有许多原因，但最主要的是外力逼迫所致。在20世纪初期，列强强迫清政府签订了若干不平等条约，在这些条约中大多提到了要求清政府保护这些国家国民在中国的商标权及著作权。^[61]比如：

1902年《中英续议通商行船条约》第7款规定：“英国本有保护华商贸易牌号，以防英国人民违犯、迹近假冒之弊，中国现亦应允保护英商贸易牌号，以防中国人民违犯、迹近假冒之弊。由南、北洋大臣在各管辖境内设立牌号注册局所一处，派归海关管理其事，各商到局输纳乘公规费，即将贸易牌号呈明注册，不得籍给他人使用，致生假冒等弊。”

1903年《中日通商行船续约》第5款规定：“中国国家允定一章程，以防中国人民冒用日本臣民所执挂号商牌，有碍利益，所有章程必须切实照行。日

本臣民特为中国人备用起见，以中国语文著作书籍以及地图、海图、执有印书之权，亦允由中国国家定一章程，一律保护，以免利益受亏。

中国国家允设立注册局所，凡外国商牌并印书之权请由中国国家保护者，须遵照将来中国所定之保护商牌及印书之权各章程在该局所注册。……”

1903年《中美通商行船续约》的有关规定最为详尽。其第9款规定：“无论何国人民，美国允许其在美国境内保护独用合例商标，如该国与美国立约，亦允照保护美国人民之商标；中国进欲中国人民在美国境内得获保护商标之利益，是以允在中国境内美国人民行铺及公司有合例商标实在美国已注册或在中国已行用或注册后即欲在中国行用者，中国政府准其独用，实力保护。……”

其第11款规定：“无论何国若以所给本国人民版权之利益一律施诸美国人民者，美国政府亦允将美国版权律例之利益给予该国之人民。中国政府今欲中国人民在美国境内得获版权之利益，是以允许，凡专备为中国人民所用之书籍、地图、印件、铸件者，或译成华文之书籍系经美国人民所著作，或为美国人民之物业者，由中国政府援照所允保护商标之办法及章程，极力保护10年，以注册之日为始。俾其在中国境内，有印售此等书籍、地图、铸件或译本之专利，除以上所指明各书籍、地图等件不准照样翻印外，其余均不得享此版权之利益。又彼此言明，不论美国人所著何项书籍、地图，可听华人任便自行翻印华文，刊印售卖。……”^[62]

商标及著作权方面的法规就是清政府为了履行这些条约的规定而起草制定的，因此法规的内容必然要效法外国的相关法规，以达到迎合和保护这些国家在华利益的要求。

四、清末移植外国民商法的特征及意义

以上是对清末移植外国民商法的理论和实践的历程的回顾及梳理。虽然这并不能涵盖这一时期民商法领域的全貌，但通过这些探究，已经能初步了解清末移植外国民商法的基本特征。

一是以大陆法系民商法为主要移植对象。在西方列强中，第一个用鸦片毒品和新式船炮打开中国大门的是英国，第一个迫使清政府允许其在中国享有领事裁判权的也是英国，而第一个允诺以中国的法律西化为撤废领事裁判权的也是

[61] 惠罗贝：《外人在中国之专卖特许权法商标法版权法与公司法》，高君湘译，载东吴大学法律科：《法学季刊》第1卷第8期，1924年。

[62] 关于这些条约的全部内容，参见王铁崖编：《中外旧约章汇编》（第2册），生活·读书·新知三联书店1957年版。

英国,但晚清政府的立法改革(包括民商立法)虽然一定程度地受到英美法律的影响,但总体而言,却是选择以大陆法系为模式。这主要是由于:中国封建时期以成文法典为主要形式,注重强调国家主义观念,采用的是以国家职权为中心的审判方式,这些传统与大陆法系比较吻合;相对于具有较浓的本土化和实证味的英美法系而言,大陆法系的法典化体系便于效仿,清政府的急功近利的立法目的也导致了选择大陆法系,以实现在短时期内建立近代法律体系的愿望。此外还有一个原因,即是受日本近代法制所取得的成就的影响。

日本封建时期曾是中华法系的重要组成部分,明治维新以后,转而选择大陆法系为模式创建自己的近代法律体系,进行改革以后的日本,不仅近代法律体系很快形成,而且国力强盛,在甲午战争中大败清军,继而又在日俄战争中打败强俄,这给了当时的清政府朝野各界以极大的震动。日本采用大陆法系能富强,中国吸收大陆法系建立近代法制自然也能富强,得出这一简单的推理是最自然不过的事情了,包括沈家本等人也是抱着这样美好的愿望参与了法律改革工作。虽然清末具体的民商事法规在移植外国法的程度和广度上是有差异的,但主要都以大陆法系相关法典和法规为移植对象则是没有疑义的。

二是晚清民商立法主要借鉴的是大陆法系的德国法,而这种借鉴却是通过日本间接实现的。晚清政府进行民商立法时,邀请日本专家直接参与起草法案,翻译的外国民商法典及论著中以日本为最多,^[63]出国学习法政的留学生也以去日本为最多。晚清政府法律改革好象就是以日本为直接的借鉴对象,但这仅仅是表面现象而已,实际吸收和移植的主要是德国的法律,属于典型的德国支系的范畴。这可从下列3个方面加以说明。

首先,日本近代民商法本身主要是借鉴德国的结果。从民法而言,日本近代初期,曾聘请法国专家保阿索那特(Gustave Boissonade, 1825-1910)指导民法典的起草工作,1890年以《法国民法典》为蓝本的“旧民法”公布。由于该法典在内容上过于法国化,尤其是有关家族法的内容不符合因明治维新的不彻底而保留大量封建残余的日本国情,因而遭到日本社会舆论的强烈反对,终被帝国议会决定延期实施,于是明治政府组织全部由日本人组成的民法典调查会起草颁布了明治民法,于1898年开始生效。这部法典是日本近代六法之一,其制定主要参照当时已公布的《德国民法典》草案,同时结合了日本国

情。它是日本从仿照法国法转而学习借鉴德国法的成果之一,体例结构基本上与《德国民法典》相似,采用“潘德克顿”的5编制,编纂风格上也取自《德国民法典》。《大清民律草案》借鉴的就是以《德国民法典》为蓝本的日本明治民法。

就商法而言也同样如此。日本曾于1890年通过并公布了“旧商法”,由于其脱离日本的国情和传统的日本商事习惯,故公布后不久也与旧民法一样遭到激烈的批判。1899年通过并代替旧商法施行的明治商法,是在继承日本传统商事习惯的基础上,主要效仿1897年制定的《德国商法典》,同时还吸收了法国商法、英国商法的部分内容。对《大清商律草案》影响较大的即是这部明治商法。

因此,无论是《大清民律草案》还是《大清商律草案》,追本溯源,主要效仿的均是德国的民法典和商法典。

其次,从民法典的具体结构上看。《德国民法典》的5编制,依次为总则、债权、物权、亲属、继承,日本的民法典也为5编,依次为总则、物权、债权、亲属、继承,虽然其编名与德国的相同,但第2编与第3编的次序不同,并且日本民法典的物权编中有关土地所有权的规定所占篇幅较大。之所以如此,一般认为,这表明该时期日本的资本主义还不发达,封建关系仍严重存在,债权不像物权那样被重视。而《大清民律草案》的结构,如上所述,同样采用5编制,不仅编名与《德国民法典》全部相同,而且各编次序也与之完全一样。当时的中国资本主义不比日本发达,封建关系也比日本更加严重,很难把民律草案的这一编排解释为清末的中国存在比19世纪末的日本更加重视债权法的土壤。因此只能将其解释为当时的法案起草者,即使他是来自日本,起草草案时实际借鉴的还是德国民法典更能令人信服。

最后,从民法典的基本内容看,它在许多方面与《德国民法典》也确有相同或相似之处。如关于限制行为能力的代理人问题,《德国民法典》第165条规定:代理人所为或所受的意思表示的效力,不因代理人为限制行为能力人而受影响。《大清民律草案》第216条同样规定了这一内容:代理人或向代理人所为意思表示之效力并不因代理人为限制能力人而受影响。而查找《日本民法典》的“代理”一节(第1编第4章第3节,第99条-第118条),却找不到相关内容。再如关于债权中受领迟延问题,《大清民律草案》与《德国民法典》

[63] 关于这一情况,详情参见李贵连:《近代中国法律的变革与日本影响》,载《比较法研究》1994年第1期。

的规定也很相似。^[64] 仅仅从内容上寻找法典的相似性本来并不能证明什么论点, 但当与其他方面结合起来看时, 这种相似性就不再仅仅是偶然的了。

清末中国之所以要通过日本借鉴德国的民商法, 是有其原因的。虽然大陆法系近代民商法典的制定源于法国, 但 19 世纪末德国民商法典在借鉴法国经验的基础上取得了青出于蓝而胜于蓝的成果, 它更具系统性、条理性和现代性, 用词简练, 内容确切, 逻辑严谨, 反映的内容更具有现代的特色。德国民商法典制定出来以后, 借鉴它们制定本国的法典一度成为大陆法系各国的热潮。

清末法律改革时, 一方面看到了日本效仿德国建立近代法制所取得的成功, 另一方面, 日本与中国相距甚近, 同洲同文, 风土人情相近, 当时精通德语的法律人才又比较短缺, 而精通日语的法律人才却大有人在。^[65] 因此, 通过日本借鉴德国民商法是非常自然的事。此外, 当时的修订法律馆经费紧张, 加上急功近利的立法目的, 这些也决定了除了效法日本借鉴德国法之外, 确实没有其他更可行的办法了。

除了上面分析的两个特点以外, 清末移植外国民商法在理论上的全面照搬、立法上的被动进行及立法内容的超前性等也是不可忽视的特点。这些方面也从一个侧面反映了清末法律改革的大致价值取向。

清末民商法律改革的主要手段就是移植外国法, 这种移植在理论、实践及观念上所具有的重大意义是不可否认的。

从民商法理论上讲, 翻译外国法规, 编译外国专家的民商法论著, 邀请外国专家来华讲授民商法课程及直接参与立法, 在短期内这些方面工作的全面启动和逐渐深入, 既为清末民商立法改革提供了资料和人才的基础, 也初步实现了(至少在形式上)民商法律术语的急速近代化及其与国际接轨。同时, 这也标志着中国近代民商法学的初步形成, 为其后民商法学的发展奠定了基础。

从民商立法实践看。这一时期效法外国起草、制定的民商法规, 虽然有的仅仅停留在草案阶段; 有的完成了立法过程, 但由于种种原因根本没有得到实施; 有的实施后因清政府的迅速覆灭而对中国工商业发展的实际促进作用不是很大。但是, 民商律草案及相关法规的制定, 在中国的民商法史上还是产生了重大的影响, 它们是中国近代民商事立法的嚆矢, 初步改变了诸法合体、重刑轻民的传统法律体系, 标志着民商立法近代化的开端, 开辟了民商立法的独立发展道路。同时, 这些效法外国而制定的法规为以后的立法提供了重要的历史基础, 其后民国时期的民法典、公司法、破产法、票据法等法律的制定, 在相当程度上都是在继承吸收了清末起草、制定的民商法规和草案的基础上进行的。

从民商法律观念上看。在中国传统法律体系中, 以刑为主是其不能否认的一个特点, 相对而言, 民商法却比较匮乏。清末借助移植外国法的手段, 使民商法理论和民商立法实践在短时间内急速展开。在这一过程中, 如果说由于中国缺乏私法传统, 使民商理论和实践对外国法的移植更具形式和历史意义的话, 那通过这些输入, 所培养的私法观念却更具有实际价值。人们开始认识到, 民法、商法也是法律体系中的重要组成部分, 这些法律是与国人的财产权、人身权等紧密相关的独立的法律部门, 这些法律更注重的是人的权利的保障, 遵循私权主体平等、物权法定、契约自治等原则, 等等。初步形成的这些私法观念, 并没有随民商法规的被废除及清政府的很快垮台而消失, 而是逐步潜入人们的思维模式和生活观念之中, 并在民国后期得以发扬光大。可以说, 在清末以后曲折多变的民商法史上, 这些私法观念的不断展开也是促进私法理论不断丰富、立法逐渐推进的重要条件。

[64] 王立民:《清末中国从日本民法中吸取德国民法》,载《法学》1997年第1期。

[65] 其实,早在五大臣出国考察宪政(1906年)时,他们对德国的各项制度就颇有好感。他们在奏折中指出:“揆其立国之意,专注重于练兵,故国民皆有尚武之精神,即无不以服从为主义……其人民习俗,亦觉有勤俭质朴之风,与中国最为相近”,并且了解到:“是以日本维新以来,事事取资于德,行之三十载,遂致勃兴。中国近多歆慕日本之强,而不知溯始穷原,正当以德为借镜”,并提出“适自明其强盛之由,在中国虽不必处处规随,而其良法美意行之有效者,则固当急于师仿不容刻缓者也”,但他们也同时承认:“因德文繁重难通,译材太少,恐不免于挂漏,唯有多购书籍回国以待研求”。参见《出使各国考察政治大臣戴鸿慈等奏到德考察大概情形暨赴丹日期摺》,载《清末筹备立宪档案史料》(上册),中华书局1979年版,第9-10页。

20 世纪前期民法新潮流与《中华民国民法》

一、引言

辛亥革命的胜利宣告了清朝统治的结束，但新法制的建设尚未能跟上政权变革的步伐。在这种情况下，孙中山根据司法总长伍廷芳的建议，向参议院提出了有条件援用清末法律的咨文。参议院经开会讨论，议决了暂时适用的清末法律：“……所有前清时规定之《法院编制法》、《商律》、《违警律》及宣统三年（1911年）所颁布之《新刑律》、《刑事民事诉讼律草案》，并先后颁布之禁烟条例，国籍条例等，除与民主国体抵触之处，应行废止外，其余均准暂时适用。惟民律草案，前清时并未宣布，无从援用，嗣后凡关民事案件，应仍服前清现行律中规定各条办理。惟一面仍须由政府飭下法制局，将各种法律中与民主国体抵触各条，签主或签改后，交由本院议决公布施行”。〔1〕

就民商法来看，根据参议院的这一决议，清末的《商律》明确被继续援用，而由于《大清民律草案》（即“民律第一次草案”）未能公布因而不能被援用，有关民事方面按照“前清现行律中规定各条办理”。这里所谓“前清现行律”，是指沈家本等人对《大清律例》进行修改而成的《大清现行刑律》（1910年颁行）。《大清现行刑律》是刑事与民事不分的法律，其中的民事部分，包括服制图、服制、名例、户役、田宅、婚姻、犯奸、钱债等均被称为“现行律之民事有效部分”。这些内容一直适用至《中华民国民法》公布施行时为止，成为民国前期的实质民法。

在宣布暂时援用清末制定的一些民商事法规的同时，南京临时政府还制定、颁布了一系列保障民权、规范民商事制度的法令，如颁布《大总统令内务部禁止买卖人口文》和《内务部通飭保护人民财产令》，拟制《商业注册章程》

和《商标章程及细则》，颁布管理工矿、农林、金融等方面的法规。这些法令有的受当时条件限制不可能进一步完善与贯彻实施，有的仅停留在草案拟制阶段，但它们在推进中国民商法制近代化方面还是发挥了作用。

此后，民国政府还曾有过编纂民商法典的努力，如临时政府设立法典编纂会，拟掌编纂民法、商法等法典，1914年改设法律编查会，该会编有民律亲属编等草案，1918年又改设修订法律馆，该馆于1925年至1926年完成了由总则、债、物权、亲属、继承等5编组成的“民律第二次草案”。不过由于受当时各方面因素限制，这些立法机构均没有能真正完成编纂民法典或商法典的工作。

1927年，国民党结束了军阀割据和混战的局面，成立了南京国民政府。为了规范内部事务，也为了应付各大国在议决撤销在华领事裁判权之前对我国司法状况所进行的调查，国民政府加快了立法步伐。1928年底，立法院宣告成立，胡汉民任院长。次年1月，立法院指定立法委员傅秉常、史尚宽、焦易堂、林彬、郑毓秀等5人组织民法起草委员会，并聘司法院院长王宠惠，考试院院长戴传贤及法国专家宝道（Georges Padoux, 1867-?）为顾问。同时，还指定马寅初、王世杰等5人起草商法。

民法起草委员会不久即开始起草总则编，完稿后由立法院三读通过，同年5月23日公布，10月10日起施行。债编于1929年4月开始起草，同年11月22日公布，1930年5月5日起施行。物权编于1929年8月开始起草，同年11月30日公布，与债编同时施行。1930年秋开始起草亲属编及继承编，同年12月26日公布，次年5月5日施行。至此，《中华民国民法》全部成立，该法典共1225条，分为5编，依次为总则、债、物权、亲属、继承。它较以前两个民律草案在内容上有很大变化，但它与前两个民律草案一样，在起草过程中注意移植外国民法，并体现了趋附现代民法潮流的特点。

至南京国民政府编纂民法典时为止，从世界民法史上看，继19世纪制定众多民法典之后，在20世纪开始的约30年时间内，民法发生了一些变化。这种变化主要通过三种途径进行：一是修改、制定民法典，在19世纪制定有民法典的国家，均不同程度地正式修改过民法典，以使民法典更加适应形势变迁的需要；二是有些国家颁布了新民法典，以规范民事关系，如瑞士于1907年

〔1〕 谢振民编著：《中华民国立法史》（上册），中国政法大学出版社2000年版，第55-56页。在伍廷芳的建议中，《大清民律草案》也应由民国政府声明暂时适用，这是参议院决议与伍廷芳的建议的主要不同之处。

颁布新民法（1912年施行），〔2〕巴西于1916年颁布新民法，苏俄于1922年颁布新民法，泰国于1923年至1925年间先后颁布了民法典的总则、债、各种之债等编的草案，土耳其于1926年颁布了新民法，意大利于1925年订成新民法草案，而法、意两国的著名法学家于1927年会同编订了《法意债与契约法典草案》，以准备代替两国原有的债权法；三是颁布单行民事法规，以弥补民法典的不足和满足现代社会发展的需要。通过这些途径，使民法发生了许多变化，并形成了民法发展的新潮流。而这种潮流也影响了《中华民国民法》的体例和内容。

二、民商合一与《中华民国民法》

从近代开始，各国制定民法典，有民商分立与民商合一两种体例。

所谓民商分立，是指在民法典之外，再制定一部商法典。19世纪初，拿破仑在制定实施了民法典之后，又颁布了商法典，自此开创了民商分立的先例。这种立法体例被19世纪许多国家所效仿，如德国、日本、西班牙、葡萄牙、比利时等均分别制定有民法典和商法典。

而采用民商合一的国家，在民法典之外不再单独制定商法典，就商事固有之私法法规，无独立性者使之附人民法典之中，成为民法内容之一部分，其有独立性者，则制定单行之法律。民商合一体例首先发端于瑞士。1881年制定的《瑞士债务法》事实上就是一个民商合一的法典，它既包括了在法、德各国属于民法的契约总则和各种契约，也包括了在法、德各国属于商法的公司、票据、商号等规定。1884年，瑞士法律家协会委托法学家欧根（Eugen Hubel, 1849-1923）研究瑞士各州的私法，为制定统一私法进行理论上的准备。1900年欧根受托完成了由人、亲属、继承、物权4编组成的民法草案，此草案被修改后交由联邦议会审议通过，于1912年元旦开始施行。在此之前，瑞士联邦政府对前述的债务法典进行修改，于1911年交由议会通过《瑞士债务法》，次年与民法典前4编同时施行。作为一种历史的产物，民商合一的《瑞士民法典》就这样诞生了。〔3〕这种新型的私法体例形成之后，被其后一些国家制定的民法典，如《苏俄民法典》及《泰国民法草案》等所效仿采用。

早在清末法律改革过程中，中国政府就曾对取民商合一还是民商分立有过关注。1907年翰林院侍讲学士朱福诜曾奏请慎重编纂私法和聘请梅谦次郎起草民商合一的法典：“日本修正商法时，梅谦次郎曾拟提议合编，以改约期近，急欲颁布而不果。中国编纂法典之期后于各国，而所采主义学说不妨集各国之大成为民商法之合编……聘请日本法学博士梅谦次郎为民商起草员，而以中国法学生参议”。

而沈家本、俞廉三等则不同意编纂民商合一的法典，其理由是：“自法国于民法外特编商法法典，各国从而效之，均别商法于民法各自为编。诚以民法系关于私法之原则，一切人民均可适用。商法系关于商事之特例，唯商人始能适用。民法所不列者，如公司、保险、汇票、运送、海商等类，则特于商法中规定之。即民法所有而对于商人须特别推行者，如商事保证契约利息等类，亦于商法中另行规定。凡所以保护商人信用而补助商业之发达，皆非民法之所能从同”。〔4〕而在同年的《修订法律大臣沈等会奏谨拟修订法律大概办法摺》中，沈家本等还明确提出了编纂民法、商法等法典的期限，即“应以编纂民法、商法、民事诉讼法、刑事诉讼法诸法典及附属法为主，以3年为限”。〔5〕沈家本等人的分别制定民法与商法的主张也得到了当时清廷的实力派人物，如奕劻等人的支持。〔6〕

而被清政府的修订法律馆聘为调查员，并受委托起草过《大清商律草案》的日本专家志田钾太郎，对这一问题也曾从私法理论上进行过分析，并且表明他其实并不十分赞赏民商分立体制的主张。他认为：“商法法典之存在，仅本诸沿革上之理由，非出于现今文明社会之所必要者”。他还指出，日本之所以在民法典之外制定商法典，“实则因西洋各国有此法典，故亦从而仿效，并非理论上之必要”，而“自法制之沿革上并比较上论之，往古文明最进步之罗马法，并无自民法法典分离之商法法典。今日商业最发达之英美二国，亦无可与民法明确区别之商法。折衷德法两系之《瑞士债务法》亦综合民法与商法而成者。近倾已公于世之俄国民法草案，其主义亦不认有与民法法典相对立之商法

〔4〕李贵连：《沈家本传》，法律出版社2000年版，第266页。

〔5〕该摺载《东方杂志》第5年（1908年）第8期。

〔6〕在《宪政编查馆大臣奕劻等奏议覆修订法律办法摺》中，明确表明：“拟请仿照各国办法，除刑法一门业由现在修订法律大臣沈家本奏明草案不日告成外，应以编纂民法、商法、民事诉讼法、刑事诉讼法诸法典及附属法为主，以3年为限，所有上列各项草案，一律告成”。参见故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》（下册），中华书局1979年版，第850页。

〔2〕1907年公布的《瑞士民法典》（分为人法、亲属法、继承法、物权法4编）和1911年公布的《关于补充瑞士民法典的联邦法律（第5编：债务法）》均于1912年元旦开始实施。后者虽名为民法典的第5编，但具有相对的独立性，习惯上称为《瑞士债务法》。本文有关论述也依照这一习惯。

〔3〕谢怀斌：《大陆法国家民法典研究》“第四节瑞士民法典”，载《外国法译评》1995年第2期。

法典”。他甚至还总结得出如下的结论：“要之，吾辈不但不认商法法典必须作为法典而存在之理，并知因作为法典而存在，遂有不利之初”。不过，志田钾太郎同时又提出，就当时的中国而言，商法典却“必不可无”，其最主要理由是，“中国与外国立约，外国收回领事裁判权以中国有完全法典时为限”，“若有民法典而无商法典，则法典仍不完全，适足为外人之口实”，“故中国之不可无商法典，实政策上不得不然者也”。〔7〕

从清末法律改革的实际情况看，以法国为发端，并在德国、日本等国加以效法的民商分立体制也显然占了上风。仿照西法制定的第一部新法即是《钦定大清商律》（1903年），尽管其条文简单，且商事法内容也十分有限，〔8〕但它的出台已实际上表明了清政府制定独立的商法典的立法方向。修订法律馆成立之后，在沈家本等人的努力下，尽管没有在3年内如期分别编纂民法、商法等重要法典，但是仍一定程度地实现了民商分立的体制。先是邀请日本专家志田钾太郎起草完成了《大清商律草案》（共计5编、1008条，自1909年起陆续脱稿），1910年农工商部又提出了《改订商律草案》，次年，共有5编、1569条的《大清民律草案》又全部起草完成。尽管这些民商律草案因清政府的很快垮台没有被实施，但这些草案的内容一定程度上为民初制定相关法规所采纳，而且其在中国初创的民商分立体制也影响了民国前期法律体系的构建。

在《中华民国民法》制定之前，担任北京修订法律馆顾问的法国专家爱师嘉拉（Jean Escarra, 1884-1955）曾起草过“中国商法法典”，他认为，依照中国传统有制定商法典的必要：“保存中国旧有之商事法制，期毋妨商民之惯习，为修订中国商法典所必不可忽视也。……中国旧有习惯，商人自成阶级，其商事制度每为国家所不注意者，尤不能不思所以保存之。弃旧有之习惯，徒剿袭外国法，作纸上空谈非所取也。修订中国商法典，能保存中国旧有之商事习惯，复参合以新商法适用之条规，庶法典一颁，自无窒碍难行之虑矣！”〔9〕

其实，关于商法与民法的关系，在国际上早在19世纪末就曾引起是否在民法典之外独立制定商法典的热烈讨论。

主张民商分立的理由归纳起来有下列方面：民法为一国固有之法，商法为世界大同之法，范围广狭既有不同，则其组织不能无异，万难相提并论，等量齐观，故民法典之外，当然应有商法法典；商法之规定，为日进的，民法之规定为固定和守成的，彼罗马法之民事规则，现今各国民法中犹有存者，商法为新产之法，日进不已，与民法之为守成者不同，故两者不能不相对峙；商人重信用，贵神速，商法既以此为基础而制定，以期契合商事敏捷之精神，故与他种法律，性质殊异，不能不独立存在。同时，商法组织之法条与民法组织之法条也存在许多差异，即：一是民法以契约自由主义为原则，只须当事人双方合意，初不问其方式如何，商法最重方式，方式不合，斯契约无效，以票据而论，倘有一字之讹，立即归于无效；二是民法中注意之程度较低，稍不注意，亦无关紧要，商法则须异常注意，注意少差，即生重大之责任，谓之重责过失；三是民法中之法律关系，苟无特别之表意，以无偿为原则，商法则以有偿为原则；四是民法公示之事项少，故不置重公示主义，商法公示之事项多，故特重公示主义。此外，尚有为民法所无，而商法所独有者，如商业帐簿、商业注册及商号等，它们也不能被规定于民法中。这些都说明，商法非与民法对立而自成一特别之法典不可。

主张民商合一的学者也有许多理由：近代商法典的前身是中世纪欧洲商人团体的习惯法，即商人法，但现在所谓商人这个特殊的阶层已不存在，甚至特殊的商行为也失去其特殊性；世界共同之事务甚多，非商法所能概括，既未能一一网罗，编成各种法典，而乃独于商法津津注意，诚不免挂一漏万之弊；世界渐趋于文明，日进不已之事业甚多，亦非商法所能概括，既无各种新法典，又何独厚爱于商法而使之必存；其他法律何当不重信用，何当不贵神速；在民商分立的国家，实际上也难以确立划分民事行为与商事行为的界限，有的国家只是以民事法庭和商事法庭的管辖来划分，有很大的任意性，因民法典与商法典的并存而导致法律适用上的困难和混乱。〔10〕反对制定独立商法典，也就是主张民商合一体例的主要代表人物有荷兰的莫伦格拉夫（Molengraaff）和意大利的维万德（Vivante）、德国的戴恩堡（Demburg）、瑞士的穆士格（Munzinger）、日本的梅谦次郎等。

尽管清末法律改革活动已经在中国初步形成了民商分立的传统，尽管在国

〔7〕熊元楷编辑：《商法总则》，安徽法学社1911年版，第9-15页。该书内容是根据志田钾太郎在京师法律学堂讲课笔记汇编而成的。

〔8〕该商律分为商人通例和公司律两部分，前者为9条，后者为131条。

〔9〕爱师嘉拉编：《关于修订中国商法法典之报告》，载《法学季刊》第2卷第3期，东吴大学法律科学季刊社1925年版。从该报告的内容可以看出，他所起草的商法典“第1编总则”依次分为法例、商行为、商人、商人之义务、商业使用人、商业财团等6章，共79条。

〔10〕熊元楷编辑：《商法总则》，安徽法学社1911年版，第13-14页；王去非：《商法原论》，上海商务印书馆1931年版，第79-80页。

内外的私法领域对于宜采民商合一还是民商分立有种种争论,但是《中华民国民法》还是明确采用了民商合一的体例。

实际上,在南京国民政府立法院成立之初,原本打算仍然采用民商分立体制的,并分别组织民法和商法起草委员会。但在着手起草民法的债编时,立法院院长胡汉民、副院长林森提议编订民商统一法典。其提案指出:“查民商分编,始于法皇拿破仑法典。维时阶级区分,迹象未泯,商人有特殊之地位,势不得不另定法典,另设法庭适应之。欧洲诸邦,靡然相效,以图新颖。然查商法所订定者,仅为具有商业性质之契约,至法律上原则或一般之原则,仍须援用民法。而商法上最重要之买卖契约,且多在民法中规定。是所谓商法者,仅为补充民法之用而已,其于条例,固已难臻美备。……吾国商人本无特殊地位,强予划分,无有是处。此次订立法典,允宜考社会实际之状况从现代立法之潮流,订为民商统一之法典。”

在向国民党中央政治会议提出的审查报告书中,他们还具体列举了应制定民商统一法典的8项理由,具体涉及历史关系、社会进步、世界交通、各国立法趋势、人民平等、编订标准、商法与民法之关系等方面。^[11]从世界立法趋势这一理由看,他们提到:“意大利商业发达最早之国,而其国之学者,主张民商合一为最力。英美商业今实称雄于世界,而两国均无特别商法法典,瑞士亦无之。俄国1893年民法第一草案,1896年民法第二草案,1906年民法第三草案,1907年民法第四草案均包含商法在内。似此潮流,再加以学者之鼓吹提倡,则民商合一,已成为世界立法之新趋势,我国何可独与相反?”立法院最终采纳了胡汉民等人提出的民商合一的主张。

南京国民政府改变传统,颁布民商合一的《中华民国民法》虽然具有一定的人为因素,但为了符合当时的民法潮流也是不能被完全否认的一项因素。尽管此时的中国效法采用这一体例的背景与民商合一发源国的瑞士当时实行这一体例的背景是完全不同的。

三、注重社会公益与《中华民国民法》

19世纪末开始,各国民法尽管在内容上仍千差万别,但出现了一些相同的变化。其中很引人注目的即是传统的民法基本原则发生了变化,主要是逐渐贯彻重视社会公益的精神。这也一定程度地影响到了《中华民国民法》。

[11] 谢振民编著:《中华民国立法史》(下册),中国政法大学出版社2000年版,第759-760页。

(一) 所有权从绝对权利变为相对权利

从学说上看,关于所有权的起源有6种不同的观点,即自然说、占有说、劳力说、契约说、法律说、经济自然说。^[12]尽管学者们对此一直争论不休,但自法国1789年《人权宣言》第2条规定财产所有权为天赋人权之一种,其第17条规定财产所有权为神圣不可侵犯的权利之后,实际上自然说占据了主流地位。1804年《法国民法典》更是具体地规定了所有权神圣的原则。^[13]19世纪仿效《法国民法典》的国家大多确立了这一原则,这与19世纪个人主义盛行的社会背景是相一致的。1900年生效的《德国民法典》在规定这一原则时已明显有所缓和。

随着形势的变化,所有权绝对原则首先在理论上受到了挑战。关于所有权受限制的观念,首先出现了以法国哲学家孔德(A. Comte, 1798-1857)为代表的社会义务说。孔德以实证哲学说明了个人与社会的关系。他认为,个人不能离开社会而生存,个人对于社会,应各负有相当义务,只有尽了义务,而后才能享有权利,财产所有权作为权利的一种,也不能例外。其后,社会连带主义创始人狄骥(Leon Duguit, 1859-1928)进一步发展了这一理论,他认为,个人得管理其财产是为了满足社会的需求,因为为了满足社会需要的缘故,国家乃保障所有权,因此财产所有权一方面于己为权利,于社会则为义务。这些强调限制财产权的学说也影响到了20世纪以后的各国法律。

首先把限制所有权作为一项宪法原则加以规定的是1919年德国魏玛宪法。该法第153条规定,所有权受宪法之保障,其内容及限制,由法律规定,所有权附有义务,行使所有权应同时顾及公共福利;第155条规定,所有人对于土地有耕种使用之义务,并受国家之监督。这些规定被其后许多国家修改、制定宪法时所效仿,如1921年捷克宪法、1925年智利宪法等均有类似的规定。

而从民法领域看,从19世纪末开始,各国纷纷通过民事立法、判例等形式对所有权予以限制。

比如,法国于20世纪以后就颁布了一系列限制所有权的法律。如1906年6月5日法律规定,允许在他人地上设立电报电话线杆及工厂电管,无须赔

[12] 王宠惠:《所有权之今昔观》,载《中华法学杂志》第2卷第6号,1931年。

[13] 这主要体现在《法国民法典》的第544条和545条中。其第544条规定:“所有权是对于物有绝对无限地使用、收益及处分的权利,但法令所禁止的使用不在此限”;第545条规定:“任何人不得被强制出让其所有权;但因公用,且受公正并事前的补偿时,不在此限”。

偿,这是所有权的使用权受限制的一个立法例;1916年10月6日法律规定,自本法公布后,如有耕地荒废,各县县长应以挂号信请其地主或开垦人设法耕种,发信后15日,地主或开垦人不能举出不得已而荒废之理由者,各县县长得征收其耕地,移交县农民活动委员会实施耕种,这是所有权消极使用权受限制的立法例;1918年11月6日法律规定,凡不动产遇筹备公共工程,因邻近关系而增价至百分之十五以上者,得以公用征收法征收之,这是所有权的收益权受限制的一个立法例。^[14]

其他国家也颁布了一些限制所有权的民事法规。如德国1909年7月15日法律和1911年2月14日法律规定,对于不动产不劳而获之增加部分,课以相当重税;英国1910年财政法规定,地值增加者,每增加5镑,征税1镑,地租增加者,每增加10镑,征税1镑,土地废弃不用者,按照地值课税;苏俄1918年的土地法规定,农民的土地使用权,以自己及其家庭能力所能耕种者为限,如因疾病不能耕种者,地方团体代其耕种,经过2年尚不能耕种时,即失去该土地的使用权;罗马尼亚1918年的土地改革法规定,个人私人地最低限度为100“黑格特”,最高限度为500“黑格特”,超过限度者,得没收之;捷克1919年的土地改革法规定,个人所有土地面积,以250“黑格特”为最大限度。这些都是对土地所有权作限制的法规。^[15]而1922年颁布的《苏俄民法典》第1条明确规定了“私权在不违反社会经济目的之限度内,受法律之保护”,这实际上也是确立了包括财产所有权在内的私权的行使应受到一定限制的原则。

《中华民国民法》也紧随上述世界民法潮流,对所有权作了各种限制,这具体体现在下列条文中。

第148条规定:“权利之行使不得以损害他人为主要目的”,这是概括的限制。也是一种积极的限制,即禁止滥用权利。

第765条规定:“所有人于法令限制之范围内得自由使用、收益、处分其所有物并排除他人之干涉”,但是第773条规定:“土地所有权除法令有限制外,于其行使有利益之范围内及于土地之上下,如他人之干涉无碍其所有权之

[14] 苏希洵:《所有权观念之变迁与所有权立法之趋势》,载《中华法学杂志》第1卷第2号,1930年。

[15] 苏希洵:《所有权观念之变迁与所有权立法之趋势》,载《中华法学杂志》第1卷第2号,1930年。

行使者,不得排除”。这表明,为使其能尽社会之职责,所有权人行使所有权时对于他人之干涉也有容忍的义务。

此外,第791条规定:“土地所有人遇他人之物品或动物偶至其地内者,应许该物品或动物之占有人或所有人入其地内寻查取回”;第792条规定:“土地所有人因邻地所有人在其疆界或近旁营造或修缮建筑物有使用其土地之必要,应许邻地所有人使用其土地,但因而受损害者得请求赏金”;第794条规定:“土地所有人开掘土地或为建筑时,不得因此使邻地之地基动摇或发生危险,或使邻地之工作物受其损害”。这些也都体现了限制所有权的精神。

上述这些规定表明,为使他人地尽其利,或增益社会财富,所有权人有容忍干涉或侵害的义务,还有不为一定行为的义务。同时,所有权人还有在一定期限内必为一定之行为的义务,即强制所有权人就其所有物,于一定期限内必为一定之行为,亦即不许权利久不行之意。因为权利对于社会负有行使的义务,而权利的行使就是个人对社会尽其职责的表现,法律之所以承认个人有权利,无非希望所有权人能履行其社会的职责,倘若权利久不行使,则社会利益必定大受损害。这也就是现代国家要对所有权作一定限制的主要原因。^[16]当然,对所有权的限制不仅体现在《中华民国民法》的规定中,同时期颁布的一些民事法规也包含了这一精神。^[17]

从19世纪下半叶开始,所有权的观念已从个人化转变为社会化,过去的所有权是为个人的利益与个人的需要而设,现在则是为社会利益和社会需要而设,所有权也就从原来的绝对无限的权利转变为相对有限的权利。与以前的民律第一次草案和民律第二次草案相比,《中华民国民法》对所有权作了较多的

[16] 黄经文:《近代民法之新趋势与我国现行民法之特质》,载《中华法学杂志》新编第1卷第8号,1937年。

[17] 比如,1930年6月的《土地法》,共397条,分为5编,依次为总则、土地登记、土地使用、土地税、土地征收,其中包含了若干限制所有权的条文。如规定地方政府对于私有土地得斟酌地方需要、土地种类、土地性质等情形分别限制个人或团体所有土地面积的最高额(第14条),这是关于所有权取得权的限制;规定国民政府对于私有土地所有权之移转设定负担或租赁,认为有妨害国家政策者得制止之(第16条),这是对所有权的转让权和租赁权的限制;地段面积过小或其形式不整,不适于建筑独立房屋时,市政府得不许其建筑并应斟酌连接地段情形,准由连接地段之所有权人请求依法征收之(第151条),对于繁盛区域内之空地,市政府得斟酌地方需要情形,规定2年以上之建筑期限,逾规定期限不建筑者,得准需用土地人请求征收其全部或一部(第155条),这是关于土地使用权的限制;规定房屋标准租金以不超过地价册所载土地及其建筑物之估定价额年息百分之十二为限(第163条),地租不得超过耕地正产物收获总额千分之三百七十五(第177条),这是关于收益权的限制。

限制性规定也是体现了这一种转变。

(二) 契约自由原则受到限制

由契约自由到对契约自由的干预,这是现代契约法领域最显著的变化。所谓契约自由,是指当事人具有缔结契约、选择缔约的相对人、决定契约内容和方式的自由,任何组织包括国家和个人均不得加以干涉,契约具有法律效力。契约自由是近代各国民法的主要原则,它是19世纪自由放任经济的产物。但是契约的真正自由仅限于在订立契约的双方实力均等时才能体现。而当订立契约的双方实力不相等时,虽然表面上仍可以自由方式订立契约,但弱小的订约人在事实上却只能是惟命是从。契约自由的这种弊端随着垄断资本的出现和发展不断暴露出来,因此从19世纪末开始,契约自由受到了限制。这种限制主要通过两种途径:一是对契约内容进行限制,二是以团体契约代替个人契约。

1900年实施的《德国民法典》把有关契约的内容分别规定在债与法律行为两部分中,它虽然也确立契约自由原则,但同时已有一些限制性的规定。如其第134条规定:“违反法律上禁止规定之法律行为,于法律无特别规定时,无效”;第138条第1款规定:“违反善良风俗之法律行为,无效”;第157条规定:“对合同的解释,应遵守诚实信用原则,并考虑交易上的习惯”;第242条规定:“债务人义务依诚实和信用,并参照交易习惯,履行给付”。民法典颁布之后,德国在司法实践中通过对民法典中有关“善良风俗”、“诚实信用”、“交易惯例”等一般条款的解释,对契约的内容加以限制。

《德国民法典》影响了20世纪许多国家的民事立法。如1911年《瑞士债务法》第2条规定的“以不能或不法或违反善良风俗为内容之契约,为无效”及《瑞士民法典》第2条规定的“任何人都必须诚实、信用地行使其权利并履行其义务”,就是移植了《德国民法典》第138条和第137条等的规定。虽然《瑞士民法典》的第2条未能指出将诚信原则适用于债法,但其将诚实信用明确规定直接适用于权利与义务两部分,则是不言而喻的。诚信原则已成为债法尤其是契约法的基本原则。

在德国和瑞士有关法律规定的影下,大陆法系许多国家都在民法典中规定或补充规定了订立契约必须遵守善良风俗和诚实信用的原则,加上法官在实践中运用自由裁量权对这些原则的具体落实,使得近代的以意思自治和契约自由为中心的封闭的契约体系被打破,一些新的契约理论得以产生和运用。

比如缔约过失理论,首先是由德国法学家耶林(Jhering, 1818-1892)在1861年发表的《缔约上过失,契约无效与不成立时之损害赔偿》一文中首先

提出的:“从事契约缔结的人;是从契约交易外消极义务范畴,进入契约内的积极义务范畴,其因此而承担的首要义务,系于缔约时须善尽必要的注意。法律所保护的,并非仅是一个业已存在的契约关系,正在发生中的契约关系亦应包括在内……简言之,当事人因自己过失而使契约不成立的,对信其契约为有效成立的相对人,应赔偿基于此项信赖而生的损害”。^[18]

缔约过失理论产生以后,由于客观条件的限制,很长时间内它只具有理论上的意义。而20世纪之后,由于一些国家在民法典中引进了诚实信用等方面的原则,在司法实践中遵循这些原则,当事人在缔结契约的谈判中必须遵守从诚实信用出发而要求的一般义务(称前契约义务、信赖义务)就成为契约法的实体要求,缔约过失责任也就在诚实信用的基础上被广泛接受。^[19]

法国是第一个在民法典中明确契约自由原则的国家,但从19世纪末开始,也通过颁布单行民事法规的形式对契约的内容进行干预。如1918年3月9日和1919年10月23日两项法律规定了房屋租赁的强制出租,严惩非法抬高房租。

契约自由也是日本明治民法的一项基本原则,但实施后,由于在经济发展过程中,社会逐渐分化成经济强者和经济弱者,而经济强者利用契约自由的名目,对经济弱者实行压迫、欺诈的行为越来越严重,因此日本20世纪以来颁布的一些单行法规,也体现了限制契约自由的精神。如1921年的《租地法》和《租家法》对土地契约行为、房屋租借自由行为进行了限制和规范。

在英美法系国家,在进入20世纪之后,传统的以对价为中心的体系发生动摇,那种当事人之间以契约自由和意思自由为中心形成的封闭关系也发生松动。在美国,也开始采纳缔约过失责任原则。

集合契约的出现则是限制契约自由原则的另一个体现。《瑞士债务法》有关于集合劳动契约的规定,其他如1918年之德国、1919年之法国、1922年之苏俄、1926年之意大利,皆以特别法令对此作了规定。^[20]

19世纪末开始形成的限制契约自由的潮流也影响到了民国时期的立法。《中华民国民法》虽然规定了契约自由的原则,^[21]但同时又对这一原则作了一

[18] 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(一),中国政法大学出版社1998年版,第88-89页。

[19] 傅静坤:《二十世纪契约法》,法律出版社1997年版,第15页。

[20] 胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第5页。

[21] 这主要体现在“当事人互相表示意思一致者,无论其为明示或默示,契约即为成立”(第153条第1款)中。

些限制。比如,第71条规定:“法律行为违反强制或禁止之规定者无效,但其规定并不以之为无效者不在此限”;第72条规定:“法律行为有悖于公共秩序或善良风俗者无效”;第74条第2款规定:“法律行为系乘他人之急迫轻率或无经验使其为财产上之给付或为给付之约定,依当时情形显失公平者,法院得因利害关系人之声请,撤销其法律行为或减轻其给付”。契约作为法律行为的一种,当然要遵守这些原则规定。

此外,《中华民国民法》还在债编中具体规定了一些限制契约内容的条文。如法典第203条规定:“应付利息之债务,其利率未经约定,亦无法律可据者,周年利率为百分之五”;第205条规定:“约定利率超过周年百分之二十者,债权人对于超过部分之利息无请求权”;第206条规定:“债权人除前条限定之利息外不得以折扣或其他方法巧取利益”。这些规定实际上是为了保护无钱举债者的利益及其生存权而限制订立契约的个人意思之一致。又如,第252条规定:“约定之违约金过高者,法院得减至相当之数额”,这一规定表明,当事人之间虽然可就违约金的数额自由约定,但如失之过高,有背公允原则的,法院就有权进行干预,目的是为了体现公平原则。还如,第457条第1款规定:“耕作地之承租人因不可抗力致其收益减少或全无者,得请求减少或免除租金”,这一规定表明,承租人在一定情况下可以免除契约原来规定的义务,这是对契约内容限制的进一步延续。^[22]

(三) 无过错责任原则的出现

近代侵权责任的基本原则是过错责任。这一原则的含义是,承担侵权责任的前提是侵权行为人在主观上必须存有故意或过失,也就是所谓“无过错即无责任”。这种责任原则是建立在“自己责任”原则的基础上的。从《法国民法典》确立这一原则开始,大陆法系的国家,如德国、日本等都相继在民法典中的侵权行为部分规定了这一原则。而英国、美国等英美法系国家也通过判例等途径,确立了近代侵权行为的这一原则。这一原则是个人主义盛行的产物,它

在扩大侵权行为法的适用范围和促进社会化方面曾发挥了作用。^[23]

但从19世纪末开始,由于大企业的勃兴,铁路和汽车、飞机等交通工具的出现,电气和水力等动力的利用,因从事企业经营而发生的工作灾难、交通、污染、产品缺陷等引起损害人身、财产的事件屡屡发生,而仅仅依据过错责任原则往往导致受害人难以举证而无法获得法律上的救济。学术界逐渐出现了部分领域应采用加害人即使无过错也应承担赔偿责任的主张,从而在立法和司法上也确立了特定领域采用无过错责任的原则,以保障受害人的权益。

在法国,由于民法典关于侵权行为责任的规定相对简单(第1382-1386条),确立的也只有过错责任,因此从19世纪末起,法院通过创造性的解释运用法典条文,开始采用严格责任原则。1896年最高法院在“泰伏里案”(因拖船爆炸受伤)判决中确认爆炸原因是发动机构造的缺陷,同时扩大解释民法典第1384条,^[24]采用了严格责任原则。在1914年另一个重要判决中法国最高法院更进一步认为,物之保管人除能证明损害系由于不可抗力、被害人之过失、第三人过失所肇致者外,纵其对损害之发生无过失责任,也应负赔偿责任。此外,1898年4月9日《工人赔偿条例》和其后的几次修订,在民法典外的单行民事法律中也发展了严格责任原则。

在德国,无过错责任原则的适用主要由特别法加以规定。早在德意志帝国统一之前,1838年的《普鲁士铁道法》就规定:“铁道公司就其运送中之乘客与货物或第三人与其货物所生一切之损害,负赔偿之义务,但证明损害因被害人之过失,或因不得预防之外部的事变而生者,不在此限。企业性质上当然附有之危险,不得为免责事由”。有学者认为,这是无过错责任最初的立法例。^[25]1871年,德国颁布的统一适用于全境的《铁路矿山作业所致伤亡损失赔偿责任法》也确立了无过错责任原则。但是,继这些法规之后颁布的《德国民法典》尽管有关侵权责任的规定比《法国民法典》要详尽,但所确立的基本上仍是过错责任原则。不过,在民法典之后,德国还是通过一些单行法规确立了在一些领域的侵权行为适用无过错责任原则。如《汽车责任法》(1909年)就确立了无过错责任原则。^[26]

[22] 除《中华民国民法》对契约自由原则作了这些限制性的规定以外,这一时期所颁布的一些劳动方面的法规还规定有集合契约的内容。如由史尚宽起草的《劳动协约法》(1930年颁布,共31条,分为总则、限制、效力、存续期间和附则5节。此法系参考德、奥、俄、法、新西兰等国的相关立法,并考虑中国当时情况而起草的。)第1条第1款规定:“称团体协约者,谓雇佣人或具有法人资格之雇佣人团体,与有法人资格之工人团体,以规定劳动关系为目的,所订立之书面契约也”。以团体协约代替个人的契约,明显限制了契约自由原则。

[23] 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(二),中国政法大学出版社1998年版,第146-151页。

[24] 《法国民法典》第1384条规定:“任何人不仅对其自己行为所致的损害,而且对应由其负责的他人的行为或其管理之下的物件所致的损害,均应负赔偿的责任。……”

[25] 李文范:《损害赔偿理论之研究》,载《中华法学杂志》第1卷第4号,1930年。

[26] 李文范:《损害赔偿理论之研究》,载《中华法学杂志》第1卷第4号,1930年。

而英国和美国则主要是通过判例确立无过错责任原则。英国这方面最重要的判例是1868年的“赖兰兹诉弗莱彻”(Rylands v. Fletcher)一案。审理此案的法官创设了下列原则:土地所有人在非依自然方法使用其土地过程中,为自己之目的,在土地上堆放物品者,就该物品逃逸而肇致之损害,无论其是否具有过错,均应负赔偿责任。这一原则后被广泛适用于采矿、建筑、交通运输等工业部门。^[27]

而最早在民法典中明确规定无过错责任原则的则是1922年《苏俄民法典》,其第403条规定,使他人的人身或者财产遭受损害的人,应当担负赔偿损害的责任;第404条规定,铁路、电车、制造工场、燃料商、豢养野兽的人、建筑或设备的施工人等,足使周围发生异常危险之企业或个人,若不能证明损害出于不可抗力,或被害人自身之故意或重大过失而造成的,则对于异常危险所生之损害,负赔偿责任;第406条规定,依照本法典第403条至405条的规定,加害人本来可以不负赔偿责任时,法院亦得斟酌加害人与被害人之财产状况,命令加害人负赔偿之义务。此后,1928年《匈牙利民法修正案》也有类似的内容。

在《中华民国民法》制定之前,虽然各国学者关于无过错责任的责任基础的理论有各种学说,如原因说、拟制说、担保说、利益说、违法说、危险说、公平说等,但无过错责任原则应是侵权行为的一项原则却已在理论上、司法上得到了公认。

《中华民国民法》制定于无过错责任原则的理论及相关的法规、判例诞生之后的20世纪20年代末,为确保社会之生存和国民之生计,自然不能不引进这一原则。虽然法典明确规定了过错责任原则,^[28]但同时又规定了体现无过错责任原则的条文,以弥补单一的过错责任原则的不足。如第187条第1、2款规定:“无行为能力人或限制行为能力人,不法侵害他人之权利者,行为时如有识别能力,则由其法定代理人连带负损害赔偿。行为时如无识别能力,则由其法定代理人负损害赔偿。倘法定代理人于其监督并未疏懈,或纵加以相当之监督,而仍不免发生损害者,则不负赔偿责任”。这样的规定不免有非使被害人自身负担他人加予之损害不可之结果。因此同条第3款又接着

规定:“法院因被害人之声请,得斟酌行为人与被害人之经济状况,令行为人为全部或一部之损害赔偿”。又如,第188条规定:“受雇人因执行职务不法侵害他人之权利者,由雇佣人与行为人连带负损害赔偿,但选任受雇人及监督其职务之执行已尽相当之注意或纵加以相当之注意,而仍不免发生损害者,雇佣人不负赔偿责任。如被害人依前项但书之规定不能受损害赔偿时,法院因其声请得斟酌雇佣人与被害人之经济状况,令雇佣人为全部或一部之损害赔偿。雇佣人赔偿损害时对于为侵权行为之受雇人有求偿权”。这些都体现了对过错责任原则的修正,也是民法民生主义化的明证。

除上述所有权、契约、侵权责任等领域逐渐贯彻注重社会公益的精神外,《中华民国民法》还在法人、时效、不动产物权、生存权等具体制度的规定上体现了这一精神。

法人设立之限制。规定法人非向主管官署登记不得成立(第30条),以公益为目的之社团于登记前应得主管官署之许可(第46条),财团于登记前应得主管官署之许可(第59条)。^[29]同时,对法人的目的或行为也有限制,如法人有违反法律、公共秩序或善良风俗者,法院得因主管官署、检察官或利害关系人之请求而宣告解散(第36条),解散后之清算属于法院监督,法院得随时为监督上必要之检查(第42条)。这些都是法律赋予主管官署对于法人以监督及处分全权的规定。

消灭时效之缩短。规定请求权因15年间不行使而消灭,但法律所定期间较短者依其规定(第125条),对利息、红利、租金等的请求权因5年间不行使而消灭(第126条),对运费、律师费等的请求权因2年间不行使而消灭(第127条)。消灭时效的规定,本来是为了确定法律状态,以减少民众纠纷,维持社会秩序,但如果规定消灭时效期间过长,则会妨碍社会经济的发展。

不动产物权登记要件主义之采用。规定不动产物权依法律行为而取得,设定、丧失及变更者非经登记不生效力(第758条)。这是为了明确权利状态,

[29] 从当时各国关于法人制度的规定看,法人设立的立法主义主要有三种:团体设立之自由主义、许可主义及准则主义,但采用自由主义已成为一种倾向。从《中华民国民法》的规定可以看出,对于非以公益为目的的社团法人采取的是准则主义,对于以公益为目的的财团法人则采取许可主义。有学者认为,察之当时事实,对于前者来说,登记之困难无异于许可主义,而对于后者来说,要得到许可则更是难事,因此提出法律应因势利导,顺应形势,规定自由设立更加有利于促进社会进化。参见徐恭典:《法人观念之变迁及其立法之趋势》,载《中华法学杂志》第2卷第2号,1931年。

[27] 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(二),中国政法大学出版社1998年版,第157-158页。

[28] 主要体现在法典的第184条中:“因故意或过失不法侵害他人之权利者,负损害赔偿责任,故意以背于善良风俗之方法加损害于他人者亦同。违反保护他人之法律者推定其有过失”。

以保护社会一般之公益。

最低限度生存权之承认。规定约定之违约金过高者，法院得减至相当之数额（第252条），约定赠与后因赠与人经济状况变更，如因赠与致其生计有重大之影响，或妨碍其抚养义务之履行的，得拒绝赠与之履行（第418条），夫妻无过失之一方因判决离婚而陷于生活困难者，他方纵无过失亦应给予相当之赡养费（第1057条），因负担抚养义务而不能维持自己生活者免除其义务（第1118条）。承认最低限度生存权的目的也是为了社会公益。

从上述分析可以看出，《中华民国民法》所体现的立法精神反映了它对19世纪末以来西方社会本位民事立法思想的继承。19世纪下半叶开始席卷西方资本主义世界的社会本位立法原则和法律社会化倾向，对孙中山的思想产生了巨大的影响。他顺应这一世界趋势，并借鉴和吸收其中的一些理论原则，提出了三民主义的理论，形成了自己的以国家自由观和集体平等观为理论基础的社会本位立法思想体系。他的基本主张是提倡国家和社会的整体自由，限制个人的自由权利，强调限制或牺牲个人自由以争取国家的自由独立，以个人服从取代个人自由，自由应以民权为归宿，个人的自由权利应纳入有组织的社会政治秩序之中。

民律第二次草案起草过程中，虽然曾有人反对在草案中确立贯彻强调社会公益精神的内容，^[30]但孙中山的社会本位思想对该草案还是产生了一定的影响，参与该草案起草的主要人物，时任修订法律馆协修的江庸（1878-1960）在所列举的立法理由中就曾提到：“前案（民律第一次草案）仿于德日，偏重个人利益，现在社会情状变迁，非更进一步以社会为本位，不足以应时势之需求”。^[31]

南京国民政府时期的立法原则同样也是以孙中山的法律思想为理论基础的。受其影响，这一时期的立法者大多拥有社会本位思想。当时的立法院院长胡汉民在就职典礼上就发表了题为“三民主义之立法精义与立法方针”的讲

[30] 在起草民律第二次草案时，面对当时已出现的强调社会本位的民法潮流，学术界对于我国民律是否也应趋附这种潮流有不同的观点，基本分为改进说与保守说。其中，持保守说者认为，中国社会经济情况与各国不同，既未脱离农业时代，也未废弃手工制度，工厂制度尚在萌芽，法律的改造须以社会经济为先决问题，中国经济既不同于他邦，何必强此就彼，徒染欧化，认为当时的中国制定民律不应效法外国贯彻社会本位的立法精神。参见王凤瀛：《二十世纪民法之趋势及吾国立法之方针》，载《法学会杂志》第8期，1922年。

[31] 谢振民编著：《中华民国立法史》（下册），中国政法大学出版社2000年版，第748页。

话，正式确立三民主义为国民政府立法的根本指导思想。胡汉民在这一讲话中提出，国民政府当时所迫切需要的是谋求人民生命财产的保障、确定国家和人民的责任义务、使社会的经济利益能在平衡的保护和鼓励下得以发达。并明确提出了三民主义的立法方针，即以社会安定为立法的第一方针，以经济事业的保养和发展为立法的第二方针，以社会各种现实利益的调节和平衡为立法的第三方针。^[32]

胡汉民的以孙中山三民主义为依据而阐述的这些立法思想对这一时期南京国民政府的各项立法都产生了一定的影响。《中华民国民法》是在他的直接主持之下制定的，当然更是无例外地贯彻了社会本位的立法精神。民法总则编起草说明书所列举的立法理由之一就是注重社会公益，提出“驯至放任过甚，人自为谋，致社会公益于不顾，其为弊害，日益显著……对于社会公益，自应特加注重，力图社会之安全”。债编的起草说明书也提到：“个人本位之立法，害多利少，已极显然，故特别注重社会公益，以资救济”。同样，注重社会公益也是物权编起草时所遵循的一项原则，这在胡汉民的《民法物权编之精神》中得到了清楚的表达：“法律应该能够保障社会群体的利益。至于个人的所有权种种，实在应该是为社会生活与民族生存而有的。……故一切权利行使，应受法律的约束与制裁。……社会生活和社会生存为法律所由产生的源泉。法律所以要保障各个人生命财产之安全，其最高目的由于为社会的安全，而不是纯粹为个人的安全。所以个人的利益，必定置诸社会公共利益之下”。

注重社会公益、立足社会本位，这种立法原则被贯彻到民法典中，具体体现就是所有权、契约、侵权等领域发生了上述变化以及法人、消灭时效等具体制度上所出现的新的规定。而就20世纪20、30年代的中国经济及其他方面的发展水平来看，实际上远远落后于西方资本主义国家，对法律的社会化其实并没有如此迫切的需求。《中华民国民法》贯彻社会本位的立法思想既是为了趋附当时西方国家民法潮流、落实孙中山三民主义理论，同时，更深层次的原因还在于，贯彻这种立法思想正好符合稳固和加强这一时期国民党集权统治的需要，这一点不能被忽视。^[33]

[32] 关于胡汉民的立法思想，参见春杨：《略评胡汉民之立法主持活动》，载《法学评论》2000年第6期。

[33] 中国缺少的并不是注重公益的传统，而是缺少对个人权利、自由予以保障的机制。因此，在中国的自由资本主义经济尚未充分发展、公民的个人权利和自由未得到比较切实保障的民国初期，对《中华民国民法》的上述立法精神不能作太高的评价。

四、平等原则与《中华民国民法》

近代民法,尤其是婚姻家庭及继承法领域的一个基本特征,就是体现了不平等的精神,无论是英美法系国家,还是大陆法系国家均是如此;只不过表现形式及具体的规定不尽相同罢了。比如,在英国,1857年的《婚姻案件法》(The Matrimonial Causes Act)首次承认可以通过离婚法院判决离婚,这是英国婚姻法史上的一次重大变革,但该法在规定离婚条件方面却体现了男女的不平等。它规定,夫可以妻与人通奸为由请求离婚,而夫单纯的通奸行为却不能成为妻要求离婚的理由,妻必须证明夫在一般的通奸之外,还有2年以上的遗弃、虐待或重婚,或与近亲通奸、强奸等行为,才可以提出离婚。1804年《法国民法典》在婚姻家庭关系上体现了男尊女卑,如规定“妻应顺从其夫”(第213条)、妻在赠与、转让、抵押等方面的行为能力受到夫的限制(第217条)。制定于19世纪末的《德国民法典》同样体现了这种不平等的精神。而与前两个大陆法系民法典相比,日本明治民法更是有过之而无不及;如保留以男性为中心的“家”的制度,规定家督继承制度等。

民法领域的这种不平等随着社会文明的进步和现代观念的确立而日渐暴露出其不合事宜的弊端,各国均相应作了些调整,尽管在调整方法及进程上有所不同。

英国在这方面的改革相当缓慢,前述《婚姻案件法》在实施后虽然被多次修改,但主要都是关于手续方面的修正,对于不平等的规定并无触及。一直到1923年7月18日通过的法律,才正式规定妻可以夫的单纯通奸为由而提出离婚,妇女从而取得了在离婚问题上与男子的平等权。^[34]

在法国,19世纪末以来,婚姻家庭法发生了较大的变化,其中一个趋势即是削弱夫权,使妻子和丈夫一样享有同等的法律权利,如1927年8月10日的法律废除了民法典第12条、19条关于妻子从属丈夫国籍的规定。

在德国,1919年魏玛宪法对婚姻家庭关系作了一些新的规定,如宪法修改了民法典关于妇女和非婚生子女地位的规定,强调男女在婚姻生活关系中地位平等(第109、119条);非婚生子女与婚生子女享有同等权利(第121条)等,这些为德国现代婚姻家庭法的发展奠定了方向。

1922年《苏俄民法典》在“权利主体”一章明确规定公民在权利能力和行为能力上的平等性:“苏俄为了发展国家生产力,给予全体公民以民事上的

权利能力(享受民事上的权利和承担民事上的义务的能力);但是被法院限制权利的人除外。不因为性别、种族、民族、信仰、出身不同,而在享受民事权利能力的范围上有所限制”。

在20世纪初期各国民法的演变发展过程中,从法律上确立平等原则已成为一种潮流,虽然这种平等还不彻底,而且也较具形式意义。这一潮流同样影响了民国时期的民事立法。

在我国封建传统中,夫为妻纲,夫权与父权、家长权三者鼎立,在离婚、财产等方面均体现了男尊女卑,同时,非婚生子女地位低下。这些不良传统延续影响至民律第一次草案和民律第二次草案。1926年的国民党第二次全国代表大会通过的《妇女运动决议案》,对逆世界潮流的不良的传统习俗具有一定的改革作用,它提出了一些婚姻问题的立法原则:制定男女平等的法律;从严禁买卖人口;反对多妻制;反对童养媳;根据结婚离婚绝对自由的原则,制定婚姻法;保护母性;保护被压迫而逃婚的妇女;社会对于再婚妇女不得蔑视,应一律平等对待;打破奴隶女性的礼教;反对司法机关作出男女不平等的判决。该决议案明确了改革婚姻制度的基本原则,对日后制定更为完善具体的婚姻法规,奠定了良好的基础。^[35]

1927年由国民政府法制局完成的亲属法草案和继承法草案^[36]在这方面有了进一步的举措,在婚姻、继承等方面确立了不为传统观念束缚的平等原则。比如,亲属法草案中没有关于家制组织的规定,亲属范围“以血统及婚姻两项事实为标准”,继承法草案中未规定宗祧继承,规定继承遗产“不问男女,按人数均分”。而亲属法草案说明书的“奖励亲属互助,而去依赖性”及继承法草案说明书的“废止封建遗制之宗祧继承”等规定,也都表明了草案要废止家族制度的目的。^[37]

上述两个草案虽然因当时立法院尚未成立而遭搁置,未发生实际效力,但这种符合现代民法潮流的原则在《中华民国民法》中得到了体现。

《中华民国民法》总则编的起草说明书所列举的立法理由之一就是“男女

[35] 朱勇主编:《中国法制通史》第九卷,法律出版社1999年版,第585-586页。

[36] 该亲属法草案分通则、婚姻、夫妻关系、父母与子女之关系、扶养、监护人、亲属会议7章,共82条;继承法草案分通则、继承人、继承之效果、继承人之应继份、遗产之分割、无人承认之继承、遗嘱、特留份8章,共64条。

[37] [日]中岛玉吉:《谈中华民国法制局亲属法及继承法草案》,惠子译,载《法季刊》第1卷第1号,三五法社1930年版。

[34] 彭年鹤:《离婚制度之比较研究》,载《中华法学杂志》第6卷第4、5号合刊,1935年。

平等之确定”，因此在总则编中没有规定以前民律草案的限制妇女行为能力的内容。其第13条规定：“未满7岁之未成年人，无行为能力；满7岁以上之未成年人有限制行为能力；未成年人已结婚者有行为能力”。这一规定表明，区别有无行为能力、完全行为能力与限制行为能力的主要依据是年龄，而非性别。

亲属编及继承编则更具体地体现了平等原则。比如，没有规定历次民律草案所规定的男女在离婚条件上的不平等条款，其第1052条列举了包括重婚、通奸等10项可以请求离婚的情形，夫妻任何一方均可以对对方有这些情形之一向法院请求离婚；历次草案关于亲权之行使，都规定以父亲为先，只有当父亲不能行使时才由母亲行使亲权，此民法典在规定收养、监护等方面则规定以父母共同行使为原则；夫妻财产制也体现了平等精神，如第1031条规定：“夫妻之财产及所得除特有财产外合并为共同财产，属于夫妻共同共有；共同财产，夫妻一方不得处分其应有部分”；规定继承人分为法定继承人及指定继承人两种，都不分性别，配偶有相互继承的权利。

此外，法条上不再有“妾”的名称，^[38]废除了历次民律草案的嫡子、庶子、嗣子及私生子的名称，只是划分婚生子女与非婚生子女，并规定非婚生子女因生父母结婚或经生父认领，则可视为婚生子女（第1064、1065条）。

当然，受历史条件限制，《中华民国民法》不可能完全贯彻平等原则。如规定了“女子自婚姻关系消灭后非逾6个月不得再行结婚”（第987条）、“子女之特有财产由父管理，父不能管理时由母管理”（第1088条）。这些规定都表明了对女性的歧视。此外，对于法典规定的“妻以其本姓冠以夫姓，赘夫以其本姓冠以妻姓，但当事人另定有订者不在此限”（第1000条），尽管在亲属编立法说明书中把这一规定作为实现男女平等原则的内容加以列举，但有学者认为，就当时的中国实际情况来看，尤其是在实际生活中，夫赘妻家与妻嫁夫家相比，在数量上绝对只占很小的比例，因此这一规定是“以示平等，平等有限”，而且与各国的相关规定相对照，这种规定是“非古非今”、“名不正则言不顺”。^[39]同时，也有团体认为，民法中明确规定夫妻及子女的姓氏，既不可

[38] 关于妾之制度，由于违反平等原则和世界潮流等原因，因此民法条文中没有规定出现“妾”的名称，但在民法实施后这一制度事实上仍然存在。参见姚虞九：《妾》，载《法轨》第2期，1934年。

[39] 王用宾：《妻冠夫姓问题》，载《法学季刊》第1卷第1号，三五法学社1930年版。

能也无必要。^[40]同样地，法典第1002条规定的“妻以夫之住所为住所，赘夫以妻之住所为住所”也存在形式上的平等与实际上的不平等相脱节的问题。

此外，亲属编还专章规定了“家”，虽然当时的立法者对此多有褒奖之词，^[41]当时担任民法起草委员会顾问的法国专家宝道也不主张彻底废止旧家庭制度，认为“旧制度既深入全国国民心坎，则废除此制度或突然易以新者之能否实行，亦一大疑义也”。他甚至主张，对于具有新观念者另制定一种新制度，以规定结婚离婚继承及亲子关系。他还认为，中国亲属法如与历代相沿之习惯相背驰，而强令诚实守旧的农民遵守与传统思想相矛盾的亲属制度，则不免流为一纸空文，而不能见诸实行。^[42]但规定这一制度无论如何是封建传统得到一定保留的结果。

《中华民国民法》虽然在身份平等方面的规定还存在许多缺陷，但从纵向的历史演变角度看，其所包含的确立符合潮流的平等原则的努力还是值得肯定的。

五、20世纪各国的新民法典与《中华民国民法》

与清末民事立法一样，《中华民国民法》在起草过程中同样注意吸收外国民法，但仍然保持了大陆法系德国支系民法典的体例和风格，仅从其继续采用5编制的体例就可看出这一点。但是与清末民事立法不同的是，它不仅贯彻了现代民法的立法精神和原则，而且在借鉴外国民法方面更加拓宽了视野。这主要表现在《中华民国民法》在起草过程中不仅继续吸收了大陆法系德国、日本等国的民法制度，而且还一定程度地移植了20世纪新颁布的若干国家的民法典的具体制度，如瑞士与苏俄两个国家的民法典的部分内容就被《中华民国民法》所吸收。这可以两位权威人士的评述作为佐证。

[40] 在国民党中央政治会议通过关于民法亲属编的立法原则以后，三五法学社就对其中的规定姓氏问题提出了不同意见。认为民法总则第19条已经规定了保护姓名权的原则，而且若夫妻之姓采复姓，则数传之后，由二而四而八而十六，级数增累，不可胜计，会非常烦琐。参见《本社对于民法亲属编先决各点之意见书》，载《法学季刊》第1卷第1号，三五法学社1930年版。

[41] 如当时的立法院院长胡汉民对民法中所规定的家制就曾大加赞赏，认为这是符合孙中山关于家族制度的理论，并且这也符合中国传统，认为民法所规定的家制，尊重家长的义务，并且不论性别，强调家长在管理家务时应注意于家属全体的利益，这种制度体现了民族主义的真精神。参见胡汉民：《民法亲属继承两编中家族制度规定之意义》，载《中华法学杂志》第2卷第2号，1931年。

[42] [法]宝道：《中国亲属法之改造》及《婚姻财产》，张毓昆译，载《法学季刊》第1卷第1号，三五法学社1930年版。

参加过民国这一时期立法工作的吴经熊在其《新民法与民族主义》一文中指出：“就新民法（即中华民国民法）从第 1 条到第 1225 条仔细研究一遍，再和德意志民法及瑞士民法和债编逐条对校一下，倒有百分之九十五是有来历的，不是照帐誊录，便是改头换面”。^[43]著名民商法专家梅仲协在其《民法要义》序言中也写道：“现行民法（即中华民国民法），采德立法例者，十之六七，瑞士立法例者，十之三四，而法、日、苏联之成规，亦尝撷取一二，集现代各国民法之精英，……”。^[44]虽然两位专家的阐述不尽相同，但都从一个侧面说明了《中华民国民法》在内容上移植外国民法视野的广阔。

关于《中华民国民法》对瑞士、苏俄民法制度的移植在上文阐述现代民法潮流时已有所涉及，在此对所移植的体例和具体制度进一步作些说明。

《中华民国民法》采用民商合一体例主要是受瑞士私法模式影响的结果，除此之外，对瑞士民法的移植还主要体现在：

一是在债编中特增加规定原属商法总则中的经理人及代办商，原属商行为中的买卖、交互计算、行纪、仓库、运送营业及承揽运送等内容，这些均是在《瑞士债务法》的“第 2 部分 各种契约关系”中加以规定的。此外，还效仿瑞士法律专节规定了出版契约（第 515 - 527 条）。

二是规定债之发生的原因因为契约、悬赏广告、无因管理、侵权行为及不当得利。这也是延续民律第二次草案效法瑞士立法例的结果。但《中华民国民法》同时还将悬赏广告附入契约之后（第 164 - 165 条），而把代理权之授与独立列为一款。^[45]

三是在亲属编的第 2 章“婚姻”之下专节（第 4 节）规定了夫妻财产制。该节共用了 40 余条（第 1004 - 1048 条），分别规定了夫妻财产制的一般原则、法定财产制及约定财产制的 3 种具体制度（即共同财产制、统一财产制和分别财产制）。这样详尽地对夫妻财产制作具体的规定也是效法瑞士的结果。^[46]其中，关于婚后在特定情况下可以契约变更婚前所约定的财产制、统一财产制等

方面与瑞士法律规定也比较相似。^[47]

四是规定家制所采取的原则也效法了瑞士。如前所述，法典在亲属编专章规定了“家”，这尽管主要是考虑中国传统因素的结果，一定程度地体现了对封建残余的保留，但它并不是《中华民国民法》的专利品，在其他国家民法中也有规定这一制度的。从当时各国民法关于这一制度的立法精神上来看，关于家有采形式主义的，也有采实质主义的。日本明治民法属于前一种，规定凡隶属于同一户籍者，即谓“家”；瑞士民法则属于后一种，规定惟经营共同生活之亲属团体，才是“家”。前者以家长权为本位，后者以共同生活为本位。^[48]《中华民国民法》效法瑞士，采用实质主义，其第 1122 条规定：“称家者，谓以永久共同之生活为目的而同居之亲属团体”。

1922 年《苏俄民法典》是在俄国十月革命后经过了 3 年多时间，开始实行新经济政策时获得通过、颁布的。该民法典条文简单，只有 435 条，体例上也很特别，分为总则、物权、债权、继承四编，这虽然与《德国民法典》的体例比较接近，但它没有亲属编。这主要是由于苏俄关于身份登记、亲子关系、户籍、监护等方面的规范已经在民法典制定之前的 1918 年被制定汇集而成为了一个单行法规。《苏俄民法典》所体现的立法原则也非常特别，如完全抛弃契约自由，立足保护劳动者阶级等等。这与《中华民国民法》所主要依据的三民主义有很大的差异。

尽管如此，作为 20 世纪新生成的、独树一帜的《苏俄民法典》仍一定程度上被《中华民国民法》所借鉴。从体例上看，民法典在总则编中设一综合性的“第 1 章法例”，把全编通用的法则单独列为一章，并放在编首加以规定，这就是效法《苏俄民法典》体例的结果，尽管两者在条文数和具体规定上并不相同。^[49]从内容上看，关于法人的设立，如前所述，《中华民国民法》兼采准则主义与许可主义，这与《苏俄民法典》的规定（第 14、15 条）也相似，同时两者均无法人本质之明文规定。此外，关于禁治产，两者均不设禁治产与准

[47] 刘陆民：《欧洲各国夫妻财产制度与我国夫妻财产制度之比较》，载《法学丛刊》第 4 卷第 7 期，1936 年。

[48] 史尚宽：《亲属法论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 779 页。

[49] 《苏俄民法典》总则编的“第 1 章基本原则”之下有 3 个条文，具体规定了民事权利受法律保护、民事权利纠纷按照诉讼程序解决及土地关系、劳动关系、家庭关系等由专门法典调整等内容；《中华民国民法》总则编的“第 1 章法例”之下有 5 个条文，具体规定了民事习惯和法理的地位、依法使用文字的原则等方面的内容。

[43] 胡大展主编：《台湾民法研究》，厦门大学出版社 1993 年版，第 37 页。

[44] 梅仲协著：《民法要义》，中国政法大学出版社 1998 年版，“初版序”。

[45] 第 2 编第 1 章第 1 节“债之发生”之下，共有 5 款，依次为契约、代理权之授与、无因管理、不当得利、侵权行为。

[46] 胡长清：《中国民法总论》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 24 页。

禁治产之区别。^[50]

此外,《中华民国民法》对其制定之前面世的《泰国民法典草案》、《法意债与契约法典草案》也有一定程度的借鉴。

从上述分析可以看出,《中华民国民法》借鉴外国法涉及的国别较多,视野比较开阔,它一定程度上带有集 20 世纪 20、30 年代世界民法新发展、新变化成果之大成的色彩。这从一个侧面反映了民国时期在移植外国法方面区别于清末的一个显著的特点。

《中华民国民法》移植外国法这种新特点的出现是有原因的。一方面,制定一部紧跟时代潮流的法典的立法目的,决定了起草民法时不会仅仅局限于某一部、或某几部法典,而是要力求广泛地了解外国最新的立法成果,这样,一些很有特色的新的民法典自然会被纳入立法者们的视野,成为立法时的参照对象。另一方面,随着中外交流的增加,各国的立法动态易被国人知晓,即使是新出台的民法典,也很快被介绍到了中国,这为起草民法时参照外国新的民法典创造了条件。

此外,移植外国法视野的拓宽,还离不开人的因素。清末民商法律改革时移植外国法的主要手段是依赖邀请来的日本专家,如松冈义正、志田钾太郎等人,帮助起草民商事法律草案。^[51]由于当时的条件所限,所起草的法案主要是以德国、日本的相关法典为参照。但是进人民国以后,由于内外政策关系变化的因素,日本法律顾问很快退出了中国的法律编纂部门。^[52]继之担任民国政府顾问的主要是来自欧美国家的专家,对民国私法领域有较大影响的顾问有爱师嘉拉及担任民法起草委员会顾问的宝道等法国专家。他们撰写论著介绍外国的新民商法典和国外民商法新的发展潮流,同时对立法的具体问题提出建

议。^[53]而接受过西方法律训练后归国的中国学者对民法典制定工作的直接参与,也对起草一部符合民法新潮流、借鉴视野广阔的民法典起了不可忽视的作用。

据史料记载,担任起草委员的有曾留学日、德、法等国的史尚宽,曾留学过日本和法国、并曾任考察欧美各国政治专使的郑毓秀;担任民法起草委员会顾问的有曾留学日本、欧美,并获得美国耶鲁大学法学博士学位和英国律师资格的王宠惠,而当时担任立法院院长并直接主持民法制定工作的胡汉民,也曾留学日本,并有出使苏俄的经历。^[54]虽然我们不能断言在某国家学习生活过的专家就势必会把该国家的民法内容吸收规定到自己所参与起草的民法典中,但有过直接接受外国法律训练、受过外国法律文化熏陶的经历会拓宽起草者的立法视野,这一点应是不容置疑的。

六、余论

《中华民国民法》虽然趋附现代民法潮流,广泛借鉴外国民法制度,但是仍保留了一些传统的制度。其中,最为人们关注的是规定了典权制度。在公布的《民法物权编立法原则》中,在共 15 项的立法原则中,有 5 项是关于典权制度的。在第 10 项立法原则“支付典价占有他人之不动产而为使用及收益者为典权人”下有一说明:“我国习惯,无不动产质而有典,二者性质不同。……二者比较,典之习惯,实远胜于不动产质。因(一)出典人多经济上之弱者,使其于典物价格低减时,抛弃其回赎权,即免负担于典物价格高涨时有找贴之权利,诚我国道德上济弱观念之优点。(二)拍卖手续既繁,而典权人既均多年占有典物,予以找贴即取得所有权,亦系最便利之方法,故于民法中应规定典权”。^[55]

在中国古代史籍中,对于典就有记载。^[56]清末法律改革时,邀请日本专家松冈义正主持起草的《大清民律草案》(1911 年)的物权编,基于不动产质

[50] 郑保华:《苏俄民法与我国新民法关于总则编法例及权利主体之比较》,载《中华法学杂志》第 3 卷第 3、4 号合刊,1932 年。

[51] 关于清末聘请日本专家的详情,参见李贵连著:《沈家本传》,法律出版社 2000 年,第 265-268 页。

[52] 日本专家最后一次直接参加民国时期的法律编纂工作是 1914 年冈田朝太郎所参加的刑法修订工作。参见王健编:《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》,中国政法大学出版社 2001 年版,“代序”第 9 页。

[53] 如爱师嘉拉除曾发表前述《关于修订中国商法典之报告》一文外,他还曾撰写《中国私法之修订》(《法学会杂志》第 8 期,1922 年),表达了他对中国的私法体例及应制定的民商事法律内容的具体设想,在这篇论文中,不仅涉及德国、日本、意大利等国的民商法典及学说,还介绍了瑞士、泰国、突尼斯、巴西等国的民商法典(草案)。

[54] 胡汉民于 1925 年 9 月因涉嫌廖仲恺被刺案而不得不“出使”苏俄,于次年 4 月回国。参见陈旭麓、李华兴主编:《中华民国史辞典》,上海人民出版社 1991 年版,第 354 页。

[55] 参见《中华民国史事纪要(初稿)》,1929 年 11 月-12 月,第 622 页。

[56] 关于中国古代史籍对于典的记载,参见刘德喧:《我国民法中“典”之沿革论》,载《中华法学杂志》新编第 1 卷第 8 号,1937 年。

权与典权相同这一观点,规定了不动产质权,而没有规定典权。于是,典即不动产质权,它属于担保物权之学说几乎支配了当时中国法律界人士的思想。民国初期的大理院判例曾明确认定典权为不动产质权(1915年大理院统字第226号判例)。但事实上,典乃我国特有之物权,它与不动产质在性质与内容等方面均有差异。^[57]

1915年颁布《不动产典当办法》(共10条),规定了典当契约、回赎年限以及欺瞒不赎之处理等内容,以弥补旧律之不足。民律第二次草案的物权编虽然分别规定了典权与质权,但仍不免有混同典权与担保物权之嫌。从其第982条规定的“不动产质权,得准用典权之规定”及第1002条规定的“典权得准用抵押权质权之规定”,即可知该草案仍将典权视为担保物权之一种。并且,该草案还规定典主享有拍卖声请权,显然这与原来的惯例也有些背道而驰。

《中华民国民法》物权编专章规定了“典权”(第8章),用了17个条文(第911-927条),具体规定了典权的含义、典期、典权人及出典人的权利义务、回赎与找贴等内容。虽然有学者认为物权编在规范典权的编制安排、典期、回赎权除斥期间、找贴等方面仍存在不妥之处,^[58]但《中华民国民法》规定这一制度的本身就说明了起草民法时在参酌外国法律趋附民法潮流的同时,并没有忽略中国的民法传统。

在移植外国法时如何对待传统法律,这是一个敏感而又热门的话题。而从民律第一次草案到《中华民国民法》,典权制度在法律上的变迁就非常清楚地阐明了这样一个道理,即在移植外国法时不应该也不可能完全抛弃切实可行的本土的传统制度。

民国时期移植外国商事立法论略

南京国民政府制定的《中华民国民法》实行了民商合一的体例,这样,在民法典之外独立制定商法典也就失去了前提,但这并不意味着民国时期商法中止了发展。事实上,制定单行商事法规仍然是民国时期私法领域受到关注的立法活动,而这些商事法在形式和内容上都不同程度地继续着移植外国法的历程。本专题受篇幅所限,仅就公司法、票据法及破产法3个领域的商事立法对外国法的移植作些探讨。

一、公司法

在清末法律改革过程中,仿照西法制定的第一部新法是《钦定大清商律》(1903年)。在由两部分组成的该商律中,共有131条的“公司律”是重要的组成部分(另一部分为只有9条的“商人通例”)。为了筹办公司又为当时振兴商务之急需、匆忙之中起草的“公司律”,规定了公司的组织形式、创办呈报方法、经营管理方式和股东权利等,其内容主要是吸收了外国的公司立法。虽然因该公司律移植外国法太多,缺少对中国传统商业行为进行规范和保护而受指责,但不能否认,它的颁布实为中国近代公司法之肇端。

在《钦定大清商律》之后至1907年间,清政府还颁布了如《公司注册试办章程》(共18条)、《大小轮船公司注册给照暂行章程》(共20条)等一些规范公司制度的法规。这些法规与《钦定大清商律》一样,在内容上都一定程度地具有拿来主义的特点。1909年修订法律馆邀请日本专家志田钾太郎起草完成的《大清商律草案》(又称“志田案”),其中的第3编为公司律,内有16章、312条,其内容也主要是效法1899年日本商法典的“第2编会社”(即公司)的规定。该草案的包括公司律在内的内容因移植外国法太多而遭到当时许多商会的抨击,因而也没有得到实施。

1910年,由农工商部提出的由总则、公司两编组成的《改订商律草案》,虽然主要是以地方商会对各地商业习惯调查之后所作的《商法调查案》为依据而起草的,但它仍然不脱效仿外国商法的痕迹。这从《公司律调查案理由书》

[57] 陈荣宗:《典权与外国不动产质权之比较研究》及张龙文:《典权与不动产质权之比较研究》,此两文均载郑玉波主编:《民法物权论文选辑》(下),五南图书出版公司1984年印行。

[58] 沈家治:《对于民法典权规定之商榷》,载《中华法学杂志》第6卷第6号,1935年。

的“叙例”就可看出。它列举了起草公司法必须注意的若干事项,其中既提到“参酌习惯”,也提到要“比较各国”。在后一方面,具体提出:“创法垂制,贵乎斟酌尽善,比较研究短长。乃非特不可仅拘本国之旧制,且亦不能偏言外国一二国之立法。然采用何种法系宜有一定。世界各国关于公司之法律,英美与欧洲各国分为两大派,而以英国与德国两法为尤著。日本与我地近,且生计程度差等,其商法修正后不过10年,既合现势,且较完备。又新旧法之删存沿革,更可循迹,以资考镜。即就此三者而较论短长,英德两国于官厅干涉公司之程度过高,不若日本纯采准则主义,于法更为便。……故各国逐一比较之后,始觉日本法可采处实多。而诸家学说之中,如日本法学博士志田钾太郎君之著述,尤为中正纯善,且当年从事编纂商法经验甚富,尤堪取则。但德国法为日本法之母,其美备可采者亦甚多。”〔1〕

从此段阐述可以看出,即使是起草法案时比较重视中国传统商业习惯的商会,也非但不排斥外国商法,而且对当时外国公司立法动态相当了解,并对日本公司法尤其钟情。因此以地方商会所作的《商法调查案》为基础起草的《改订商律草案》不乏吸收外国法(尤其是日本法)的内容。不过,这一草案还来不及议决也因清政府被推翻而成了废案。

1914年,经当时国务总理熊希龄、农商总长张謇呈请,袁世凯以教令形式公布了《商人通则》和《公司条例》,并于同年9月起实施。此两者都是以前述《改订商律草案》为基础删改修订而成的。其中的《公司条例》分为总纲、无限公司、两合公司、股份有限公司、股份两合公司及罚则6章,共251条。它在体例和内容上仍然效法了日本的公司法。1916年由日本法学博士岩谷孙藏与余荣昌共同起草的《公司法草案》(共7章,259条),其内容大致与《公司条例》相同,它未经立法机关议决颁行。1928年南京国民政府工商部为着手制定商法,特组织工商法规讨论委员会。该会成立后,考虑当时公司发展迅速,急需制定公司法之客观情况,拟具《公司法草案》(共8章,256条)。该草案经议决后与另行起草完成的《商法总则草案》一起咨送立法院审议。由于后来立法院议定实行民商合一体制,对于商法不采用法典形式,因而对于上

〔1〕民友社:《新商法(商人通则、公司条例)释义》,民友社1914年版。该书不仅有《商人通则》与《公司条例》的具体内容,而且还附有清末地方商会所作的《商法总则调查案理由书》及《公司律调查案理由书》。

述两草案未予采用,而仅留作参考。〔2〕

虽然如此,公司法作为商事法中重要的单行法,立法院对它的起草工作还是不敢怠慢。1929年先是议定《公司法原则》,继而依据原则起草草案,并经讨论修改,获得通过,于同年12月公布,1931年7月开始施行。该《公司法》分为6章,依次为通则、无限公司、两合公司、股份有限公司、股份两合公司及罚则,共233条。它相对于起草当时所实施的《公司条例》来说,虽然规定的公司种类没有增加,但在具体内容上有一些新的变化。如扩张了公司的范围,规定公司的设立采取成立要件主义与对抗条例主义,罚则规定较重,其他如关于董事、清算、退股等制度,较以前也均有变化。

1931年《公司法》是中国第一部现代意义的公司法,它的颁布对于规范这一时期的公司运作,促进当时中国的经济发展无疑有着不容忽视的作用。但它也存在一些与当时的中国实际不太协调的规定,这主要是由于移植外国相关法律制度时没有考虑中国当时的国情所致。1929年制定《公司法》时,中国的实际情况是,一方面为维持生存,积累民族资本,需要通过公司的组织形式筹集资本,发展生产。另一方面,中国的人治专制传统决定了在对公司的管理活动上具有较多的随意性。虽然这些客观条件与德、日等国不同,但公司法起草时并没有体现这一客观条件所存在的差异,而仍然一味地效仿这些国家的公司法。表现之一是,公司法对股东,尤其是中小股东利益的保护规定很少,而较多规定的是对公司及其行为方式的界定,这样就难以实现通过百姓集资发展生产的目的。表现之二是,仿德、日立法,在公司设立上采用法定资本制,规定公司成立时所有的资本额都必须得到认购和发行,如果公司章程规定的注册资本在公司设立时没有被一次认足,则公司不能成立。大陆法系国家普遍采用的这一原则,固然能在一定程度上防止欺诈行为,保护债权人利益,但它增加了公司设立的难度。这与当时中国急需通过公司的组织形式筹集资本发展生产的现实是不适应的。

从《公司法》的具体内容看,它与清末公司法肇端时一样,所走的仍然是主要借鉴大陆法系国家公司法的道路。其实,在起草草案时,纳入参考范围的还有英美法系公司法的内容。这主要体现在《公司法》正式起草之前,由国民党中央政治会议通过的“公司法立法原则”(共36项)之中。该“立法原则”第29至33项是关于保证有限公司的内容,具体列举了此种公司的特征:其股

〔2〕谢振民编著:《中国民国立法史》(下),中国政法大学出版社2000年版,第806页。

东之保证责任,不得少于认缴股本之3倍,股东人数不得多于50人;公司股份不得向市场招募或转让;公司不得发行债券;公司宣告破产时,各股东所负之责任,除所缴之股本外,以其保证额为限;股东认缴之股份,应一次缴足,每股可以不低于1000元。

从当时各国公司法的立法例看,规定公司分为无限公司、两合公司、股份公司、股份两合公司的主要是大陆法系国家,如日、意、德、法等国。而采用英国公司制度模式的则无股份两合公司之规定,但有保证责任公司之内容。因此,“立法原则”规定的保证有限公司的内容实际上是效法英国公司制度的结果。但因当时立法院院长胡汉民的提议,决定关于保证有限公司的内容“暂行保留,由立法院另订单行法”。结果,颁布的《公司法》完全仿照日本的立法例,规定了无限、两合、股份、股份两合4种公司类型。^[3]

在公布《公司法》后,民国政府为配合《公司法》又制定了《公司注册规则》(1931年)。1940年还制定了《特种股份有限公司条例》。此外,还对《公司法》进行了多次修改。其中,1946年的修改,将篇幅扩充为10章,361条,主要是吸收了英美公司法的内容。

二、票据法

中国之票据,发端较早。如唐代之飞券、宋代之便钱,实具汇票之形式。明朝以后,山西票商崛起,汇票之制更是蔚然成风。但是,在清末法律改革之前,票据虽然通行于我国民间,但律例中并无关于票据之规定。1909年起陆续完成的前述“志田案”,其第3编为“票据法”(称为“票据法第一次草案”),分为总则、汇票、期票等3个部分,共94条。从内容上看,它主要参照了《海牙统一票据条例草案》(1909年),还同时吸收了德、日两国票据法的内容。“志田案”并没有成为正式的法律,因此包括票据法在内的该草案所有内容都没有得到实施,但它却是中国编纂票据法的开端。

民国成立初期,由于票据流通之增加,有关的纠纷也增多,大理院在审理有关案件时,在无法律明文规定可资依据的情况下,都是参考条理,斟酌习惯

而作出判断。^[4]这在大理院(1918年上字1140号)判例中有规定:“民国关于票据法规现在尚未制定,按照法无明文依习惯,无习惯依条理之通例,凡判断票据法上的讼争,苟非有特殊习惯,自不能不以条理为依据。”其中所指条理,实际上就是外国票据法原理,如《大理院判例、解释例》曾有一个关于票据保证的判例,它规定:“汇票之保证如未注明为何人保证者为承兑人保证,如未经承兑之前,则视为出票人保证,盖有汇票未承兑之前,出票人为主债务人,为确保票据取得人之安全起见,应使保证人对之负责”。这一判例说明了关于保证方式的规定是依据外国票据法原理,因为中国固有的票据习惯或商事习惯虽有保证人,但没有当时其他国家近代票据法所规定的承兑概念和承兑制度。^[5]这为其后票据立法移植外国法奠定了一定的基础。

由于国际贸易活动的日渐频繁及各地票据习惯所存在的差异等原因,起草票据法的工作被提到了议事日程。但由于各种因素的影响,票据立法走过了一条反复曲折的历程。

1922年,修订法律馆着手起草票据法,选派人员到各省调查票据习惯,经过数月时间的努力,起草完成了由4章、109条组成的草案,被称为“票据法第二次草案”,又称“共同案”。次年,任修订法律馆顾问的法国专家爱师嘉拉(Jean Escarra, 1884-1955)起草了《商法法典》,其第2编(有价证券)第2卷(特别适用条例)第1部分为票据,分为3章,115条。

从起草的时间顺序看,这是票据法第三次草案。在起草这一草案的说明理由中,爱师嘉拉一反他在起草商法典时所坚持的“保存中国旧有之商事习惯”的主张,明确提出:“本编(即票据法编)所草拟,不置重中国各地之习惯,专注意国际统一之规定。夫票据立法制,各国本不甚相同,欲谋票据之统一,因有1910年及1912年海牙万国票据法之会议,《万国统一票据章程》,倘实行于中国或各国,习惯上难保无抵触之虞。然中国既参与该会,且国中从未有正式宣布之票据法,自应以采取该会所规定为宜也。……关于汇票及本票,鄙人多采用《统一票据章程》所规定,草案内条文有悉依其原文者,因《统一票据章程》编定甚为详慎也。但间有舍弃《统一票据章程》所规定者,则或因中国

[3] 孟继湘:《修改公司法之我见》,载《中华法学杂志》新编第1卷第9号,1937年。在该文中,作者还具体阐述了保证有限公司的优点和股份两合公司的缺陷,认为《公司法》在借鉴模式上的最终选择是立法上的一大遗憾。同时,该文还对《公司法》的诸如盈余分派、无记名股票之发行、董事的资格及股份有限公司董事的赔偿损害责任等规定,提出了批评和建议修改的具体意见。

[4] 有学者认为,我国传统的票据习惯,除少数系特有的之外,其与英美的票据习惯较相近。参见谢菊曾:《票据法概论》之“弁言”,上海世界书局1930年版。

[5] 李胜渝:《北洋政府票据立法论略》,载《法商研究》2000年第6期。

之特殊情形，或鄙人觉采取他种学说较胜于《统一票据章程》也。”〔6〕

基于这样的立法理由，票据法第三次草案与共同案相比，其最明显的特征是前者立足于送金主义（即票据替代现金的运送作用），后者则侧重信用主义（即票据作为流通工具和信用工具的功能）。同时，与后者不同，前者从体例到内容对外国法，尤其是《万国统一票据章程》（即1912年《国际票据统一法案》）广泛地加以移植。

由于上述两草案在立法精神和体例、内容上所存在的差异，修订法律馆于1924年又编定了由5编，156条组成的“票据法第四次草案”。该草案的制定既考虑了前述两草案的具体规定，同时又注意到了1923年在海牙万国票据法会议上所议的关于统一兑换的事项。草案所体现的立法原则，主要是信用主义。内容上区别于前两个草案的主要之处是增加规定了关于票据的伪造、遗失及被窃等方面的内容。

实际上，在该草案起草过程中，关于立法体例及具体内容曾发生过激烈的争论。其中，一项争论即是应否把《海牙统一章程》作为制定票据法的根据。主张应以此为根据者，其理由主要如前述爱师嘉拉在草案说明书中所列举的方面，而反对者则从《海牙统一章程》包含的立法主义、章程的起草过程、章程的编制体例等进行分析后，认为我国制定票据法“既无外交关系之掣肘，无庸模棱两可之规定，择善而从，权操自我，不必拘于一法。至谓吾国参与该会议，似宜从其章程，然未经签字批准等手续，当然无拘束力可言，英美日本其显例也。”〔7〕从所起草的法案内容上看，争论的结果是主张起草票据法应依据《海牙统一章程》者获得了胜利。

1925年，修订法律馆又起草了“票据法第五次草案”，分为4章，共122条。不久，将该草案重行修改，仍为4章，但条文减少为117条，名为“票据法案”（即“票据法第六次草案”）。该草案由司法部于1926年11月呈准暂行参酌采用。〔8〕

南京国民政府成立之后，很快进行了票据法的起草工作。1928年及1929年，工商部先后起草了两个票据法草案。两者虽然有一定差异，但都是在参酌

前述历次草案，并同时参照外国立法例的基础上起草的。立法院成立之后，《票据法》终于完成了立法程序，于1929年得到公布施行。这是民国时期重要的商事法规，它分为总则、汇票、本票、支票及附则5章，共139条。从其内容来看，它系兼采各国先进经验而成。

1929年《票据法》制定时，当时的各国票据法一般被分为3种体系。

一种是法国体系。1673年的《陆上商事条例》是法国近代票据制度成文化的典范，1807年《法国商法典》第1编第8章即为票据法，但仅规定汇票和本票。直到1865年，法国才制定《支票法》作为特别法。法国这一时期的票据法被认为是旧票据主义，主要表现在：强调送金主义，着重体现票据的支付功能和汇兑功能，不太注重票据的形式，票据关系和基础关系没有分离，从而影响票据的流通和交易安全。希腊、荷兰、土耳其等国的票据法属于这一体系。

另一种是德国体系。德国也是最早制定票据法的国家之一。从17世纪到19世纪中叶，各邦制定了50多种票据法，以1794年《普鲁士邦法》的有关规定较为详尽。但各邦立法相互抵触甚多，因此，1846年关税同盟倡导统一各邦票据立法的运动，制定出《德国普通票据法》。该法为关税同盟各邦所采用。后经几次修改，于1871年正式施行了以此为基础的《德意志帝国票据法》，但该法只包括汇票和本票。至1908年，德国才制定出《支票法》。德国的票据立法和法国相对，被称为新票据主义。它强调信用主义，规定了严格的票据形式，将票据关系和基础关系完全分离，使票据成为无因证券。瑞士、奥地利等国票据法属于这一体系。

至于日本，其票据法从立法精神上看，也属于德国体系，但从形式上看，由于票据法被作为明治商法的第4编加以规定，并同时规定了汇票、本票和支票，故更似法国的票据法体例，但同时又有自己的特点。

还有一种是英国体系。这一体系以1882年英国《汇票法》为基础，它是汇集判例编辑而成，这与法国、德国体系都不同。而就票据关系与基础关系之分离而言，颇似德国体系，但英国体系较注意票据实际，不象德国体系那样注重票据的严格形式，具有一定的灵活性。该体系将支票视同汇票，故支票也为票据之一种。美国及英国的一些殖民地国家采用这一体系。

于19世纪形成的这三种体系因20世纪初期的一系列国际票据法统一会议及其决议，尤其是1912年海牙会议通过的《万国统一票据章程》而出现了相互融合的趋势。如1914年德国新票据条例、1922年2月8日法国关于票据制

〔6〕 参见修订法律馆编：《法律草案汇编》（下），1926年刊印，“商法草案理由之说明”第2页。

〔7〕 王凤瀛：《起草票据法之管见》，载《法学季刊》第2卷第1期，1925年。该文还就票据法应采用何种形式和主义、应否规定支票、应否参酌习惯等问题提出了自己的观点。

〔8〕 王季通：《商事法要论》，商务印书馆1937年版，第123页。

度的法律、1922年《苏俄票据法》、1924年《波兰票据法》等都一定程度地受到了这一章程的影响。^[9]但在民国进行票据立法时，三种体系之间的差异并没有完全消失。

在1929年《票据法》起草过程中，曾对这三种体系作了充分的分析，草案说明书阐述了这一点：“查票据法之先例，大约可分法国法系与英、德法系两种（理论上也有人将英、德票据法合为一个体系）”，草案说明书还分析了这些票据法体系的特点，并进而提出，本票据法“系考吾国票据法第二次、第四次两草案，及工商部送院审议之草案，复取材于德、日、英、美之成法，至法国法中之适合于我国商情者，亦并收之，并不囿于一系之主义也。”^[10]票据法草案说明书的这一段表述，非常清楚地表明了制定该法的依据。

基于这样的依据而制定的《票据法》，必然在体例和内容上效法外国，这是毫无疑问的。

比如，关于票据的种类，如前所述，各国的规定有所不同，有规定票据只包括本票和汇票的，如法国、德国，有规定除本票、汇票外，还包括支票的，如英、美、日等国。《票据法》第1条明确规定：“本法所称票据，为汇票、本票及支票”，可见这是仿照英、美、日本的先例将汇票、本票及支票合并规定在一个法律中。而从行文上看，这一规定与作为日本明治商法票据编的第1个条文（即明治商法的第434条）的表述完全一样。

关于汇票的承兑，规定于《票据法》的第44条：“付款人承兑时，经执票人之同意，就汇票金额之一部分为之；但执票人应将事由通知其前手。承兑附条件者，视为承兑之拒绝，但承兑人仍依所附条件负担其责任。执票人于获一部分承兑后，对于未获承兑之一部分应作成拒绝证书证明之”。这一规定说明《票据法》原则上不承认附条件承兑，这也是仿效日本的结果。^[11]而在英国、美国的票据法律中，所规定的除普通承兑以外，还一定条件地承认附条件承兑。

此外，关于票据债务之保证、付款之提示、汇票不获承兑时的追索权、支票之流通期间等，均取鉴外国法律规定。

三、破产法

在我国传统律例中，不仅没有“破产”这一名词，也无类似破产的规定。直至清末法律改革时才开始涉足破产法领域的立法。1906年，在“调查东西各国破产律及各埠商会条陈商人习惯，参酌考订”^[12]基础上制定了《破产律》。从体例上看，它“参酌日本现行法实居多数”。^[13]从内容上看，它虽然有移植外国（主要为日本）法律制度的内容，但也有考虑当时地方商会势力比较强盛这一实际情况的规定，如确立商会为破产机关的重要组成部分等。爱师嘉拉对此有比较恰如其分的评价：“该律虽尽量吸收欧美法律观念，同时且不离开中国固有习惯，尤以其保持商会实业之任务为最著”。^[14]

《破产律》实施之后，因官民各方对其条文的理解发生重大分歧，最终导致该律于1908年被宣布废止。次年，时任修订法律馆调查员的日本专家松冈义正又草拟了《破产法草案》，1915年，经对该草案进行删订后，法律编查会编成了一个由3编，337条组成的《破产法草案》。它大体仿照日本立法例，在内容上不象《破产律》那样重视保留传统习惯，而更加多地吸收了德、日两国的具体制度。此法案在1926年经司法部通令各级法院参酌援用。

1934年，司法行政部又编定了《破产法草案》（共333条），由于草案受外国破产法影响过大，以致两位外国专家都觉得有些不妥。爱师嘉拉认为：“草案对于纯粹学理上之构造，极其精良，但其性质，则嫌太为抽象，且其对于受一种完全不同之精神所陶冶之西方立法，采取过甚，而对于中国商业应用实际之所在，反无相当注意”。法国专家宝道对此也曾有相同的感受，他认为：一方面，该草案规定极为详尽，不便于适用，因为“凡国家当组织并促进其司法及立法制度之初，宜乎采普通性质之规定，使法院较易遵照公平之原则而产生一种合于国家需要之法理。至于有强制性之严格而详尽的法条常多窒碍而少便利”；另一方面，草案移植外国法太多，会导致其与传统习惯的冲突，因为“中国已有之商业习惯各处并非一律，其特点亦有时与现今外国商业习惯大相径庭。故以德国法律为主要母法之详密的破产法如本草案者，施行时，必至与许多地方上久经遵从而商业社会占有重要地位之习惯相冲突。”^[15]还有学者认

[9] 王凤瀛：《起草票据法之管见》，载《法学季刊》第2卷第1期，1925年。

[10] 关于《票据法草案说明书》，参见王效通：《商事法要论》之“附录一”，商务印书馆1937年版，第280-306页。

[11] 日本明治商法第469条规定了票据承兑的内容：“支付人得承兑票据中金额之一部。除前项之外，承兑人不得为单纯之承兑者，即作为拒绝其承兑，但承兑人从其所记承兑之言，而负责任”。

[12] 参见《商部律修大臣会奏议订商律续拟破产律摺》，载《东方杂志》第3年（1906年）第6期。

[13] [日]加藤正次：《读大清新破产法》，载《法政学交通社杂志》第5号，1907年。

[14] 谢振民编著：《中华民国立法史》（下册），中国政法大学出版社2000年版，第839页。

[15] [法]宝道：《对于破产法草案之意见》，路允协译，载《中华法学杂志》第5卷第11、12号合刊，1934年。

为,此草案非常令人失望,因为它“对于最近世界各国流行之‘和解’制度既未采取,而于中国传统之商人习惯及这20余年来我国最高法院判例中所阐明之法律,亦未能酌量接纳。至其所根据之材料,亦仅限于德国及日本之旧法与现行法;且于此等材料,亦未能慎重选择。”^[16]

1935年7月,《破产法》终于得到颁布,它先后经历了搜集资料、决定要点、草拟初稿、征求意见等阶段,最终完成草案并进而得到公布。在这一过程中,立法者非常注意对外国破产法律制度的关注和参照。如为了起草法案,曾广泛搜集各国、各地区相关法律达20余个。^[17]在决定法案要点时,则还征询过宝道及爱师嘉拉等外国专家的意见,并就欧美国家破产法最新的发展趋势向当时任职于国际法庭的法官王亮畴请教。^[18]制定过程中的这些措施和努力,都是为了实现《破产法》的一项立法原则,即采纳各国法典之优点。

1935年《破产法》分为总则、和解、破产、罚则4编,这一体例是效法英国、法国破产法的结果。当时各国破产法的编制基本分成两种体例,一是分为实体法与程序法两部分;另一就是不区分实体法编与程序法编,而是按照和解及破产程序加以分编。德国、日本采取的是前一种体例,前述《破产法》颁布之前起草的1915年及1934年的《破产法草案》由于受德国、日本的破产法影响较深,因此也是采用区分实体法编与程序法编的体例。相对于以前的《破产法草案》而言,1935年《破产法》在编制安排上的耳目一新实际上是效法对象发生变化的结果。

同时还要说明的是,中国虽然有和平让步息事宁人之习惯,但在破产法中规定和解制度则不是该《破产法》的创造。虽然在近代破产法产生之初,各国

破产法中仅有关于破产的规定,但从1886年比利时公布关于和解的法律之后,其他国家就开始效法采用。由于和解制度具有程序简便,费用较少,债务人还有继续其业务的可能,债权人与债务人之间有较多自由协商的余地,具有弥补破产法不足的作用等方面的特点,因此各国大多效仿在破产法之外单独颁布法律,规定和解制度,如瑞士、丹麦、德国、挪威等国都相继颁布过这种法律。

1935年《破产法》制定之时,吸收确立了和解制度,而且考虑其与中国传统相吻合这一情况,直接把和解制度规定于《破产法》中,并把它置于破产编之前单独规定为一编。而在此《破产法》编纂之前,司法行政部还曾“采外邦法例”起草过《商人债务清理暂行条例》(共60条),目的是采用强制和解之制,以救济因无破产法而权益无法保障之人。但该条例后来未能进入立法程序。

从《破产法》的内容看,它具有三个方面的特点,即与中国传统的法律观念相符、与三民主义下之法律观点相适合、与现在世界立法之趋势相吻合。^[19]就最后一个特点看,除明确规定了当时各国流行的和解制度外,还具体体现在《破产法》所规定的和解及破产之原因采取概括主义、债务人或破产人之财产采属地主义、破产宣告以声请主义为原则等方面。较以前的《破产法草案》而言,该《破产法》的内容在借鉴外国法方面,视野更加开阔,不再仅仅囿于德、日两国的破产法,而是在比较的基础上,吸收借鉴各国破产法律制度。

民国时期在公司、票据、破产等领域的上述立法,由于其自身的缺点及外部条件的限制,使得它们在当时的作用有限,许多条文的形式意义甚于实际意义。但是,在上述商事立法活动中,立法者所采取的移植外国法的开放立场,追求符合世界潮流的努力是值得肯定和赞赏的。因为与其他法律领域相比,商事法本身就更加具有先导性和国际性。况且,这些商事立法被多次修改后在我国的台湾地区一直实施至今,通过移植外国而确立的一些商事法律制度实际上仍然在一些领域发挥效用。从这一点看,民国时期移植外国商事立法的努力也是不能被遗忘的。

[16] 梅汝璈:《新破产法草案之特征与理论》,载《中华法学杂志》第6卷第1号,1935年。

[17] 对这些参考资料,《中华民国破产法草案初稿说明书》加以了罗列。它们是:《英国破产法》(1914年颁布、1926年修正)、《加拿大破产法》(1919年颁布、1931年及1932年修正)、《海峡殖民地破产法》(1886年颁布)、《香港破产法》(1891年颁布)、《巴勒斯坦破产法》(1931年颁布)、《美国破产法》(1898年颁布、1933年修正)、《菲律宾破产法》(1909年颁布)、《暹罗破产法》(暹罗皇国第103号颁布)、《法国破产法》(1838年颁布)、《法国和解法》(1919年颁布)、《摩洛哥商法第2卷》(1913年颁布、1922年修正)、《南斯拉夫破产法》(1929年颁布)、《南斯拉夫司法清理法》(1929年颁布)、《秘鲁破产法》(1932年颁布)、《阿根廷破产法》(1933年颁布)、《罗马尼亚破产和解法》(1929年颁布)、《波兰预防破产法令》(1927年颁布)、《意大利商法草案》(1925年颁布)、《土耳其执行及破产法》(1932年颁布)、《德国破产法》(1877年颁布)、《德国和议法草案》(1933年颁布)、《日本破产法》(1923年颁布)、《日本和解法》(1923年颁布)。该说明书载《中华法学杂志》第6卷第1号,1935年。

[18] 谢振民编著:《中华民国立法史》(下册),中国政法大学出版社2000年版,第844页。

[19] 梅汝璈:《新破产法草案之特征与理论》,载《中华法学杂志》第6卷第1号,1935年。

新中国婚姻法的成长与苏联模式的影响

与其他法律领域一样,新中国的婚姻法也是在废除旧法统,移植苏联模式的基础上逐渐起步的。苏联首创的婚姻家庭法为独立于民法之外的部门法的观点被20世纪50年代的中国理论界全面接受,新中国第一部婚姻法所确立的基本原则能从苏联的相关法典中找到出处,新中国婚姻法学的创建也离不开对苏联有关论著的翻译和介绍。而这些方面在影响了中国几十年之后才引起理论界的反思,才在立法实践中逐渐显现出挣脱苏联模式的努力。

一、借鉴苏联模式,创立作为独立部门法的婚姻法

近代法律发展的一个形式特征即是法律部门的分门别类,它结束了古代和中世纪各国法律普遍存在的诸法合体的状况。但是,直至20世纪初,即使在法律比较发达的各资本主义国家的法律体系中,婚姻家庭法仍不是一个独立的法律部门,而只是民法的一个组成部分,尽管各国在立法体例上并不完全相同。

大陆法系国家通常把亲属法的内容规定于民法典中,这又有两种模式。一种是在民法典中的“第1编人法”中规定私权的享有、人的能力、结婚、离婚及亲权等内容,没有单独设立亲属编,这是1804年《法国民法典》所采用的体例;另一种是把私权的享有和人的能力规定于民法典的总则编中,而且还在民法典中单独设立亲属编规定婚姻家庭等方面的内容,1900年《德国民法典》就是采取这一体例的代表。这两种模式在大陆法系国家各有一定的追随者。而在英美法系国家中,亲属法是由一系列单行法规,如婚姻法、家庭法、离婚法等组成,但在法学理论上,这些法律与财产法、契约法 etc. 一起被认为是民法的组成部分。

亲属法不是独立法律部门的历史随着苏俄十月革命以后的法制建设而结束。1917年12月苏维埃政权公布了《关于解除婚姻关系》及《关于民事婚姻、子女及户籍登记》两个法令,它们标志着苏维埃家庭立法史的开端。1918年颁布了《苏俄婚姻、家庭及监护法典》,它是第一部苏维埃法典。1926年经对

它进行修改,又通过了《俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国的婚姻、家庭及监护法典》(以下简称“1926年法典”)。这两个法典的颁布,使婚姻家庭法摆脱了民法而在苏联独立成为了一个部门。在1922年讨论通过《苏俄民法典》的过程中,曾有人提议把家庭法与民法并在一起,在民法中添加“家庭法”一章,但这项提议没有获得通过,所通过的《苏俄民法典》没有“家庭法”一章,而只是在其第3条规定了“家庭关系适用特别法”的原则。此后,在其他加盟共和国,这方面的社会关系也仍继续适用单行的1926年法典,而该法典是与各加盟共和国的民法同时并存的。1947年修改《苏联宪法》增加的第14条明确规定了家庭立法的单独存在,要求苏联最高苏维埃负责制定关于婚姻与家庭的立法原则,而不应把它包括在将要制定的苏联民法之内。

在苏联,家庭法之所以脱离民法而单独存在,是基于这样的理念和原则。即认为民法的对象主要是财产关系,而家庭法的对象,是由婚姻、血统、收养及收留教养儿童而发生的关系;在社会主义社会中,财产关系对家庭虽然有一些作用,但它们不是主要的和基本的,家庭虽然还保有一些经济的职能,但它不是社会的基本经济单位,因此处理婚姻家庭关系需要一些与民法规范不同的规范;家庭法权关系代表着人身与财产法权关系的密切结合,父母、子女间的抚养关系与血统关系相联,夫妻间的财产关系则与婚姻关系相联,对于这些法权关系,不能离开人身关系来研究它们。由于婚姻家庭关系是如此的特殊,因此不能把它划归为由民法所调整的财产关系和人身非财产关系。当然,作为独立部门的婚姻家庭法,并不完全排斥所有民法规范的适用。但在婚姻家庭关系方面适用民法规范时具有单独性,主要只适用于家庭财产关系。只有当婚姻家庭立法对于这方面问题没有明文规定,且适用民法规范并不违背家庭法基本精神时,才能适用民法规范。^[1]

因此,苏联权威学者认为,婚姻家庭的法权关系构成了苏维埃法权的特别部门——婚姻家庭法的内容。只有在婚姻家庭关系从属于金钱,婚姻被看作是交易,而子女被看作是家长权力的客体的资产阶级社会中,才把婚姻家庭的关

[1] [苏]斯维尔特洛夫:《苏维埃婚姻—家庭法》,方城译,作家书屋1954年版,第30-31页。

系包括在以私有制为基础的财产关系的总系统内，并受民法典调整。^{〔2〕}

婚姻家庭法是独立的法律部门的观念在苏联一直延续了下来。苏联解体前，在1968年曾颁布过《苏俄婚姻和家庭法典》，与1926年法典相比，虽然它在内容上有一定的创新，但在形式上仍一如既往地采纳了独立法典式的立法模式。这种体例甚至一直延续影响到苏联解体以后的当代俄罗斯的法律体系。1996年3月开始正式实施的《俄罗斯联邦家庭法典》依然承袭原有的立法格局，它被排除在民法典之外。而《俄罗斯联邦民法典》共有三个部分，其中的第一部分与第二部分已分别于1995年元旦、1996年3月1日起施行，这两部分包括4编，即总则、所有权和其他物权、债法总则和债的种类，第三部分至今没有通过，但从已公布的草案看，这一部分包括知识产权、继承法和冲突规范，没有婚姻家庭法的内容。^{〔3〕}

从中国婚姻家庭法制的历史来看，至清末法制改革时为止，婚姻家庭规范一直被包含在诸法合体、以刑为主的封建法律体系中。20世纪初清政府垮台前的最后10年，封建的法律从体系到内容均迎来了剧烈的变革时期，婚姻家庭法也发生了很大的变化。1911年起草的《大清民律草案》（“民律第一次草案”）分为总则、债权、物权、亲属、继承5编，其中的亲属编即是调整婚姻家庭关系的法律规范。虽然亲属编与继承编因“关涉礼教”，是由当时的修订法律馆会同礼学馆编订而成，该两编的内容与前3编相比更多地保留了中国的封建传统，但把亲属编作为民法典的一编加以规定，形式上非常明显地体现了对德国式“潘德克顿体例”（《学说汇纂》体例，即5编制体例）的效法，这在中国婚姻家庭法制史上是第一次。以此为发端，1925年至1926年完成的“民律第二次草案”、1930年完成的《中华民国民法》均沿用这一体例。其中，

《中华民国民法》的亲属编分为总则、家制、婚姻、亲子、监护、亲属会、扶养之义务等7章，它经一定修改后在台湾地区一直适用至今。

新中国成立后，宣布彻底废除“旧法统”，^{〔4〕}这样20世纪上半叶在中国已经形成的婚姻家庭关系主要由民法典的亲属编调整，婚姻家庭法属于民法的组成部分的历史就此中断了。在当时的历史条件下，与其他法律领域一样，新中国婚姻家庭法的创制也受到了苏联模式和经验的影响。

实际上，苏联的重视制定婚法规，创建独立的婚姻家庭法部门的观念早就影响到了我国。^{〔5〕}还在革命根据地时期，婚姻立法就作为新民主主义法制建设的一部分受到重视。1931年颁布了《中华苏维埃共和国婚姻条例》，1934年对它进行修改后重新颁布了《中华苏维埃共和国婚姻法》，这两个法律文件都是适用于全国一切革命根据地的统一的婚姻立法。这在当时的婚姻制度改革中起了很重要的作用。抗日战争时期，也颁布了一些地区性的婚姻条例，如《陕甘宁边区婚姻条例》（1939年）、《晋冀鲁豫边区婚姻暂行条例》（1942年）、《晋察冀边区婚姻条例》（1943年）等。解放战争时期，有的边区在修改原有婚姻条例的基础上通过了新的婚姻条例。这些法令与革命根据地时期的婚姻立法一样，其基本精神都是废除封建主义婚姻制度，实行新民主主义婚姻制度。虽然它们的改革内容并不彻底，但为新中国的婚姻改革积累了宝贵经验。

1949年，《中国人民政治协商会议共同纲领》第6条规定：“中华人民共和国废除束缚妇女的封建制度，妇女在政治的、经济的、文化教育的、社会的生活各方面，均有与男子平等的权利。实行男女婚姻自由”。其第48条规定：“注意保护母亲、婴儿和儿童的健康”。这些原则被后来我国历次宪法肯定下来，成为我国婚姻立法的基本依据。

〔2〕 [苏]布拉都西主编：《苏维埃民法》（上），中国人民大学民法教研室译，中国人民大学1955年版，第7-8页。但在由中国人民大学民法教研室翻译的布拉都西著的《民法》（中国人民大学1951年版）中对此却有不同的阐述：“家庭关系是不是民法的对象呢？认为家庭关系由特别法来调整的这一件事情是没有实际意义的，著作权、发明权以及由于运送旅客和货物而发生的权利义务关系都由特别的法规，即规则、章程，甚至于法典——例如，海运就由海运法来调整，自然没有人再会发生怀疑，认为该种法规乃是我们民法立法的组成部分，而由这种法规调整的财产关系和人身关系则是民事权利关系。换句话说，民法的对象乃是财产关系，家庭关系，以及与财产关系相联系的人身关系”（第2-3页）。此书是“译自布拉都西教授著《民法》1947年莫斯科版并略加删节增补”而成的，此段表述与前书的观点的截然不同是否由于译者增补的结果不得而知。

〔3〕 黄道秀等译：《俄罗斯联邦民法典》“译后记”，中国大百科全书出版社1999年版，第460页。

〔4〕 1949年2月，中共中央发出《关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示》，据此，华北人民政府很快颁发了《废除国民党的六法全书及一切反动的法律的训令》，规定“废除国民党的六法全书及一切反动法律”及“以蔑视与批判态度对待国民党六法全书及欧美、日本等资本主义国家一切反人民的法律，用革命精神来学习马列主义、毛泽东思想的国家观、法律观，学习新民主主义的政策、纲领、法律、命令、条例、决议，来搜集与研究人民自己的统治经验，制作出新的较完备的法律来”。

〔5〕 在制定《中华民国民法》前后，苏俄婚姻家庭法规已被翻译成中文，如白树田等翻译的《俄罗斯社会主义联邦苏维埃共和国婚姻亲属及监护法》（载《法律月刊》第1卷第1至3期，1929、1930年），也有介绍苏俄婚姻家庭法文章，如如恩的《苏俄婚姻亲子及监护之法律》（载《法律评论》第8卷第11期，1930年），但这仅仅是理论上的介绍而已，从立法实践来看，《中华民国民法》的亲属编较多受到德、日两国立法例的影响。

1950年,作为新中国初期的一项极为重要的立法,《中华人民共和国婚姻法》得到公布施行。而要制定一部统一的婚姻条例的要求,早在1948年召开的各解放区妇女工作会议上就被提出来了。后来交中共中央法律委员会和妇女委员会起草,再经过中央和地方各有关机关、团体的讨论、研究、提供意见及多次修改,才使草案起草完毕并得到公布施行。在起草过程中,所参考的资料比较广泛,有苏联的1926年《婚姻、家庭和监护法典》,新民主主义国家的婚姻法,也有前述1931年的《中华苏维埃共和国婚姻条例》和各解放区的婚姻条例,等等。^[6]

1950年《婚姻法》分为8章,依次为原则、结婚、夫妻间的权利和义务、父母子女间的关系、离婚、离婚后子女的抚养和教育、离婚后的财产和生活、附则,共27条。从内容上看,以调整婚姻关系为主,同时也涉及到家庭关系方面的一些主要问题。

在新中国建立初期,颁布《婚姻法》更多的是作为一项政治任务和社会改革工作,在当时简陋的历史条件下不可能明确把它作为整个法律体系的一个独立部门来建设,但是受苏联影响视婚姻法为一个部门法,它独立于民法之外的观念还是得到了一定的体现。

比如,1958年出版的《中华人民共和国民法基本问题》是我国学者自己编写的较早的民法教材,它在“中华人民共和国民法的定义”一节(第1章第1节)中明确指出,在我国社会主义的法律体系中,包括国家法、民法、婚姻法等法律部门,并把“中华人民共和国民法”定义为:是我国整个社会主义的法律体系中的一个部门,它是为了实现社会主义而调整一定的财产关系和人身非财产关系的各种法律规范的总和。并具体指出,属于民法所调整的一定的财产关系包括三个方面:财产所有关系;一定的交换分配关系,主要是等价有偿的交换关系;人死亡以后的遗产分配关系。这三种财产关系反映在民法上,便分别形成了所有权、债和继承三个主要的民事法律制度。属于民法调整的人身非财产关系,就是特定人关于创造、享有或支配一定精神财富(非财产)而发生的社会关系,如著作、发明关系、商标使用关系等。^[7]基于这样的理论,

[6] 参见家编辑部选编:《新民主婚姻》,家出版社1950年版,第28-29页。

[7] 参见中央政法干部学校民法教研室编著:《中华人民共和国民法基本问题》,法律出版社1958年版,第19-20页。而事实上,关于民法定义及民法调整范围的这些观点,也可从苏联学者的民法论著中找到几乎相同的表述,参见[苏]布拉都西主编:《苏维埃民法》(上),中国人民大学民法教研室译,中国人民大学1955年版,第3-7页。

该教材在共22章的篇幅中,没有涉及婚姻家庭法的内容。

在《国民党伪“六法”的反动实质》^[8]一文中,作者在批评国民党六法中的《中华民国民法》时指出,它把亲属编列入民法典中,显然是反科学的。因为民法所调整的法律关系乃是财产关系以及与人身相联系的非财产关系,而亲属法所调整的是婚姻关系和家庭亲属关系,因此,亲属法就应该作为独立的法律部门。而国民党之所以把亲属法也列入伪民法中,乃是他们把人与人的关系也看成为物与物的关系的结果。这种观点虽然从另一侧面阐述了婚姻法作为独立法律部门存在的理由,但其依据也同样是苏联学者关于民法调整对象的理论。^[9]

此外,在50年代还曾进行过新中国的第一次民法典起草工作。从1954年开始,按照彭真同志的“经过调查研究,从我国实际情况出发,参照苏联及新民主主义国家及其他各国的经验,先写出整个民法典的草稿,然后再逐步扩大范围,征求意见,使其逐步达到切合实际情况,然后视其成熟与需要程度,逐章颁布,最后形成一部完整的民法典”的指示,经过两年多时间的努力,完成了由总则、所有权、债权、继承4部分组成,共500余条的最初尚未被整合在一起的草稿。^[10]虽然由于种种原因,这一时期并没有最终完成民法典的制定工作,但仅从该草稿的这种结构就可以看出,它显然与1922年《苏俄民法典》^[11]较为相似,也是把婚姻家庭法排除在外。

可以看出,由于主要受苏联理论和模式的影响,新中国的婚姻家庭法作为一个部门法已被理论界和实践部门顺理成章地普遍加以接受了,并延续影响达

[8] 该文载《法学》1958年第2期,作者为宋光、江振良。

[9] 《苏俄民法典》并没有关于民法调整对象的明确规定,直至1961年通过的《苏联和各加盟共和国民事立法纲要》第1条才明确规定,苏联民法主要调整由于利用商品货币形式而引起的财产关系,同时也调整与财产关系有关的人身非财产关系。但在20世纪50年代初期,在苏联的理论界,对于民法调整对象的广泛讨论,已基本形成了这种观点。参见[苏]“苏维埃国家和法”杂志编辑部:《关于苏维埃民法对象的讨论总结》,王明毅译,载《政法译丛》1956年创刊号。

[10] 参见1956年9月27日由全国人大法制委员会史怀璧签发的《关于继承问题向彭真同志的报告》(手稿)。从此报告中可以看出,有学者认为的“1954年开始,全国人大法制委员会开始组织制定我国社会主义的民法典,草拟了民法典征求意见稿,共计5编433条”(赵震江主编《中国法制四十年》,北京大学出版社1990年版,第242页)的观点尚有待商榷。

[11] 1922年《苏俄民法典》分为总则、物权、债、继承4个部分,共436条。

数十年之久。^[12]

二、1950年《婚姻法》吸收确立了苏联婚姻家庭法所体现的基本原则

除婚姻法作为独立法律部门是受苏联影响而形成的以外,1950年《婚姻法》的内容也受到了它的影响,这只要对其所确立的原则作些分析就可感受到。

苏联婚姻和家庭立法的基本原则主要有:

婚姻是夫妻间实质上的自由结合。这种自由结合只有在他们自愿协议的基础上才能发生。男女自由与自愿的结合是结婚的一项重要条件(1926年法典第4条)。因此,一切强制妇女结婚及诱拐妇女使其结婚的行为均被视为是氏族旧习惯残余的刑事犯罪,《苏俄刑法典》(1926年)第197条对此规定了处罚内容。^[13]同时,凡从财产、家族及其他个人企图出发而妨碍到达结婚年龄的妇女结婚的,得类推适用刑法典的这一条文(俄罗斯共和国最高法院全体会1928年10月15日的决议)。^[14]

夫妻平等。1926年法典第9条规定:双方婚姻当事人各有选择职业的完全自由。管理家庭事务的办法,应由双方协议之。一方变更其住所,并不使他方发生随往的义务。第13条规定:夫妻得就财产问题,依法律许可的方式,自由订立契约。但如该契约将有害于任何一方的财产权,应视为无效;对于第三人及双方都无强制力,双方得随意将其作废。这些规定表明,夫妻在选择职业和住所、管理财产等方面均有平等的权利。同时,1936年《苏联宪法》也体现了这一原则,其第122条规定:苏联妇女在经济、国事、文化和社会政治生活的各方面,均享有与男子平等的权利。此条还保证了实现这些权利的可能性:女子与男子平等获得工作、劳动报酬、休息、社会保险及享受教育等权利,国家保护母亲及子女利益,国家补助多子女母亲及单身母亲,妇女在产前产后赋予保留原薪之休假,普遍设立助产院、托儿所及幼稚园。

一夫一妻制。苏联只承认一夫一妻制,即一男一女的婚姻结合。早在

[12] 对此,也有学者认为,除受前苏联的立法影响这一表层直接原因外,更有其深层的背景渊源,这主要包括理论认识上的误导、立法传统的不当束缚、新中国民法发展严重不足、立法的特殊社会环境等方面,参见曹诗权:《中国婚姻法的基础性重构》,载《法学研究》1996年第5期。

[13] 1926年《苏俄刑法典》第197条规定:“强迫妇女结婚的,或者强迫妇女继续有婚姻关系的同居的,或者抢夺妇女以便结婚的,判处2年以下的剥夺自由”。

[14] [苏]布拉都西主编:《苏维埃民法》(下),中国人民大学民法教研室译,中国人民大学1955年版,第310页。

1917年《关于解除婚姻关系》的法令中就已宣布了这一原则,该法令不允许已与他人有婚姻关系的人再申请婚姻登记。这项原则后来在各加盟共和国的一切立法中都加以固定化了。1926年法典规定,结婚人如有一方已另有登记或未登记的婚姻关系,即不准登记(第6条)。1944年7月苏联最高苏维埃主席团发布命令,只承认登记婚姻,宣布不承认未登记的婚姻。1945年修改后的法典第6条规定,双方中的一方如与他人有婚姻关系的,都不准结婚,因破坏一夫一妻制而发生的婚姻无效。

保护母亲和儿童的原则。这主要体现在1926年法典颁布之后所发布的一些法令中。1936年6月颁布的《禁止堕胎法》规定禁止堕胎,增加对产妇的物质帮助,规定国家对多子女母亲的帮助。其后,在苏联卫国战争中,于1944年又发布了关于“国家对孕妇、多子女母亲及单身母亲增加补助,扩大对母亲及儿童的保护,设立‘英雄母亲’光荣称号,设置‘荣誉母亲’勋章及‘母亲奖章’”的命令。^[15]

包含这些基本原则的苏联婚姻家庭法对中欧及东南欧等受苏联影响建立的无产阶级专政形式的人民民主国家的法律,如阿尔巴尼亚的《婚姻法》(1948年)、保加利亚的《婚姻法》(1945年)、波兰的《婚姻法》(1945年)、捷克斯洛伐克的《家庭法》(1949年)等都不同程度地产生了影响。这些国家的婚姻家庭法无论在立法的总的方向上,还是在其个别的规定方面,都反映出对苏联婚姻家庭立法经验的吸收。正如1949年12月捷克斯洛伐克共和国司法部长在国民会议讨论家庭法时所说:“在这件事情上,伟大社会主义国家的经验,成为我们工作的基础,表现于苏维埃家庭法规范中的苏维埃家庭的范例,是在我们的立法工作中吸取指示的不竭的源泉”。^[16]

相对于这些国家而言,苏联婚姻家庭法更早地影响到了中国。它所包含的原则早在20世纪30年代的革命根据地婚姻条例中就有所体现。《中华苏维埃共和国婚姻条例》规定:确定男女婚姻,以自由为原则,废除一切封建的包办强迫和买卖的婚姻制度,禁止童养媳(第1条);实行一夫一妻,禁止一夫多妻(第2条);男女结婚须双方同意,不许任何一方或第三者加以强迫(第4条)。这些原则延续影响了新中国的婚姻法。1950年《婚姻法》第1条明确规

[15] [苏]布拉都西:《民法》,中国人民大学民法教研室译,中国人民大学1951年版,第333页。

[16] 转引自[苏]斯维尔特洛夫:《苏维埃婚姻——家庭法》,方城译,作家书屋1954年版,第275页。

定：“废除包办强迫、男尊女卑、漠视子女利益的封建主义婚姻制度。实行男女婚姻自由、一夫一妻、男女权利平等、保护妇女和子女合法权益的新民主主义婚姻制度。”因此，该婚姻法“制定的基本原则，是要彻底摧毁中国长期封建制度在婚姻关系上所加于人民的枷锁。它的立法精神是要推翻以男子为中心的‘夫权’支配，保护妇女和子女的正当利益。……新民主主义的婚姻法是坚决废除封建主义的婚姻制度，实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的法律”。〔17〕

这些原则也被1980年《婚姻法》及2001年《婚姻法》所吸收，只是这两个法律为适应形势都另增加了“实行计划生育”的原则。〔18〕

作为民族性、地域性等本土文化个性非常突出、对外来法律具有较强排斥性的婚姻法，在基本立法原则上能与苏联的一脉相承，这也从一个侧面说明了50年代苏联法律在中国的渗透之深和影响之广。况且，1950年《婚姻法》还在一些具体制度上移植了苏联的有关规定。当然，作为新民主主义性质的1950年《婚姻法》不可能完全照搬苏联的社会主义婚姻家庭制度，如尽管也确立保护妇女和儿童的原则，但没有象苏联的法令那样详细地规定救济单身母亲及奖励多子女母亲的具体措施，这主要是由于在新民主主义时期的中国，还不具备苏联社会主义国家的经济实力之故。

不过，需要说明的是，1950年《婚姻法》虽然在实质上是调整婚姻关系和家庭关系，但却沿用革命根据地婚姻立法的传统，仍冠以“婚姻法”的名称，这既与旧中国的调整婚姻家庭关系的“亲属法”名称不同，也与苏联的“婚姻、家庭与监护法典”名称有异。这一名不符实的法规名称一直沿用至今，也给理论界留下了经常讨论的话题。

三、新中国婚姻家庭法的创建与苏联理论的传入

1950年《婚姻法》颁布之后，为宣传和贯彻这一法律，采取了一些非常

具有中国特色的措施。先是发布《中共中央关于保证执行婚姻法给全党的通知》（1950年4月30日）及《中央人民政府政务院关于检查婚姻法执行情况的指示》（1951年9月26日），此后，中共中央和中央人民政府政务院在1952年11月26日和1953年2月1日又分别发出了关于贯彻婚姻法的指示，规定1953年3月为贯彻婚姻法运动月，在这个运动月中，要大张旗鼓地在全国范围内开展一个宣传婚姻法和检查婚姻法执行情况的运动，以为今后继续贯彻婚姻法的工作造成良好的开端。1953年2月18日中共中央还发布《关于贯彻婚姻法运动月工作的补充指示》，提出了贯彻婚姻法运动月工作的具体指示。〔19〕

但在开展具有中国本土特色的宣传和贯彻《婚姻法》运动的同时，为了帮助人们对婚姻法之原则、精神的认识，中国翻译出版苏联的相关法规和论著的工作仍在不断进行着。

翻译出版的相关法规有：中央人民政府法制委员会1950年编的《苏俄婚姻、家庭和监护法典》（王增润译）；三民图书公司1950年版的《苏俄婚姻、家庭及监护法全书》（陈忠诚译）；法律出版社1956年版的《苏俄婚姻、家庭和监护法典》（郑华译），等等。

翻译出版的有关著作有：《苏维埃婚姻与家庭的立法原则》，李世楷译，人民出版社1953年出版；《苏维埃婚姻及家庭之立法》，张福译，广东司法厅1956年出版；《苏联的恋爱婚姻与家庭》，草婴译，上海时代出版社1949年出版；《苏联的家庭婚姻与母性》，张亦名译，新华书店1950年出版；《婚姻》，付昌文译，人民出版社1953年出版；《苏维埃婚姻—家庭法》，方城译，作家书店1954年出版，等等。

其中，《苏维埃婚姻——家庭法》是苏联著名法律学者斯维尔特洛夫所作，在全书共15章的内容中，不仅介绍了苏维埃家庭法的对象及基本原则、历史发展阶段、来源等基本问题，还具体阐述了苏维埃家庭法的婚姻概念、婚姻形式、结婚条件、婚姻无效、婚姻关系终止、构成家庭的人员、血亲的概念、配偶及父母与子女在法律上的关系、收养等婚姻家庭关系中的具体法律制度，并在最后一章“人民民主国家的家庭法”中，介绍了中欧和东南欧各人民民主国家的新婚姻——家庭法的基本制度，还涉及到了新中国的婚姻法律制度。该书具有内容详尽、体系完备等特点。

〔19〕 这些“通知”和“指示”均被收录于北京大学法律系民法教研组于1974年选编的《民事政策资料选编》（二）中。

〔17〕 参见《实行新民主主义的婚姻制度》（社论），《人民日报》1950年4月16日。

〔18〕 1980年《婚姻法》第2条规定：“实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度。保护妇女、儿童和老人的合法权益。实行计划生育”。第3条规定：“禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。禁止借婚姻索取财物。禁止重婚。禁止家庭成员间的虐待和遗弃”。2001年《婚姻法》也在第2条规定了与1980年《婚姻法》第2条完全相同的原则，只是与后者相比，在关于贯彻执行婚姻法基本原则所作的禁止性规定的第3条增加了内容：“禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。禁止借婚姻索取财物。禁止重婚。禁止有配偶者与他人同居。禁止家庭暴力。禁止家庭成员间的虐待和遗弃”。

关于翻译此著作的目的,该书“译序”有明确的表述:“不仅有助我们理解社会主义国家的新的家庭、夫妇、父母子女关系,基于男女政治地位与经济地位平等的真正男女平权,而且对于我国婚姻法的深入宣传,婚姻一家庭关系的正确处理,也不失为一本极有参考价值的优良读物……(该书)简略地叙述了中欧和东南欧各人民民主国家及我国的婚姻一家庭立法,使我们能在更广泛的对照研究之下,来理解我国这一部新法的解放精神”。^[20]

1956年创刊的《政法译丛》是当时专门登载外国法论文的杂志。所刊登的大多也是苏联法的译文或者与苏联法有关的文章,其中,也包括苏联婚姻家庭法方面的译作和论文,如《关于离婚的理由》^[21]等。

同时,这一时期为宣传和贯彻1950年《婚姻法》而出版的有关婚姻法资料中大多也有关于苏联婚姻法的介绍。如《新民主婚姻》(家编辑部于1950年选编并出版)在其“第三编参考资料”中就有“苏联婚姻法介绍”。《婚姻问题参考资料汇编》(第一辑)(中央人民政府法制委员会编、新华书店1950年发行)则收录了苏联法院处理离婚案件的判例。

此外,50年代还邀请过苏联专家来中国,讲解苏联婚姻家庭法的立法情况,介绍苏联婚姻家庭法学理论。^[22]

苏联婚姻家庭法方面的法条及有关的论著、案例在中国的翻译出版和介绍,苏联专家的有关介绍,都一定程度地影响了新中国马克思主义婚姻家庭法学观念和理论的形成,并同时左右着理论界对1950年《婚姻法》所确立的原则和制度的理解和解释。

比如,在50年代中期,理论上曾发生了关于离婚标准的“感情论”与“理由论”的著名论战。前一理论主张,夫妻感情确已破裂,夫妻关系无法维持时即应准予离婚,否则则不准离婚。后一理论则主张,应以离婚必须有正当理由为原则,即理由正当,准予离婚,理由不正当,则不准离婚。这一论战在一定程度上与苏联的“离婚标准”学说有关。^[23]幽桐的《对于当前离婚问题

的分析和意见》^[24]是“感情论”观点的代表。该文认为,当时我国离婚的主要原因仍然是封建婚姻关系和封建残余,法院判决离婚应当以夫妻关系本身有无和好的可能,双方感情是否完全破裂而定,判决离婚与否决定于夫妻关系本身,而不应决定于人民法院的主观愿望。而刘云祥的《关于正确认识与处理当前的离婚问题——与幽桐同志商榷》^[25]则是“理由论”观点的代表。该文虽然承认封建婚姻关系与封建残余是当时离婚原因之一,但认为这不是主要原因。并通过《婚姻法》实施几年以来离婚案件具体情况的考察,作者得出结论,认为资产阶级婚姻观点与小资产阶级婚姻观点是当时我国离婚的主要原因,也是建立和巩固新的家庭关系的主要敌人。并列举了资产阶级婚姻观点在当时最常见的若干情况,^[26]在文章的最后,作者明确提出:“凡一方严重的破坏共产主义道德,违背夫妻忠实义务或有其他违法犯罪等行为,使夫妻关系恶化以致对方据此请求离婚的,人民法院应当支持与满足这种正义要求。如果有罪过的一方提出离婚,这时有决定意义的是对方的态度”。

苏联1926年法典只规定有关解除婚姻问题的裁决的一般准则,并没有关于离婚原因的具体列举,这主要是基于下列的立法理念,即如果采取列举离婚理由的方法,实际上就导致若超出这些原因之外就不准离婚的形式主义,这种办法会造成当解除婚姻确有必要时也失去解除婚姻的可能的结果。1944年7月苏联最高苏维埃主席团发布命令规定了提起关于解除婚姻的诉讼程序时必须遵守的条件。规定人民法院在审理关于解除婚姻的案件时,必须判明递交离婚诉状的动机,并采取调解的办法。如调解不成时,则离婚案件程序在人民法院应认为终结,而原告有权向上级法院提出关于解除婚姻的诉状。上级法院于

[24] 该文载《人民日报》1957年4月13日第7版。

[25] 该文载《法学》1958年第3期。

[26] 具体有6个方面,即:①夫妇一方与第三者发生了密切关系因而要求离婚;②原来夫妻关系很好,但一方由于职位、待遇和知识业务水平提高,或由于生活环境和职业的改变,认为对方不相称因而要求离婚;③夫妇一方受到资产阶级生活方式的影响,借口对方“不会生活”、“不会交际”、“不漂亮”、“没有风度”、“没有感情”等要求离婚;④把爱情建立在金钱关系上,一旦对方不能满足其享受欲望时,即要求离婚;⑤朝三暮四,显然是对待家庭婚姻的轻率态度而要求离婚者;⑥专为玩弄女性的资产阶级杯水主义。这是刘云祥在文章中所列举的。在此前发表于《法学》1956年3月的署名为“予及”的《处理离婚案件必须与资产阶级思想进行斗争》一文则也有相似但更具归纳性的观点,认为反映在婚姻关系上的资产阶级思想及其表现的基本方面是:把爱情建筑在财物与地位基础上的资本主义的婚姻观点和变相的买卖婚姻;在两性关系、婚姻问题上的轻率、放荡以及腐化堕落的行为;资产阶级的损人利己、喜新厌旧的思想。

[20] [苏]斯维尔特洛夫:《苏维埃婚姻一家庭法》,方城译,作家书屋1954年版,第9-10页。

[21] 该文载《政法译丛》1957年第1期。

[22] 如1956年10月苏联法律工作者访华代表团在北京、上海等地进行了访问讲演,其中,苏联专家彼·福·诺申科的演讲题目即是《苏维埃婚姻和家庭立法》,关于其内容,参见《苏联法律工作者访华代表团演讲及问题解答汇集》,中华人民共和国司法部1957年编印,第68-81页。

[23] 李贵连主编:《二十世纪的中国法学》,北京大学出版社1998年版,第203-204页。

审理解除婚姻的诉状时,必须精确地了解促使原告提起请求解除婚姻状况的动机。法院在审理每一个具体案件时,只有当根据案件的具体情况确信离婚诉讼的提出系经过深思熟虑并有正当理由,而且婚姻的继续保持将违反共产主义道德原则,且不能为共同生活和教养子女创造正常条件时,法院才能够并且也应当作出解除婚姻的判决。^[27]

在当时的这一论战中,“理论论”占据了上风,而这一理论与苏联法院在判决是否准予离婚时主要调查是否违反共产主义道德原则的标准是相一致的。此后,由于“左”倾思想的影响,片面强调“以阶级斗争为纲”,因此从反右派斗争到文化大革命这一阶段,“理论论”基本上一直占据优势。在司法实践中,“理由正当”成了准予离婚的主要标准。^[28]

以上这些阐述表明,新中国婚姻法学的创建是与翻译、介绍苏联相关法规和论著密切相联的。

而从50年代末期开始,受国家政治形势变化的影响,法学理论进入了长达20余年的凋零期,婚姻法学也不例外。其后很长一段时间,有关婚姻法的论著屈指可数,而且它们都有一个相同的特点,即更加突出了婚姻法的阶级性。如在《论我国婚姻法的任务和作用》^[29]一文中,作者明确提出我国婚姻法的任务为:不仅是要摧毁封建主义的婚姻家庭制度和观点,还必须改造资产阶级式的婚姻家庭关系,并且同婚姻家庭问题上的资产阶级思想进行斗争。并且提出,婚姻家庭生活中的矛盾,是社会矛盾的反映,无产阶级思想和资产阶级思想、封建思想的矛盾,先进思想和落后思想的矛盾等等,是产生这些纠纷的社会根源。而《关于婚姻家庭纠纷中所反映的阶级斗争问题》^[30]一文,仅从该文章的标题就能感受到其内容的特点。

从某种意义上说,这一时期这些文章的这种内容特点也是苏联的将阶级性作为法的惟一属性这一法学基本理论在中国特定历史条件下被片面、夸大运用的结果。

四、婚姻法领域挣脱苏联模式的呼唤和努力

新中国婚姻家庭法作为一个独立的部门法惯性地存在了数十年,直至20

[27] [苏]布拉都西主编:《苏维埃民法》(下),中国人民大学民法教研室译,中国人民大学1955年版,第340页。

[28] 巫昌祯、夏吟兰:《离婚新探》,载《中国法学》1989年第2期。

[29] 该文载《政法研究》1963年第2期,作者为杨大文、刘素萍。

[30] 该文载《政法研究》1965年第1期,作者为荆司。

世纪80年代,有关的教材和论著仍持这种观点。期间,几乎没有人对这一主要是效法苏联而形成的体例的科学性提出过质疑。

1980年通过了修改后的《中华人民共和国婚姻法》,于次年元旦开始实施。它共分为5章,37条。第1章总则,是有关婚姻法的任务和原则的规定;第2章结婚,是有关婚姻成立的条件和程序的规定;第3章家庭关系,是有关夫妻、父母子女和其他家庭成员间的权利与义务的规定;第4章离婚,是有关婚姻解除的程序和原则,以及离婚后的子女、财产等问题的规定;第5章附则,是有关制裁、执行和施行问题的规定。从具体规定看,1980年《婚姻法》较过去的法律有了一些新的内容。

虽然颁布了新的婚姻法,但理论上仍视婚姻法为一个独立的部门法,它不仅与宪法、行政法、刑法等有很大的不同,也与民法有很大的差异。从80年代相继出版的婚姻法与民法的高等学校统编教材中都能寻觅到这种观点的踪迹。

法律出版社于1982年出版的由杨大文主编的《婚姻法教程》是全国婚姻法统编教材。它提出,我国1950年与1980年的两部婚姻法虽然条文不多,内容比较简要,但都是规定婚姻家庭制度的独立法典。随着我国法制建设的加强,作为独立法律部门的婚姻法必将得到进一步的发展。同时还指出,民法是调整社会中一定范围的财产关系以及与财产关系相联系的某些人身非财产关系的法律。民法领域里的财产关系不同于婚姻法领域里的财产关系。前者反映了商品经济的一般要求,其参与人包括社会主义组织和公民,这种财产关系一般都具有等价、有偿的特点,后者反映了家庭成员共同生活的要求,其参与人仅限于具有特定身份的成员,这种财产关系是谈不到什么等价、有偿的。民法领域里的人身非财产关系不同于婚姻法领域里的人身关系。

法律出版社于1983年出版的由佟柔主编的《民法原理》则是全国民法统编教材。该教材关于民法的一些基本问题的观点与前述50年代的《中华人民共和国民法基本问题》大致相同。如关于民法的调整对象,仍然认为是一定范围的财产关系和人身关系。^[31]从其具体阐述中可以看出,婚姻家庭关系也是被排除在民法调整范围之外的。

除教材外,80年代初期一些民法论著也同样是持把婚姻家庭关系排除在民法调整范围之外的观点。如发表于《法学研究》1980年第1期的《我们应

[31] 参见该书第11页。

该制定什么样的民法》^[32]一文,具体列举了社会主义民法应包括下列方面的主要内容:民法的任务和基本原则;民事权利的主体;民法的适用范围和时效;财产的所有;财产的流转;劳动报酬和福利;财产继承;民事责任。在非常详尽的阐述中,就是没有涉及婚姻家庭关系的内容。此外,该文在阐述中很明显的倾向是对苏联民法制度的推崇,还依据列宁所说的“我们不承认任何‘私法’,在我们看来,经济领域中的一切都属于公法范围,而不属于私法范围”,明确提出“要坚持民法是公法的原则”的观点。

此外,这一时期民法学界的一个争论热点就是关于民法的调整对象问题,并形成了若干学说。^[33]在这一争论中,一些学者在阐述民法调整对象时也把婚姻家庭关系排除在外。如《论我国民法的调整对象》^[34]一文认为,我国民法调整平等的财产关系和人身关系。并指出,平等的财产关系包括平等的财产所有关系和平等的财产流转关系,包括发明、发现、著作人的身份关系及信誉关系等平等的身份关系也属于民法的调整范围,而隶属的身份关系为行政法、经济管理法调整的对象,因婚姻、血缘、收养所产生的身份关系则归婚姻家庭法调整。在关于民法调整对象的论争中,佟柔提出了富有创见并具有很大影响的“民法的对象是商品关系”的观点。他之所以“提出这种看法,就是要反对把民法搞得大得无所不包,甚至囊括婚姻法、劳动法部门;也反对把民法搞得小到私法或所谓‘保护公民权利法’”。^[35]

而从1979年起,全国人大常委会法制委员会专门组成民法起草小组,至1982年,共起草了4个民法草案。其中,1980年8月15日的《民法草案(征求意见稿)》共501条,分为总则、财产所有权、合同、劳动的报酬和奖励、损害责任、财产继承等6编;1982年5月1日的《民法草案(第四稿)》共464条,分为民法的任务和基本原则、民事主体、财产所有权、合同、智力成果权、财产继承权等6编。可见,这两个草案仍一如50年代的民法典草案那样,没有把婚姻家庭法纳入其中。

但随着计划经济向市场经济体制的转变,原来主要受苏联理论影响而形成的家庭生活被认为与经济生活无关的观点逐渐被抛弃,家庭的经济职能日益增

[32] 该文作者为王家福、苏庆、夏淑华。

[33] 参见《法学研究》编辑部编著:《新中国民法学研究综述》,中国社会科学出版社1990年版,第21-25页。

[34] 该文发表于《法学研究》1985年第1期,作者为金平、聂天航、吴卫国、赵万一。

[35] 参见《佟柔文集》,中国政法大学出版社1996年版,第6页。

强,作为现代社会民事生活和经济生活基本单位的家庭,理应成为民法的规范领域。1986年颁布的《民法通则》适时地将家庭生活与关系纳入民法调整范围,规定了民法调整家庭生活关系的若干基本原则。如《民法通则》不仅规定了民法可以调整人身关系(第2条),而且还在第103条规定:公民享有婚姻自主权,禁止买卖、包办婚姻和其他干涉婚姻自由的行为;第104条第1款规定:婚姻、家庭、老人、母亲和儿童受法律保护。这些规定表明,民法通则已经宣告了婚姻家庭法为民法的组成部分。

在理论界,从80年代后期开始,也终于打破了以往把婚姻家庭法作为独立部门法研究的局限和偏狭,对过去理所当然所接受和形成的婚姻家庭法独立于民法的理论和体例进行重新审视,提出了应明确婚姻家庭法归属于民法的呼声。其中,发表于1996年第5期《法学研究》上的曹诗权的《中国婚姻法的基础性重构》可谓是论及该方面问题的一篇力作。作者在阐述婚姻家庭法的地位归属时,首先分析了我国50年代之所以形成婚姻家庭法独立于民法之外的体例的具体原因,并进而提出,婚姻家庭法在法律体系上应归位于民法,这反映了婚姻家庭法与民法的本质联系和逻辑必然,具体理由有:其一,在调整对象的外延上,婚姻家庭法与民法具有同一性;其二,在调整对象的内涵上,婚姻家庭法与民法具有一致性,构成“私法”之有机组成部分;其三,在法的作用上,婚姻家庭法与民法具有统一性;其四,在现代市民社会中,身份关系渐趋弱化,财产关系日益增强,传统亲属法的固有性能逐步消亡,导致了婚姻家庭法在原则、内容上不断向民法靠近,或直接被民法容纳。不过,虽然承认婚姻家庭法归属民法,但从婚姻家庭法学的广泛内容和发展婚姻家庭法的实际需要来看,似以作为法学中独立的分支学科为宜,因此90年代的婚姻家庭法学者均不采部门婚姻家庭法学而采学科婚姻家庭法学。^[36]

20世纪90年代,我国已把制定一部完整的民法典作为法制建设的一项重要目标而提出。在刑典修改工作完成后,民法典的起草工作也已经着手进行。虽然,至今理论上对于民法典的结构和内容尚有很多的争论,但对把婚姻家庭法的内容纳入民法典这一问题并无原则的争议。当代两位著名民商法专家的有关论说应能反映出这种观点的趋向:

针对婚姻家庭法是否应纳入民法典的争论,江平认为,从民法所调整的市民社会关系来看,它包括两大物质生活:一类是人类为了满足自身生存物质需

[36] 杨大文、马忆南:《新中国婚姻家庭法学的发展及我们的思考》,载《中国法学》1998年第6期。

要的经济关系；另一类是人类为了使自身能得到种的延续的婚姻家庭关系。这两类关系均属于民法所调整的平等主体之间的关系。因此在民法典起草时，应将婚姻家庭关系纳入民法典之中，以避免造成我国民法只调整平等主体之间的商品交换关系的误解。^[37]

梁慧星认为，民法为市民社会的法，所规范的社会关系大别为两大类，即经济生活关系和家庭生活关系。与此相应，民法规范也大别为两大类，即财产法和身份法。其中，身份法仅指亲属法。因此，他建议民法典应就规范家庭生活关系的法律规则专设一编，称为亲属编（或婚姻家庭编）。^[38]

1992年至1994年，中国婚姻法学研究会承担了法学学会的“八五”法学研究课题《完善婚姻家庭立法研究》，并在1994年年会上对此进行了广泛的讨论。次年，吉林人民出版社出版了该课题成果《走向21世纪的中国婚姻家庭》（巫昌祯、杨大文主编）。此书第一次全面论述了制定新婚姻家庭法的必要性和可行性，提出了重塑婚姻家庭法的立法模式与体系结构。其中，课题组向立法机关提出了3种立法模式以供选择：1. 大法典模式，即在制定民法典时，将亲属法作为一编，将婚姻法、收养法等法律的内容有序地列入亲属法的相关章节；2. 小法典模式甲案，即制定独立法典式的亲属法，它是调整一定范围的亲属关系（包括婚姻家庭关系）的基本法律；同时，将收养法等法律作为子法；3. 小法典模式乙案，即制定独立法典式的婚姻家庭法作为调整婚姻家庭关系的基本法律，同时还可以将家庭成员以外的一定范围的亲属关系，附带纳入该法的调整范围。^[39]这也是课题组的专家们为挣脱苏联模式而所作的努力。

此外，婚姻法教材的体例在近年也开始发生变化，脱离过去模式，回归大陆法系民法典的趋势已初露端倪。如1998年出版了“九五”规划高等学校法学教材（民商法系列）之一的《亲属法》，该教材不仅在名称上脱离苏联模式、采纳了大陆法系的称呼，而且在章节结构上也较过去一般的婚姻法教程有很大

的变化。^[40]

2001年，经对1980年《婚姻法》进行修改后，重新颁布、实施了新婚姻法。新婚姻法中的无效婚姻制度、夫妻个人财产制度及关于离婚补偿权的规定等，都是在广泛参考世界许多国家，特别是发达国家的婚姻家庭立法及司法实践经验，并结合中国实际的基础上新增加的内容。虽然专家们呼声较高的应效法大多数国家所采取的立法例，将“婚姻法”改为“婚姻家庭法”^[41]以“婚姻关系破裂”取代“感情破裂”作为裁判离婚法定标准等观点最终并没有被采纳，新婚姻法在前瞻性、科学性等方面还有待今后进一步提高，但这并不影响新婚姻法出台过程中已反映出来的不是拘泥于某一国的模式，而是广泛借鉴外国经验的立法特点。

最近，全国人大常委会法制工作委员会民法室编集了《〈中华人民共和国婚姻法〉修改立法资料选》，^[42]其第4部分为“国外及我国香港、台湾有关婚姻法的规定”。从其具体内容看，所涉及的除我国香港、台湾地区外，还有美国、英国、德国、意大利、日本、菲律宾、俄罗斯、瑞士等国的婚姻家庭方面的立法、司法及理论等。这也从一个侧面验证了新婚姻法出台过程中在借鉴外国经验方面所具有的开放性的特征。

总之，在当今中国婚姻家庭法制建设中，原来所具有的完全受苏联模式影响的痕迹已逐渐隐退。可以肯定的是，今后随着中国私法领域在形式和内容上的不断完善，婚姻家庭法在选择借鉴外国模式和具体制度上也必将会出现新的动向。

[37] 江平：《民法典：建设社会主义法治国家的基础——关于制定民法典的几点意见》，载《江平文集》，中国法制出版社2000年版，第406页。

[38] 梁慧星主编：《从近代民法到现代民法》，中国法制出版社2000年版，第371页。

[39] 巫昌祯、杨大文主编：《走向21世纪的中国婚姻家庭》，吉林人民出版社1995年版，第27-28页。

[40] 该教材于1998年由法律出版社初版，编著者为杨大文、陈明侠、陶毅，2000年被再版。全书分为亲属法概论、亲属关系原理、结婚法、夫妻关系法、离婚法、亲子法、收养法、监护法、扶养法和附论等10章。

[41] 在新婚姻法起草过程中，1999年6月11日由婚姻家庭法专家试拟稿起草组、中国法学会婚姻法学研究会立法研究组及中国法学会研究部拟订的《中华人民共和国婚姻家庭法》（法学专家建议稿）就是使用“婚姻家庭法”的名称，但最终未被采纳，主要理由有两方面：一是考虑到自1950年《婚姻法》以来，婚姻法的名称已深入人心，婚姻法作为调整婚姻家庭关系的法律规范已为广大人民群众所熟知；二是此次婚姻法的修订规模有限，是一个阶段性的成果，并未将所有应当修订的内容囊括在内，且修订的内容大多集中在调适婚姻关系的法律规范方面。参见夏吟兰等：《21世纪婚姻家庭关系新机制——新婚姻法解说与研究》，中国检察出版社2001年版，第18页。

[42] 该书由王胜明、孙礼海任主编，法律出版社于2001年出版。

新中国移植苏联民法模式考

学术界一般认为,新中国民事立法和民法学研究曾移植了苏联的模式。^[1]但是,这种移植的具体过程和具体内容到底如何?这种移植对新中国50年民事立法和民法学研究的发展又产生了哪些影响?则至今尚没有作过梳理和研究。笔者在对50年代中国起草的第1次民法典草案(总则和分则各部分共约30余个草稿,至今未曾发表)^[2]进行仔细分析以及将其与苏联民法进行系统比较之后,对这个问题有了一个比较清晰的认识。现不揣浅陋,将自己的研究成果向学界同仁作一汇报,以祈方家指正。

新中国民事立法和民法学研究移植苏联模式,首先表现在第1次民法典草案不仅在框架体系上完全模仿了1922年《苏俄民法典》的总则、物权、债和继承的4编制模式,而且在总则编的立法和学术研究上,也深受苏联的影响,在规定民法的调整对象、民事主体和民事客体等基本制度和原则上,采取了大

体相同的立场。

(一) 民法调整对象

1922年《苏俄民法典》并无关于民法调整对象的明文规定,但其第3条规定:土地关系、由雇佣劳动所产生的关系、家庭关系,都由专门法典调整。按照苏联学者普遍赞同的理论,法典的此条规定表明,土地法、劳动法和家庭法都是独立于民法的部门法。^[3]在接受这种观点的基础上,民法具体调整哪些关系则是引起苏联理论界广为争论的一个复杂问题。早在1938年至1940年间,就曾对此进行过讨论,其后这一问题一直备受关注。至50年代中国起草民法典时,苏联学者关于民法调整对象的讨论并没有取得定论,但基本形成了民法主要调整财产关系,同时也调整与财产关系相联系的人身非财产关系的观点。^[4]

苏联学者之所以普遍主张民法主要调整财产关系,主要是因为接受了恩格斯有关民法问题的一些理论阐述所致。恩格斯认为,民事的法律规定只是社会生活经济条件的法律表现,民法的作用归纳起来就是,在一定条件下确认个别人们之间现存的正常的经济关系。依据这些理论,苏联学者提出,民法首先就是调整所有关系,即由某种社会生产关系的情况所规定的财产关系,它在规定生产资料归谁支配的时候,也就调整消费品占有的关系以及由于契约、继承、赔偿损害等而产生的生产资料和消费品的转让与使用的关系。^[5]

这种强调以财产关系为民法调整对象的学说被50年代我国起草民法典时所接受,并被明确规定于总则部分的草案中。1955年10月5日的《中华人民共和国民法总则草案》(以下简称“55年草案”)^[6]第2条规定:本法是调整社会主义组织间,社会主义组织与私营企业、公民间,及私营企业、公民相互间的财产关系,以加强国民经济计划性,提高社会生产力,逐步改善公民的物质和文化生活的需要。1957年1月15日的《中华人民共和国民法典总则篇

[1] 杨一凡、陈寒枫主编:《中华人民共和国法制史》,黑龙江人民出版社1997年版,第243页;韩延龙主编:《中华人民共和国法制通史》前言,中共中央党校出版社1998年版;何勤华、殷啸虎主编:《中华人民共和国民法史》,复旦大学出版社1999年版,第19页;蔡定剑:《历史与变革——新中国法制建设的历程》,中国政法大学出版社1999年版,第253页;1956年9月27日由全国人大法制委员会史怀璧签发的《关于继承问题向彭真同志的报告》(手稿,未刊发)。

[2] 许多学者认为,1956年我国完成了由总则、所有权、债权、继承等4部分组成、共500余条的民法典最初草稿(上引杨一凡、陈寒枫主编《中华人民共和国法制史》第243页)。这一说法基本符合事实,但不十分准确。因为当时的民法典草稿,并没有组合起来成为一部总数有多少条文的民法典,而是分散为总则篇草案、所有权篇草案、债权通则草案、债篇各具体合同草案、继承法草案等。其中,1955年10月至1957年1月完成总则篇草案4稿,1956年4月至1957年1月完成所有权草案8稿,1956年8月至1957年2月完成债篇通则草案3稿,债篇各具体合同及继承法也各有若干个草案。这些草案有些已经打印,在小范围内散发,征求各方面的意见;有些则是手写稿,只保留在起草小组成员手中。这些草案草稿加在一起,至少有70余个。

[3] [苏] 坚金、布拉图斯(都西)主编:《苏维埃民法》(第一册),李光谟等译,法律出版社1956年版,第27-30页。

[4] [苏]《苏维埃国家和法》杂志编辑部:《关于苏维埃民法对象的讨论总结》,王明毅译,载《政法译丛》1956年创刊号。

[5] [苏] 布拉都西:《民法》,中国人民大学民法教研室译,中国人民大学1951年版,第1-2页。

[6] 该草案(未刊发)分为基本原则、公民与法人、民事权利的客体、法律行为、诉讼期间的效力等5章,共66条。

(第四次草案)》(以下简称“57年草案”)^[7]也在第2条规定了民法调整对象:本法调整国家机关、企业、合作社、社会团体、公民间和它们相互间一定范围内的财产关系,及与财产关系有密切联系的人身关系。两个草案在关于民法调整对象的规定上并不相同,但均是接受了民法以财产关系为主要调整对象的观点,只是前一草案根本不提及人身关系而已。

上述观点同样被这一时期的民法理论界所接受。中国学者自己编写且较早正式出版的教材《中华人民共和国民法基本问题》明确提出:民法除了主要调整财产关系以外,还附带调整一定的人身非财产关系。^[8]在民法典起草的同时,当时刚刚起步的中国民法学界,关于民法调整对象的争论却是非常热烈的。那时具有较大影响的《政法研究》在1956年至1957年间刊登了一组有关此方面争论的文章,但这种争论都是在承认民法主要是调整财产关系的基础上,围绕民法所调整的财产关系的性质而展开的:一种观点认为,财产关系是属于上层建筑的范畴,民法所调整的是财产法律关系;另一种观点则认为,财产关系是属于经济基础的范畴,民法所调整的是生产关系。^[9]

此外,55年草案第7条规定:雇佣劳动关系、家庭婚姻关系、或因发明、著作所发生的关系,以特别法典规定。按照当时我国学说上的解释,劳动法、婚姻法等都和民法一样,是独立的部门法;但因发明、著作所发生的关系是人身非财产关系,属民法调整的范围。^[10]这同样也是吸收了苏联学说的结果。

(二) 民事主体

民事主体是民法典中必须明确的内容,但从近代民法法典化以来,各国民法典对此的规定有一个发展变化的过程。

[7] 该草案(未刊发)分为基本原则、民事权利主体、民事权利客体、民事行为、诉讼时效等5章,共37条。

[8] 中央政法干部学校民法教研室编著:《中华人民共和国民法基本问题》,法律出版社1958年版,第20页。

[9] 有关此方面争论的文章主要有:黄社鹏、卓粹的《民法对象中的财产关系问题》,载《政法研究》1956年第2期;李奋武的《民法所调整的财产关系是物质关系吗?》,中央政法干部学校东北分校民法教研组的《民法对象——财产关系,有什么根据归入上层建筑的范畴呢?》,志敏、镇汉的《民法的主要对象——财产关系的几个问题》,郭寿康、佟梁的《关于民法调整的对象——财产关系的几个问题》,此4篇文章均刊载于《政法研究》1956年第3期;孙亚明、史怀璧的《关于民法调整对象问题的初步意见》,载《政法研究》1957年第1期。

[10] 参见中央政法干部学校民法教研室编著:《中华人民共和国民法基本问题》,法律出版社1958年版,第19-20页。

1804年《法国民法典》是近代国家的第一部民法典,在其“第1编人”中,规定了民事主体制度。由于该民法典起草时深受自然法思想的影响,奉行绝对自由主义,加上对封建团体的极度憎恶和担心其借团体人格进行复辟,因此法典只规定自然人的民事地位,没有规定法人。因此,《法国民法典》中的“人”指的就是自然人。1900年《德国民法典》第1编“第1章人”下设两节,分别规定了“自然人”与“法人”的民事主体制度。

《法国民法典》规定“人”及《德国民法典》规定“自然人”以区别同时期法国、德国宪法文件中所使用的“公民”,这不是简单的用语差别,而是有其深刻的思想背景的。这不仅反映了两部民法典都深刻吸收了自然法的理念和规则,而且,民法典中使用自然人的称谓还有其深刻的制度内涵:它表明凡自然人均为民事主体,否定了封建制度下自然人与民事主体不尽一致的不平等制度,目的在于强调私法主体和私权的无差别性和天赋性;划清了“自然人”与具有政治性、国籍性的“公民”之间的界限;表明了自然人民事主体地位的不可限制性和不可剥夺性。^[11]

1922年《苏俄民法典》在总则的“第2章权利主体(人)”中,规定了作为民事主体的公民与法人的具体制度,把传统民法典中的“自然人”转换成为了“公民”,其第4条第1款规定:“苏俄为了发展国家生产力,给予全体公民以民事上的权利能力(享受民事上的权利和承担民事上的义务的能力),但是被法院限制权利的人除外”,^[12]“自然人”在该章只使用了一次,即第17条规定:“居住苏俄境内的一切自然人和法人参加对外贸易业务的时候,必须通过代表国家的对外贸易人民委员会进行。……”法典中的其他条款大多使用“公民”、“人”,但由于法典第4条的总括性规定,使“人”实际上也等同于“公民”的含义。正如苏联民法学家所言:作为权利主体的人,我们以后将他称

[11] 孔祥俊:《民法上的人·自然人·公民》,载《法律科学》1995年第3期。

[12] 本文所引《苏俄民法典》的条文,均出自郑华译、法律出版社1956年出版的版本。早在20世纪30年代前后,就曾有《苏俄民法典》的中译本问世,前后两个时期的不同版本在条款内容上是有所不同的。比如,民国时期民法学家胡长清曾将《苏俄民法典》第4条译为:“以发展苏俄共和国生产能力为目的,私法上之权利能力(享有私法权利和义务能力)对于未依裁判限制权利之一切人民,均付与之”。之所以发生译文上的如此差异,是因为不同的译者在知识结构、世界观等方面存在差异所致。参见朱晓喆:《自然人的隐喻——对我国民法中“自然人”一词的语言研究》,载《北大法律评论》第4卷第2辑,2002年。

为公民,也有时把他称为人。^[13]因此,《苏俄民法典》实质上已经确认了“公民”代替自然人的用法。^[14]

《苏俄民法典》之所以将宪法性文件中常用的“公民”一词用到民法典中,是有其多方面原因的。在社会主义国家的立法中,全面摒弃自然法观念,认为自然界的人享有的权利主体资格不是天赋的和与生俱来的,而是由法律赋予的,因此公民的权利能力是可以依法加以限制的。而社会主义实行的是公有制和计划经济,整个社会高度政治化,市民社会被政治国家所淹没,在这种社会条件下,民法不再被认为是私法,而是公法,列宁对此有清楚的阐述:“我们不承认任何‘私法’,在我们看来,经济领域中的一切都属于公法范围,而不属于私法范围。”^[15]列宁在1922年草拟民法典时所作的这一指示,常被苏联学者用来作为批判资产阶级学者认为民法是私法观点的理论依据。

苏联的民事主体制度为中国50年代起草民法典所效法。民法典草案规定的民事主体也为公民与法人。55年草案“第2章公民与法人”与57年草案“第2章民事权利主体”^[16]均下设两节分别规定了公民、法人的具体制度。前一草案用了11个条文(第8条至第18条)、后一草案用了10个条文(第5条至第14条)分别规定了公民的权利能力、行为能力、住所的确定及宣告失踪、宣告死亡等制度,两者在具体规定上有所不同,但都没有使用“自然人”称谓的任何条款。后一草案还在其第14条规定了外国公民的法律地位:“居留在中国人民共和国境内的外国公民,在我国法令规定的范围内享有民事权利、负担民事义务。外国公民的所属国和我国如订有关于民事权利义务的协定时,可按协定办理”。

[13] [苏]布拉都西主编:《苏维埃民法》(上),中国人民大学民法教研室译,中国人民大学出版社1955年版,第58页。

[14] 对此,有学者认为:真正以“公民”一词表述民事主体开始于1964年《苏俄民法典》,该法典第2章第1节的标题就是“公民”,1922年《苏俄民法典》虽然在法条中使用“公民”一词,但只是在赋予全体苏维埃公民权利能力的意义上被使用,并未作为民事主体来使用,也未用作章节的标题。参见张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社1991年版,第101页。

[15] [苏]列宁:《给德·伊·库尔斯基的便条》,《列宁全集》第36卷,人民出版社1959年版,第587页。

[16] 55年草案第2章原名为“权利主体(人)”(打印字体),后改为“公民与法人”(手写体)。57年草案第2章的“民事权利主体”的名称下有一括号,称该章的名称“或写为主体;民事主体;权利主体;民事权利、义务主体;公民与法人;人”,这表明起草民法典时关于这一章的名称实际上是有各种分歧意见的。

除民法典草案在规定民事主体时使用“公民”外,这一时期的理论界在阐述民事主体时也理所当然地使用“公民”的称谓。如前述《中华人民共和国民法基本问题》的“第4章民事法律关系的主体”的第2节就是“公民”。而这一时期甚至还用“公民”代替“自然人”来表述西方国家民法典(如《法国民法典》)规定的民事主体。^[17]

如果说1922年《苏俄民法典》在规定民事主体时使用“公民”还并不完全,50年代以前苏联民法学家对自然人还尚有讨论的话,那50年代的中国无论在民法典起草活动中,还是在理论学界的有关探讨中,在使用“公民”这一称谓上都更加彻底,更显自然。

此外,这两个草案在关于公民和法人的一些具体规定上也与《苏俄民法典》的许多规定相同。这也是苏联民事主体制度对新中国第1次民法典草案有较大影响的体现。

(三) 民事客体

苏联学者认为,法权关系的客体是法权关系参与人的权利和义务所指向的事物,具体包括物、人身财富、人类智力创作的成果,但是,其中的物,对于主要是财产法权关系的民事法权关系来说,是具有特别重要的意义的。^[18]这种观点也被50年代的中国民法学界所接受。^[19]这种理论反映到民法典中就是着重规定作为民事权利客体的物,而且强调规定国家财产的不可流转性。

《苏俄民法典》规定,土地是国家的财产,私人对于土地只有使用权,不能作为流转的客体(第21条);制造厂、工厂、设备、运输工具、通讯工具和公用事业营造物等属于国家所有的财产,不准出让给个人和私人团体,不准出让给没有加入合作社系统的合作社和社会团体,不准作为抵押权的标的,也不准按照追索程序用来偿付债权人(第22条);为考虑国家秩序和社会安全,把武器、爆炸物、军用品、电信器材、剧烈毒品等列为禁止私人流转的物品(第23条),只有在特殊条件下经过主管机关的许可,公民才可使用和占有这些物

[17] 如李浩培在其《拿破仑法典初步批判》(载《政法研究》1955年第2期)一文中,阐述和批判1804年《法国民法典》所体现的私权平等原则时,就把这一原则表述为“全体公民的权利能力在法律上平等的原则”。

[18] [苏]布拉都西主编:《苏维埃民法》(上),中国人民大学民法教研室译,中国人民大学出版社1955年版,第59-60页。

[19] 参见中央政法干部学校民法教研室编著:《中华人民共和国民法基本问题》,法律出版社1958年版,第54页。

品(第56条);档案材料,只要其尚未成为废纸,就不得作为交易的标的(第23条);金、银、白金的钱币、外国货币及以外国货币为本位的支付证券等,只有按照专门法律所规定的程序和范围才能作为交易的对象(第24条)。

55年草案关于民事权利客体只有4个条文。

第22条规定:一切财产,包括生产资料、生活资料和具有物质利益的权利,除法律另有规定外,都可以作为民事权利的客体。

第23条规定:军用武器、弹药、器材,爆炸物、剧烈的毒品,放射性的物质,受管制的无线器材以及法律禁止个人所有的其他物,都不许在公民间流转。

第24条规定:金银的块锭和原料、银元、外国货币和证券以及其他属于国家限制流转的物,只有在法律规定的范围内,才可以作为民事流转的客体。

第25条规定:国家的档案,禁止作为民事流转的客体。

在上述4个条文中,除第22条外,其他3个条文均可从《苏俄民法典》中找到相关的出处,而即使是第22条,将物分为生产资料和生活资料的概念也是来自苏联民法的理论。57年草案关于民事权利客体的规定较为详细(第28条至36条),其中大部分条款也与55年草案一样,效仿了《苏俄民法典》的有关规定。

除民法调整对象、民事主体和民事客体均不同程度地效法了苏联民事立法经验或吸收了苏联民法理论外,新中国第1次民法典草案在总则部分其他制度的规定上也受到了苏联的影响。比如,55年草案和57年草案都在总则部分规定了关于法律行为的第4章和关于诉讼时效的第5章,这不仅在体例上与《苏俄民法典》完全一样,^[20]而且在具体规定上,如关于法律行为的成立、法律行为的有效要件、代理制度,只规定诉讼时效等方面也与《苏俄民法典》的规定相同或相似。

在此值得一提的是,起草民法典时对法律行为这一章曾发生了很大的争议,这从57年草案的第4章列举了4个方案就可感受到。这种争论不仅是关于具体内容的,而且也是关于该章的名称的。在4个方案中,前3个方案都是用“民事行为”,第4个方案用的是“法律行为”,在该章名称之下,有一注解

[20] 1922年《苏俄民法典》的总则分为5章,依次为基本原则、权利主体(人)、权利客体(财产)、法律行为、诉讼时效。

说明:关于“法律行为”,我们感到这名词不好,有人主张改为“表意行为”、“意思表示及其法律后果”,但也有同志不同意这两个新名词,认为在没有更好的名词来代替以前,暂时仍用“法律行为”。而55年草案则明确使用“法律行为”这一名称。57年草案之所以主要使用“民事行为”,一个主要原因可能是“法律行为”这一来自《德国民法典》的法律术语,虽然也被《苏俄民法典》使用,但《中华民国民法》这一被认为是伪民法的国民党民法典也使用了这一术语,加上1956年之后理论界的日渐偏“左”,因此导致了起草者为了表明与旧法统的决裂,于是不主张用“法律行为”,而自行创造了“民事行为”这一术语。

除总则篇外,民法典草案的第二个部分是所有权篇,它是1956年初开始草拟条文的,至1957年3月止,共修改了7次。起草该篇的做法是学习、调查研究和草拟条文齐头并进,也就是说,学习理论和分解汇编各国民法资料相结合,调查研究和草拟修改条文相结合。^[21]

从所有权篇草案的内容看,也较多受到了苏联民法的影响,尤其是受到50年代初传入中国的苏联民法理论的影响。

(一) 只规定所有权,没有规定其他物权种类

“物权”一词,由中世纪的注释法学派首先提出,而1900年《德国民法典》首次接受了这一概念,并把它作为专门的一编规定于民法典中。但关于物

[21] 在所有权篇历次草案修改过程中,争论较多的有:第1章总则,所有权分类问题、在他人所有权上的使用关系是否反映和如何反映的问题;第2章国家所有权,国家专有财产问题,国家机关、企业对国家财产特别是国有资产的经营管理处分问题;第3章合作社所有权,社团所有权要否在本章反映和如何反映的问题;第4章公民所有权,资本家所有权要否反映和如何反映的问题,个体劳动者所有权和个人所有权能否合并反映的问题;第5章所有权的取得与丧失,要否规定取得时效制度问题,特定物和种类物的交付问题;第6章所有权的保护,对善意第三人和原所有人的保护问题,合作社能否与国家享有同样的特殊保护问题;第7章共有,共同共有要否反映的问题。参见由“所有权·信托·保险·结算起草小组”于1958年3月25日所作的《说明》(手写稿)。关于“分解汇编各国民法资料”,全国人大常委会办公厅研究室于1955年编印了《各国民法分解资料汇编》,该汇编的材料来源有《苏俄民法典》、《捷克斯洛伐克民法典》、《保加利亚财产法》、《保加利亚债与契约法》及《法国民法典》、《德国民法典》及《中华民国民法》等,分为4辑,依次为总则部分、物权部分、债权部分及继承部分。

权的具体规定,则有很长的历史。早在古代罗马法中,就规定了所有权、役权、永佃权、地上权、质权等物权种类。1804年《法国民法典》则规定有所有权、用益权、使用权、居住权、地役权、抵押权等;1900年《德国民法典》和1898年《日本民法典》则根据本国的特点增加规定了地上权、永佃权、采矿权、先买权等《法国民法典》所没有的物权。而在英国普通法中,也有关于使用权、收益权、抵押权、质权等规定。1922年列宁亲自主持制定的《苏俄民法典》,虽然作为世界历史上第一部社会主义民法典,在具体内容上有诸多特色,但由于受大陆法系,特别是德国支系的浸染太深,因此不仅把物权作为民法典的第二部分单独加以规定,而且所规定的物权,除所有权外,还包括建筑权、抵押权、留置权等。

但是随着苏联国民经济中私人资本主义成分的逐渐排除及最终消灭、社会主义公有制的确立和1936年苏联社会主义新宪法的颁布,苏联民法理论界逐渐形成了所有权以外的其他物权是私有制之下的特有现象的观点,这种观点在50年代初被介绍并传入中国。这主要表现为当时在中国有较大影响的苏联民法的译作大多只阐述所有权,而很少涉及其他物权。

比如,布拉都西主编的《苏维埃民法》(中国人民大学民法教研室译,中国人民大学1955年出版)的第2篇虽名为“物权法”,但其5章的名称分别为“苏联所有权的一般论述”、“国家的社会主义所有制”、“合作社集体农庄的社会主义所有制”、“个人财产”及“建筑权”,前4章阐述的都是关于所有权的内容,只有最后1章对建筑权作了些简单的介绍,而且主要还是阐述民法典不必规定建筑权的理由及建筑权从民法典中被删除的经过。^[22]

克依里洛娃所著的《苏维埃民法》(北京政法学院民法教研室1958年编印)关于苏维埃民法的阐述非常详尽,但在具体阐述中并没有涉及除所有权以外的其他物权制度,该书的第10讲至第13讲分别阐述了“所有权概论”、“社会主义国家所有权”、“合作社集体农庄所有权”、“个人所有权”的具体内容。同样,坚金、布拉都西主编的《苏维埃民法》,也只有关于所有权的阐述,而

[22] 1922年《苏俄民法典》物权部分的第2章为“建筑权”,共有14个条文(第71-84条)。该民法典制定于苏俄实行新经济政策时期,当时民法典规定这一章的主要目的是为了吸引私人资本进行住宅建设事业。但随着苏联经济结构的变化,建筑权的规定越来越没有必要,最终于1948年8月26日颁布了《关于公民购买和建筑个人住宅的权利》,废除了这一章的所有规定。

没有涉及其他物权制度。^[23]

新中国成立之初,在所颁布的一些法令中,一定程度地承认了除所有权以外的其他物权。比如,最高人民法院1951年9月4日在《答东北分院关于抵押权问题的函》中,着重指出了抵押权对抗第三人的效力:“关于不动产抵押权的成立在未经开办不动产登记前,依当地法令既不需要登记,又无应经登报声明或公示等类似的限制,如果当事人间已订有书面契约并已由出押人将不动产权利证件交付给受押人,其抵押权即已成立。在有争执时,经过实事求是的调查,如能确实证其抵押关系存在并虚构串饰的情事,应认为有抵抗第三人的效力”;中央人民政府政务院1951年12月21日《关于船舶抵押效力问题的批示》,强调了抵押权人对于抵押财产的优先受偿权:“凡以船舶为贷款抵押品,并已在航务主管机关办理登记的,于贷款不能清偿而就抵押船舶卖得价款时,抵押权人有尽先受偿的权利。至于普通债权人,仅就抵押权人受清偿之余款,有受偿之权”。^[24]1957年8月3日国务院批转水利部《关于用水和排水纠纷的处理意见的报告》则规定了属于地役权的排水权:“上游兴建灌溉工程时,必须保证下游原有灌区用水。兴修防洪排水工程时,未经有关方面同意,不能单方面改变自然情况”。^[25]

随着1956年我国生产资料所有制社会主义改造的完成,建立了公有制,私人土地所有权便不复存在,也就不存在所有权以外的其他物权。与此相适应,法律上也只承认所有权,苏联民法的这种理论就自然被我国民法理论界所接受。于是学者们否认物权概念及作为一个完整民法制度的物权法,而只是一般地研究所有权制度,不研究其他物权制度。比如,前述《中华人民共和国民法基本问题》只论及“所有权的一般原理”、“国家所有权”、“合作社所有权”、“公民的财产所有权”,而没有关于所有权以外其他物权的阐述,而且,它的这种编排体例显然也受到了前述翻译出版的苏联民法著作的影响。虽然该教材并未明确声明应废止物权概念和物权制度,但在全书共22章的内容中不提及除所有权以外的其他物权,还是能够体现出编著者对所有权的重视,对其他物权

[23] 该书由中国人民大学民法教研室翻译,法律出版社于1957年出版,全书共4册。其中的第13章至第16章属于第2册的内容,分别为“所有权的一般研究”、“国家社会主义所有权”、“合作社集体农庄社会主义所有权”、“个人所有权”。

[24] 参见《中华人民共和国民法资料汇编》,中央政法干部学校民法教研室1956年编印,第260-261页。

[25] 参见《民法参考资料》(第二分册),北京大学法律系民法教研室资料室1983年编印,第145页。

的排斥。

而就 50 年代民法典草案言,与 1922 年《苏俄民法典》相比,排斥物权的态度更加干脆和彻底,根本就不用“物权”的名称,其第 2 部分直接定名为“所有权”。虽然由于所有权篇起草过程中,正处于我国所有制变化和调整最大的一段时间,从草案的最初稿至第 7 稿,^[26]各草案的内容先后有所变化,但彼此相同之处是均只规定所有权的内容,不涉及其他物权种类。但在这些草案起草期间及完成之后,对于是否应规定其他物权还是存在一定争议,并且起草者因此进行了一些调查工作。

比如,起草小组的《关于“所有权篇”的几个问题》(1957 年 3 月 21 日)共列举了 7 项有待调查解决的问题,其中第 2 项为:“由于自然环境和相邻关系,自己的房屋及其他财产为他人通行使用时,发生过什么纠纷?处理原则如何?”第 3 项为:“实际生活中,典权、抵押权、留置权、使用权等是否存在?其实际情况如何?”这实际上涉及除所有权以外其他物权的内容。同时,起草小组还草拟了《关于典权、地上权、抵押权等问题调查提纲》,旨在调查这些物权种类的具体设定情况、权利义务、社会主义改造和这些他物权之间的关系、发展趋势等。

(二) 强调对国家财产的保护

1922 年《苏俄民法典》第 52 条把财产分为国家财产、合作社财产和个人财产。按照苏联民法理论,所有权的分类完全从所有制的不同形式演绎而来,有什么样的所有制就有与之相对应的所有权,社会主义所有权是巩固以生产工具、生产资料社会主义公有制为基础的社会关系的规范体系,相应地,所有权就有 3 种,即国家所有权、合作社集体农庄所有权及个人所有权。

社会主义所有制是占统治地位的,按照 1936 年苏联宪法,它有如下两种形式:国家所有制(全民财产)及合作社集体农庄所有制(各个集体农庄的和各个合作社的财产)(第 5 条),社会主义公有财产是苏维埃制度神圣不可侵犯的基础、祖国富强的源泉、全体劳动者富裕文明生活的源泉(第 131 条)。在社会主义所有制中,国家所有制占主导地位,它决定了合作社集体农庄所有制的社会主义性质,苏维埃国家是国家社会主义所有制唯一的和统一的主体。国

[26] 前后 8 次草案完成的时间依次为:最初稿及第 1 次草稿、第 2 次草稿均为 1956 年 4 月,第 3 次草稿为 1956 年 5 月 12 日,第 4 次草稿为 1956 年 6 月 5 日,第 5 次草稿为 1956 年 8 月 20 日,第 6 次草稿为 1957 年 1 月 7 日,第 7 次草稿为 1957 年 1 月 21 日。

家财产是苏维埃国家的和平的经济组织工作和文化教育工作、实现军事上捍卫国家职能的物质基础。个人财产是由社会主义所有制派生出来的,它与社会主义所有制存在着不可分割的联系,公民参加社会主义经济是公民个人财产的源泉。国家财产对于国家生活的这些重要意义,同时说明了国家财产在社会主义民法的各个制度中起着极为重大的作用,因此,苏维埃民法给予了国家财产比其他各种财产更多的优惠和保护。

按照苏联民法的规定,国家财产的客体较其他各种财产广泛,国家财产中的有些客体,如土地,除国家外,任何人均无权占有。产生国家所有权的方法是多种多样的,具体包括:依国有化和市有化的强制程序没收资本主义的私有财产;社会主义的扩大再生产;组织和公民应缴纳的税收和各种依法征收的赋税和关税;国家机关在国内所实施的法律行为;对外贸易;根据国际文件取得财产;征用;没收;财产因法律行为被认定无效而转移为国家所有;没有精心管理的财产可以移归国家所有;无主财产归国家所有;拾得物也是产生国家财产的可能来源;埋藏物;无人继承的财产;遗嘱,等等。^[27]

社会主义国家所有权受到社会主义一切法律部门的保护,当然也受到民法的保护。对于国家所有权,民法规定了一些特殊的保护措施。

比如,按照《苏俄民法典》第 60 条规定,对于善意的并且不是直接从所有人处取得的财产,原所有人只有在自己遗失或被盗窃的情形下,才有权要求返还,但国家机关和国营企业对它所有的、不论用什么方法被非法出让的财产,都可以向一切取得人要求返还。

此外,在苏联民事审判实践中还确立了两项保护国家所有权的重要原则。

一是国家的社会主义所有权的推定。这是 1925 年 6 月 29 日由苏维埃最高法院全体会议加以确认的,它是苏维埃社会主义法律保护全民所有制最突出的手段之一。这一原则意味着,当国家机关与合作社组织或公民之间发生财产争议时,在财产归属尚未得到证实之前,就推定争议的财产归国家所有。因为苏维埃民法不使也不能使善意取得人的利益高于国家(所有人)的利益。而合作社组织有责任证明自己的所有权,但国家机关则无须证明,即使在国家机关无法举证的情况下也将财产当做国家财产转交给国家机关。在苏联民事审判实践中,这一原则被广泛地用来同资本主义分子作斗争,因为资本主义分子企图使他们对于已成为国家财产、但未及时登记到国有化企业或市有化房屋清册内的

[27] [苏] 坚金、布拉都西主编:《苏维埃民法》(第二册),法律出版社 1957 年版,第 23-36 页。

企业、企业内的设备或房屋的所有权能够得到承认。1938年之后,这一原则的作用、适用条件和范围等引起了广泛的争论。^[28]

二是对于国家机关的财产返还不适用诉讼时效的规定。1925年6月9日的苏维埃最高法院不仅确认了推定原则,而且把它作为由国家机关提起的返还请求诉讼不适用诉讼时效的决定性理由之一。全体会议指出:“根据1925年宪法第15条规定,苏俄是土地、工厂和运输业的独占的所有人,并且依照苏俄民法典第68条的一般规定,一切无主财产都归国家所有,因而按照苏俄的法律,就建立了一个普遍的假定,即一切在苏俄领土内发生争执的财产,如果不能得到相反的确证,就都是国家的财产。如果不如此,我们既没有取得时效的制度,势必大量的财产成为不属于任何人的财产……”^[29]最高法院全体会议在阐述这一原则时举出了两项理由:一是国家所有权的永久性;二是绝大部分财产在合同无效时要由私人所有者的占有转变为国家财产。按照苏联学者的解释,不管非法占有者是集体农庄及其他合作社、公共组织,还是个人,都适用这一原则。但占有人如果是另一国家机关的,就不适用这一原则。^[30]

苏联民法强调国家所有权的地位和对它的特殊保护,影响了50年代中国关于所有权的基本理论。比如,强调国家所有权的统一性,中华人民共和国是国家所有权的惟一的主体;国家所有权的客体具有无限的广泛性,国家财产被他人不法占有时,国家行使返还请求权不受时效的限制;国家财产被他人不法占有时,不问占有人是否有过错,也不论占有人是直接占有或者通过不法让与而占有,国家都可以请求返还;国家与他人对财产所有权发生争议而所有权归属在事实上无法确定时,推定为国家所有。^[31]公民行使所有权不能违反公共利益或损害别人的权利和合法利益,并且强调权利与义务的结合,对于所有人利用个人财产所有权而损害社会公共利益或他人利益的行为应该予以处理,反

对资产阶级的“所有权绝对无限”的观点。^[32]

而对民法典“所有权篇最初稿”^[33]的内容作些分析,就能同样看出它具有强调国家所有权的地位并对它作特别保护的精神。

所有权篇最初稿第5条明确规定所有权分为3种,即国家所有权、合作社所有权、公民个人所有权,但特别重视国家所有权的保护和规定,这主要从该草案的下列条款中得到体现:

第2条:国家财产受法律特别保护。爱护和保卫国家财产是每一个公民的神圣职责。

第3条:财产的所有人,在行使所有权的时候,必须遵守个人利益服从社会公共利益的原则。任何人不许利用私人财产所有权危害公共利益。

第7条:国家财产的范围(或客体范围)不受任何限制。

第9条:国家专有的财产,除国家特别准许外,合作社组织、公共团体和公民都不准许有所有权。

第23条第2款:合作社组织从国家无偿取得的财产,只能无偿地转移给国家。

第41条第1款:所有人不明或没有所有人的财产是无主财产。无主财产依照法令规定的程序移归国家所有。

第43条:对拾得遗失物的所有人不能判明的时候,依照法令规定的程序,视同无主财产归国家所有。

第55条:国家财产受特别保护,任何人不许侵占。保护国家财产是每一个公民的神圣职责。

第56条:国家财产在发现被人侵占的时候,不论占有人是善意的还是恶意的,国家都有权向占有人请求返还属于它的财产和偿还被侵占期间一切应得的利益。这种返还请求权,不受诉讼时效的限制。

第57条第1款:财产的所有人在国家和合作社组织或公民间不能判明的时候,推定财产的所有人是国家。

除关于国家所有权的地位和保护措施是效法《苏俄民法典》及受苏联民法

[28] [苏] 维涅吉克托夫:《苏联民法对社会主义财产的保护》,谢怀栻、李为译,法律出版社1957年版,第124-136页。

[29] [苏] 维涅吉克托夫:《苏联民法对社会主义财产的保护》,谢怀栻、李为译,法律出版社1957年版,第121页。

[30] 这是因为,按照苏联共产党的指示和党章的有关规定,一切国家机关及时地向它们的债务人提出请求,是国营企业领导人和全体经济工作人员加强经济核算制和坚决遵守国家纪律的重要条件之一,法律规定,这些人若延误了向债务人提出请求的期限,就应该负特别责任。

[31] 参见中央政法干部学校民法教研室编著:《中华人民共和国民法基本问题》,法律出版社1958年版,第135-141页。

[32] 关于对“所有权绝对无限”这一资产阶级民法原则的批判,参见李浩培:《拿破仑法典初步批判》,载《政法研究》1955年第2期。

[33] 所有权篇最初稿(未刊发)共63条,分为通则、国家所有权、合作社所有权、公民个人所有权、共有财产、所有权的取得和消灭、所有权的保护等7章,该草案在每一条之后都列明了起草时所参考过的资料。

理论的影响以外,关于合作社所有权、个人所有权等的具体规定也同样主要是受到苏联民法的影响。这从所有权篇最初稿同时列出的参考资料中可以看出。在该草案共63条的内容中,明确参考了苏联宪法、《苏俄民法典》及苏联民法著作的就有42条。

不过,所有权篇最初稿的起草除主要参考苏联的相关法典及著作外,还依据了我国1954年宪法的一些原则,同时还参考了其他新民主主义国家的若干法典。在草案的参考资料中明确提到的就有《保加利亚财产法》(1951年)、《捷克斯洛伐克民法典》(1950年)等。这些法律大多受到《苏俄民法典》及苏联民法理论的影响,但也有各自的特点。其中的一些特色制度也被我国所有权篇最初稿所吸收。

比如,在所有权篇草案起草过程中,一个比较激烈的争论问题即是应否规定时效取得为所有权取得的一种方式。对此,有两种不同的主张。持肯定观点者认为,规定时效取得制度对稳定财产关系、解决财产纠纷有好处,可以促使占有人对占有财产的爱护和管理,而且在全国行业合营后规定取得时效已不可能导致资本主义所有制的产生,特别是发生时效问题的大多是生活资料,若无取得时效的规定,这些必将作为无主财产归国家所有,而国家获得这些财产之后又无好处。他们还进一步建议,规定取得时效的时间为6年,但已经登记的财产、国家财产和合作社财产不适用时效取得制度。

对时效取得制度持否定态度者的理由主要有两方面。一方面,根据时效而取得,足以鼓励不劳而获,会助长和鼓励故意占有他人财物的坏作用,这与社会主义道德风尚、社会主义经济生活不相符合。另一方面,当时我国仍处在过渡时期,基于种种原因所有人不明而被他人占有的财产为数尚多,若规定时效取得制度,这些财产都将归占有人所有,这不利于争取人心,况且一般公民之间也并无因时效而取得所有权的习惯。

尽管苏联法学界对于这一问题曾经也有过各种争论,但苏俄及其他各加盟共和国的民法典都只规定消灭时效而没有规定时效取得制度。在人民民主国家中,《保加利亚财产法》和《捷克斯洛伐克民法典》却都规定了时效取得制度。而在我国50年代初期的民事立法中,虽无明文规定时效取得制度,但各级法院在审判实践中对于解放前年代久远的无权善意占有人一般采取保护原则,^[34]

并且,理论上也有要求确定取得时效制度的呼声。^[35]因此,所有权篇最初稿第37条规定:所有权依契约、时效、继承、遗赠以及其他法律规定的方法而取得。草案明确注明,规定此条的参考资料即是《保加利亚财产法》第77条。^[36]

所有权篇的其他草案对此规定是不相同的。比如,其第一次草稿第34条规定了时效取得制度:财产所有权根据契约、继承、遗赠、占有时效、法院判决、行政命令以及其他法律的规定而取得。但其第七次草案第16条规定:财产所有权根据契约、继承、遗赠、法院判决以及其他法律、法令的规定而取得。显然,后者并没有包含时效取得制度。

除民法典草案重视保护国家所有权之外,从新中国建立公有制经济起,对国有财产的保护和管理也一直是民事立法和司法的重要任务。建国后不久,政务院和有关部门先后通过了《企业中公股公产清理办法》、《关于国营企业清理资产核定资金的决定》及《国营企业资金核定暂行办法》等法令,对防止国有资产的流失、保护资产的完整和有效的使用起到了一定效用。社会主义改造完成以后,我国先后制定了一系列行政法规和规章,并建立了管理和保护国有财产的行政方式,这种方式对于保护国有财产的完整和实物的分配也不无作用。^[37]

第一次民法典草案的第三个部分债篇,同样也是受苏联模式影响的产物。

按照苏联民法理论,民法主要调整财产关系。财产关系主要分为财产所有关系和财产流转关系,规范前者的是所有权法,规范后者的即是债权法。因此,债权法是苏联民法的重要组成部分。

[35] 张定夫:《时效制度中的取得时效问题》,载《政法研究》1956年第2期。不过该文虽然赞成取得时效制度,但同时非常明确提出,只有善意占有才是取得时效最基本最主要的条件,同时对资本主义国家法律大多是把善意占有和恶意占有一并规定为取得时效的根据进行了批评,认为这是资产阶级惟利是图的产物。该文作者还提出,我国立法应该借鉴保加利亚、捷克斯洛伐克的先进立法经验。

[36] 《保加利亚财产法》第77条规定:所有权因法定契约、时效或其他法律所定之方法而取得之。

[37] 王利明:《论国家所有权的民法保护》,载《中国法学》1991年第2期。文中提及的两个法令,均于1951年发布,关于它们的具体内容,参见《民法参考资料》(第二分册),北京大学法律系民法教研室资料室1983年编印,第1-6页。

[34] 中央政法干部学校民法教研室编著:《中华人民共和国民法基本问题》,法律出版社1958年版,第111页。

苏联法律较多受到大陆法系的影响,在民法典中把债法作为相对独立的部分进行规定即是德国支系的一种形式。但是,由于政治、经济制度的不同,苏联民法的债法具有一些区别于资本主义国家债法的具体制度。而这些具有苏联社会制度特色的内容也被移植到了50年代中国的民法典草案中。

(一) 计划法令为债的发生依据,计划合同占据重要地位

苏联民法中债的发生根据具有广泛性。根据1922年《苏俄民法典》第106条规定:

“合同和其他法律上的规定,特别是不当得利和侵权行为,都是产生债权的根据”,但从理论上说,此条规定只是示例,实际上还有其他一些债的发生根据。其中,国家的计划法令就是重要方面。

国家的国民经济计划决定并指挥着苏联的经济生活,它是苏维埃社会主义国家的法律。凡接受了国家计划课题的组织,就负有履行计划课题的义务。计划课题设定了社会主义组织之间,或者是社会组织与公民间的经济联系和财产上的相互关系,因此,国家计划法令是苏维埃民法中很多债的发生根据。^[38]

苏联国家计划法令主要产生缔结合同的义务。1922年的《托拉斯标准条例》和1923年的《关于国营工业托拉斯》法令规定,给予托拉斯供应其所生产的产品的国家课题,责成托拉斯与受到该项供应利益的国家机关用缔结契约的方法来实现。在1927年的国营工业托拉斯新条例中,计划原则的加强反映在托拉斯的活动目的上,规定托拉斯应当“根据各项计划任务”进行活动(第2条)。^[39]1931年2月18日,苏联作出决议,责成企业和其他经济组织通过签订书面合同来办理其定货和供应的手续。1931年3月20日的决议也包含了同样的内容:“国家的、经济的与合作社的机关和企业,在计划课题范围内,以缔结契约及定货的方法设定彼此间供给商品、进行工作、提供服务的相互关系……”^[40]

当时苏联领导人在多次讲话中也特别强调国家计划与合同的相互结合的重要性,比如提出“契约是把经济计划与经济核算结合起来的最好工具”,认为“计划、契约、经济核算制所有这一切都是统一的布尔什维克的经济政策的要

素”。1933年12月,苏联人民委员会在《关于订立1934年合同的决议》中曾强调指出合同的实际重要意义,把它看成为完成计划而斗争的工具。1949年4月苏联部长会议在所公布的《关于缔结经济合同的决议》中又一次指出合同在保证执行国民经济计划上的巨大意义。^[41]根据这些法令,社会主义产品的计划分配制度成为了苏联的供应合同、基本建设承揽合同等合同形式的基础。^[42]

国家计划法令是发生债的重要根据,同时又成了一些重要合同形式的基础,因此就特别重视计划合同。这是苏联实行计划经济的产物。这种精神被新民主主义国家的立法实践所吸收。

比如,《捷克斯洛伐克民法典》第212条规定:①统一经济计划之实行应以特别适合于经济计划需要之合同(经济合同)保证之。主管机关遵照经济计划之需要得规定一定之义务;②因此而发生之法律关系,如无其他规定时,以本法规定之。

《保加利亚债与契约法》(1950年)的有关规定更加详细,其第5条为:依法律或依法律所颁布的法令负责完成国民经济计划之机关,有供给某种物品或履行某种行为之义务或接受签订契约之义务。第6条为:如果各团体间为执行计划法令所签订之契约条件(各团体间之争议依国家公断程序解决之),不符合计划法令时,则此项条件认为无效并应当使之符合其内容。这些团体所未达成协议的那些契约条件也按照法令规定之。如果为执行计划的任务而签订契约,则任务的延期、停止或变更具有废除契约之后果并有回溯的效力——对于将来终止契约或变更契约。第7条为:关于由计划及调整国民经济之法令所发生之债务,如就此问题无其他规定时,应适用本法之规定。

国家的计划法令是发生债的重要根据,计划合同占重要地位,苏联的这种立法经验和理论也同样影响了新中国的债法理论和实践。

50年代中国民法学界关于债和合同的有关理论体现出受到苏联理论影响

[41] 佟柔、胡金书:《巩固合同纪律,为实现国民经济计划而斗争》,载《政法研究》1956年第1期。

[42] 20世纪40、50年代,在苏联民法学界,尽管普遍赞同国家计划指令是合同产生的基础,但对于计划与合同的具体关系还是存在一定的理论争论。有的主张复合的实际构成理论,认为供应之债基于计划指令与合同的一致而产生。有的认为,如果债务以计划指令为基础,则其完全由该指令产生,而合同仅用于使双方的权利与义务具体化。有的认为,供应之债由合同产生,只是合同以计划指令为基础。参见[苏]杰尔什卡尔:《在生产与分配领域中计划与合同的相互关系》,肖士诚译,载法学教材编辑部《民法原理》资料组编:《外国民法资料选编》,法律出版社1983年版,第366页。

[38] [苏]布拉都西主编:《苏维埃民法》(上),中国人民大学民法教研室译,中国人民大学1955年版,第267页。

[39] [苏]布拉都西:《苏维埃民法发展的特点》,毛海华译,载《政法译丛》1958年第2期。

[40] [苏]布拉都西主编:《苏维埃民法》(上),中国人民大学民法教研室译,中国人民大学1955年版,第268页。

的特点。比如,认为债的主要作用是加强社会主义组织间的经济联系,具体实现国民经济计划。计划是订立合同的根据和基础,合同是实现计划的手段和具体形式。认为合同是将各经济组织在执行国民经济计划的前提下联系起来的工具,它可以使国民经济计划具体化和精密化,可以对国民经济计划起到自下而上的监督作用。认为我国社会主义经济组织间实际上是把计划任务与经济核算制的原则通过合同形式变成具体的权利和义务来实现,任何破坏合同纪律的行为,必定破坏国民经济计划与经济核算制。^[43]

同时,由于在合同制度中贯彻计划原则,因此势必在理论上要反对与计划原则格格不入的契约自由原则。认为资产阶级国家民法中的“契约自由”不过是资产阶级用来掩盖对劳动者进行经济压迫的一种卑鄙手段,这一原则是资产阶级的剥削自由、劳动人民的真正不自由和处处受到剥削的掩盖。^[44]即使主张自愿合理为我国订立合同主要原则的学者,也同时特别强调社会主义自愿原则与资产阶级契约自由原则在本质上存在着差异。^[45]

新中国第1次民法典草案也自然地贯彻了这种来自苏联的关于债和合同的理论。比如,“债篇通则第三次草稿”^[46]第2条规定:债是由于计划法令、契约、侵权行为、不当得利、无因管理以及其他法定的根据而发生。其第3条接着明确规定:由计划法令所发生的债,和根据计划法令签订契约所发生的债,必须符合计划法令的内容;在计划法令变更时,债的内容也应当变更。如果因此引起一方受到损失时,他方不负责任。其第27条规定:债务人不能履行、过期履行或不按规格质量履行债务,如果是由于下列原因造成的,可以免除责任:①国家经济计划的变更;②执行行政命令;③发生人力不可抗拒的事故;④由于债权人的故意或过失。此条规定表明,因国家计划而产生的债务的履行也受国家计划变更的影响。草案第34条第2款规定:国营企业间为了完成国民经济计划任务所订立的契约,必须约定违约金。这表明草案在债的担保方面也特别强调对计划合同的重视。

关于民法典草案的债法部分,除起草了债篇通则草案外,还分别起草了一些种类合同草案。其中,有的也对基于国家计划而签订的合同作了特别的规定。

比如,“保管(第一次草案)”^[47]第2条规定:“一般的保管合同从保管人接受寄托物的时候起生效。按照计划保管签订的保管合同,从合同签订的时候起生效”。第7条规定:“根据计划保管签订的保管合同,寄托人和保管人应当按照约定的时间、数量,交付和接受寄托物,如果有一方违约,应按规定付给对方违约金”。

在买卖合同草案中,还特别规定了预购契约,如“买卖(第二次草案)”^[48]第29条规定:预购契约是由社会主义的采购组织按照国家收购计划在农业播种或者牧业的收获以前,向农、牧业生产合作社或互助组或农、牧民预购产品的契约。在其后的第30条至第32条则具体规定了买受人与出卖人双方的具体权利和义务。

关于基本建设包工合同,它本身就是计划合同。“基本建设工程包工合同(第一次草稿)”^[49]第1条规定:依照基本建设工程包工合同,承包人用自己的全部或者一部分材料,按期完成发包人所委托的经国家主管机关批准的基本建设工程,发包人在规定的期限内验收,并按照拨款程序付给承包人工程价款。第3条又规定:基本建设工程包工合同的签订,必须根据批准的必要文件并采书面形式,经双方签字后生效。

而民法典草案起草前后,我国所颁布的一些法令也同样贯彻了重视计划合同的精神。

新中国成立初期,急需发展生产,恢复经济,在这种条件下,建立起了合同制度。1950年9月,政务院公布了新中国第一个合同法规——《机关、国营企业、合作社签订合同暂行办法》,它规定了合同的种类,还同时规定:机关、国营企业、合作社之间的重要业务行为,不能即时清结者,都要签订合同;合同由法人签订,不得由个人签订;合同要通过银行结算;合同签订后要

[43] 佟柔、胡金书:《巩固合同纪律,为实现国民经济计划而斗争》,载《政法研究》1956年第1期。

[44] 关于对资产阶级民法的契约自由原则的批驳,参见李浩培:《拿破仑法典初步批判》,载《政法研究》1955年第2期。

[45] 参见中央政法干部学校民法教研室编著:《中华人民共和国民法基本问题》,法律出版社1958年版,第202-205页。

[46] 该草案(未刊发)完成于1957年2月5日,分为债的发生、债的履行、债的担保、债的移转4部分,共53条。

[47] 保管合同的起草准备工作是从1956年7月开始的,至1957年3月完成修改了第4次草稿。其中,第1次草稿(未刊发)完成于1956年8月9日,共20条。

[48] 买卖合同先后有6次草案,第1次草案完成于1956年3月29日,最后一次草案完成于1957年4月1日。其中,第2次草案完成于1956年4月14日,它共有41条。

[49] 基本建设工程包工合同的起草准备工作是从1956年4月开始的,同年5月下旬即完成了第1次草稿,至1957年3月6日完成修改了第5次草稿。其第1次草稿(未刊发)共有25条。

报告上级机关；因合同发生纠纷时，由上级机关处理，处理无效时当事人可向人民法院起诉，等等。^[50]这一法规虽然没有使用“经济合同”的名称，也没有明文规定合同与计划的关系，但它是中国经济合同制度的基础。^[51]

1950年中央人民政府贸易部在《关于认真订立与严格执行合同的决定》中明确指出，订立合同，是保证双方经济计划和贯彻经济核算的基本形式之一，也是保持企业信誉，解决和调整双方关系的法律根据。该决定还在其第1条规定：（合同双方当事人）在订立合同前，必须充分准备，慎重考虑本身偿付能力与商品条件，是否“同本身计划吻合”，如超出计划必须向上级提出专题报告，并取得批准后始可订立。^[52]这就在我国合同法律制度史上第一次确立了计划原则的地位。1951年政务院财经委员会颁布了《关于统购棉纱的决定》，规定凡公私纱厂生产的棉纱、棉布，停止在市场出售，一律由国营公司统购。1953年政务院发布了《关于实行粮食的计划收购和计划供应的命令》，规定在全国范围内实行粮食的计划收购和计划供应制度。1954年政务院发布《关于实行棉花计划收购的命令》及《关于实行棉布计划收购和计划供应的命令》，规定从1954年秋季新棉上市时起，在全国范围内实行棉花的计划收购。

此后，对一些重要物资也实行计划收购和统一收购，颁布法令要求严格按照国家下达的指令性计划签订合同。比如，1956年的《重工业部产品供应合同暂行基本条款》规定，重工业部所属生产企业、重工业部办事处和执行重工业部分配计划的非重工业部所属企业单位，均须严格执行分配计划贯彻经济合同制度，与需方签订产品供应合同；按分配计划供应的产品，供需双方应依据重工业部销售局与申请部门供应机关协商肯定的订货卡片（或供货通知书）所规定的项目签订合同。^[53]1957年，国务院公布了《关于由国家计划收购和统一收购的农产品和其他物资不准进入自由市场的规定》，它规定：凡国家计划收购的产品，全部由国家收购，农民留用的一小部分若要出售也必须卖给国家，不准在市场上买卖；统一收购的物资，由国家委托商店收购，也不得在市场上出售；只有剩余的物资才可以在国家管理下的市场进行买卖。

上述经济法令导致了合同与计划的日渐紧密结合。但在第一个五年计划期

间，由于存在多种经济成分和多种流通渠道，那些尚未包销或尚未完全包销的产品，允许企业自行推销，企业在国家计划指导下具有一定程度的合同自由权利。但在生产资料私有制的社会主义改造基本完成以后，国家对所有轻、重工业产品，不论生产资料和消费品，一律实行统一计划调拨和统购包销办法。^[54]至50年代末，随着国民经济中逐步建成了全面计划的、高度集中的经济管理体制，交换关系被全面的计划调拨和计划分配所代替，形式上仍然存在的合同实际上成了计划调拨和计划分配的手段，完全否定了合同自由原则。

（二）强调债的实际履行原则

苏联学者认为，在社会主义社会中，债是为了完成国家的国民经济计划、保证社会主义财产与个人财产、满足公民物质和文化生活以及其他方面的需要而设定的。不履行债即阻碍了它们所由产生的国家任务的实现，导致公民的合法利益与需要得不到满足。基于这样的理论，苏联的民事立法和司法都确立和强调了债应当以实物履行，即实际履行原则。他们认为，在资本主义的经济体系中，由于其所固有的生产的无政府状态、危机、失业、货币的不稳定等因素，因此就没有社会主义经济体系中这种债的实际履行的客观条件，而且，在资产阶级社会中，由于债权人的获取利润的企图可以通过向债务人追索损害赔偿或其他金钱代替品的方法得到满足，因此债权人也就失去了要求以实物履行债务的兴趣。^[55]

实际履行原则具体包含两方面内容：一方面，该原则同时约束合同当事人双方，使双方当事人都有必须实际履行合同的法律义务。这与传统合同法不同。在传统合同法中，合同有效成立之后，当事人双方应正确履行各自所承担的义务，法律不允许单方面变更或解除合同，但协商变更或解除合同是当事人的正当权利，它受法律保护。但实际履行原则则不仅禁止当事人单方面变更或解除合同，也禁止双方协商变更或解除合同，因为这一原则直接产生当事人双方对国家的义务。另一方面，实际履行原则意味着，在合同被违反之后，这一原则仍约束合同当事人双方，要求双方必须实际履行合同，一般不允许以支付违约金或损害赔偿金代替实际履行。这也与传统合同法不同。在传统合同法中，当合同被违反之后，可以采取多种法律补救措施，如解除合同、请求支付

[50] 参见《中华人民共和国民法资料汇编》，中央政法干部学校民法教研室1956年编印，第249-251页。

[51] 谢怀栻：《新中国的合同制度和合同法》，载《法学研究》1988年第4期。

[52] 参见《中华人民共和国民法资料汇编》，中央政法干部学校民法教研室1956年编印，第251页。

[53] 参见《经济合同资料选编》，法律出版社1981年版，第87页。

[54] 梁慧星：《论我国合同法律制度的计划原则与合同自由原则》，载《法学研究》1982年第4期。

[55] [苏]布拉都西主编：《苏维埃民法》（上），中国人民大学民法教研室译，中国人民大学1955年版，第285页。

违约金或损害赔偿金,实际履行合同也是其中的补救措施之一,一般只适用于标的为不动产的合同。而按照实际履行原则,除非国家计划已经作废或者履行合同在实际上已不能,否则必须采用的补救措施就是强制实际履行。即使债权人已经请求债务人支付违约金或损害赔偿金,也不免除债权人接受实际履行的义务和债务人实际履行的义务。

苏联之所以确立实际履行合同原则,这与前述注重计划合同是相联的。在列宁实施新经济政策之后,社会主义公有制在国民经济中逐渐占据统治地位,国民经济计划日臻加强。在这样的社会环境中,合同制度成为实现国民经济计划的工具,双方当事人签订合同只是为了使计划任务具体化并保证其实现。合同能否实际履行,将决定计划任务能否完成。同时,这一原则的产生和存在,还取决于社会物质资料的供应状况。在产品匮乏、物质资料供应长期不足的社会中,通过实行实际履行原则,可以保证国家计划的实现和满足人民的基本生活需要,而在一个物质资料极为丰富的社会中,当合同债务人违约时,债权人能够通过保护性购买来满足自己的需要,这样,合同的实际履行原则将丧失其重要意义。因此,匈牙利民法学家居拉·埃雾西在比较了西方国家注重损害赔偿而社会主义国家注重实际履行之后,特别指出:“这种差别的产生并非完全取决于不同法律的规定,而是取决于社会主义国家缺乏足够的商品和西方国家拥有丰富的商品这一事实”。^[56]

债的实际履行原则体现在《苏俄民法典》的若干条文中。

该法典第120条阐述了债的实际履行的一般原则。它规定:债务人不用特定物作标的的债务,债权人有权请求法院索取这个标的物。如果这个物已经转移至有同样权利的第三人的时候,这项权利就消灭。如果这个物还没有转移至第三人的时候,则两个债权人中债权发生在前的,享有优先权。

该项原则也在民法典的具体种类合同的若干条文中得到了一定的体现。法典第158条规定:出租人不把出租财产交付承租人使用的时候,承租人可以依照本法典第120条的规定请求出租人交付财产或解除合同,并且可以请求赔偿由于不履行合同所造成的损害。

实际履行原则不仅体现在民法典中,还体现在苏联不同时期的有关社会主义组织间契约关系的许多法律与决议中。比如,1933年12月9日苏联人民委员会在《关于缔结1934年合同的决议》中,规定因不供给产品而支付罚款、

[56] 梁慧星:《关于实际履行原则的研究》,载《法学研究》1987年第2期。

逾期罚金、违约金,并不免除债务人企业在下一季度继续供给产品的义务。1935年9月21日苏联中央人民执行委员会与人民委员会议的联合决议决定,主要技术作物的定购合同“具有法律的效力,它责成集体农庄、集体庄员、个体农民及采购机关确切而无条件地履行契约”。^[57]

苏联的实际履行原则同样深刻地影响了新中国的民事立法和民法理论。但在建国初期的多种所有制经济形式并存的条件下,一些合同法规还是赋予了当事人以一定的自主性,当事人享有一定的变更或解除合同的权利,以及在对方迟延履行时拒绝接受履行的权利。如1956年6月1日起实行的《中国百货公司供应合同共同条件》规定,如遇原料供应发生困难,生产临时发生故障,订货方所在地市场发生突然变化等情况,均可变更或解除合同。但此后由于生产资料私有制社会主义改造的完成,中国开始在一些领域的合同法令中确立了实际履行原则。如1956年7月1日起实行的《重工业部产品供应合同暂行基本条款》第38条规定:虽然已偿付一切罚款,双方仍须履行合同义务。第40条规定:需方或供方要求削减订货时,应在交货月份前提出原分配机关(国家计委或重工业部)批准函件方可削减订货。^[58]这些规定表明我国合同立法已正式确立实际履行原则。^[59]

在我国50年代的民法学界,也基本接受实际履行原则为债的基本原则的理论。认为实际履行原则是债的履行必须贯彻的原则,其原义是指实物履行,

[57] 作为苏联债法一般原理之一的实际履行原则,在社会主义组织间的关系范围内有特别重大意义。但在苏联民法实践中,关于当事人双方都是国家经济机关的合同的实际履行原则,由于合同客体、拨款程序和支付工作程序的特殊性质,基本上只在基本建设承揽合同中得到实现。而且早在20世纪50年代中期,苏联专家布拉都西就曾预言:“随着社会主义生产的进一步扩大和产品达到丰富的水平,相继而来的买卖合同的发展,将促使强制债务人实际履行的问题逐渐对某些种类的产品失去其尖锐性,因为对于由于对方当事人的过错而受到损害的另一方当事人,在能够从仓库或者贸易站取得其所需的产品的时候,它可以靠金钱的赔偿(违约金、损失赔偿)来得到满足”。但是,债的实际履行原则经1922年《苏俄民法典》一定的体现,30年代苏联重要政治决议的明确规定,及其后苏联民法学者的不断阐述和颂扬,从而使这一原则和其他苏联民法制度和理论一起逐渐产生了一定的域外影响。

[58] 参见《中华人民共和国民法资料汇编》,中央政法干部学校民法教研室1956年编印,第288页。

[59] 梁慧星:《关于实际履行原则的研究》,载《法学研究》1987年第2期。有学者对此有不同观点,认为50年代我国合同法规在立法技术上比较粗糙,规范性不强,并且都属于部门立法和地方性立法,相互之间缺乏照应和协调,甚至彼此发生抵触和矛盾,因此依据某一部门的规定,就肯定我国合同立法已经正式确立了实际履行原则的观点未免失于武断。参见柴振国:《合同实际履行原则之我见——兼与梁慧星同志商榷》,载《法学研究》1988年第2期。

但根据我国实际情况应该把它理解为按照法律或合同规定的标的来履行；一般情况下不能用不是法律或合同规定的标的来代替。实际履行原则是社会主义原则，是国民经济有计划按比例发展的经济规律在债权法上的体现，它保证债在完成产品分配和商品交换中的作用由可能性变为现实性，任何程度的违反都会破坏债权人的计划和企业的经济核算制，影响国民经济计划的完成。债的实际履行不仅是当事人的权利义务问题，而且也是双方对国家应尽的义务。^[60]认为在实践中，那种在合同的履行上全然不考虑国民经济计划，不顾整体利益和国家的损失，订约之后任意废止、延期，或是依赖违约罚款而对对方到期能否履行合同漠不关心的态度，在本质上是资本主义的。因为在资本主义国家里，合同当事人所感兴趣的是高额利润，只要对双方或某一方有利时就可不考虑整体利益，任意延期履行或废止合同。至于以支付金钱的办法来代替合同的履行对资本家来说是最合适不过的，这也符合资本主义的契约自由原则。但是，在我国，经济组织间的合同的最高原则是完成国民经济计划，因此必须全面彻底地履行合同。只有当国家计划改变，或者强制履行会造成大量浪费等原因时，才允许以金钱赔偿的方法来代替履行。^[61]

新中国第1次民法典草案也同样吸收确立了实际履行原则。“债的履行部分（第一次草稿）”^[62]第1条规定：行使债权，履行债务，应该服从国民经济计划，遵守社会主义共同生活规则，本着诚实负责的态度进行。该条之下还附有“另案”两项，明确规定了实际履行原则。“另案一”规定：债务人应该严格按照契约所规定的条件，以积极负责的态度（实际）履行债务；债权人应该给予债务人必要的协助。“另案二”规定：债的履行，应该严格遵守契约纪律，本着实际履行、适当履行的原则精神得到实现。该草案第29条规定：债务人如果无故不履行债务，除赔偿债权人所受到的损失外，仍应担负履行债务的责任。

“债篇通则第三次草稿”也基本体现了实际履行原则。其第5条规定：债务人应该严格按照债的内容，以积极负责的态度切实履行债务，如依债的性质或约定，债的履行要由债权人对债务人协助才能完成的，债权人应该给予必要

[60] 参见中央政法干部学校民法教研室编著：《中华人民共和国民法基本问题》，法律出版社1958年版，第180-182页。

[61] 佟柔、胡金书：《巩固合同纪律，为实现国民经济计划而斗争》，载《政法研究》1956年第1期。

[62] 该草稿（未刊发）完成于1956年8月23日，共43条。

的协助。第35条第1款规定：给付违约金并不免除对契约的实际履行。

这一原则在一些具体合同草案中也得到一定程度的体现。比如，“买卖（第一次稿）”^[63]第14条规定：买受人如果违背契约，拒绝受领标的物，或拒绝支付约定的价金，出卖人可以要求买受人履行契约，或径自拒绝履行契约，并且可以向买受人请求赔偿因违约而造成的损失。第15条规定：买受人迟延受领标的物或迟延支付价金，出卖人可以要求买受人履行契约并且可以向买受人请求赔偿因迟延而造成的损失。

从上述分析可以看出，50年代民法典债法草案在关于债的发生和债的履行原则等方面都受到了《苏俄民法典》及苏联民法理论的影响。当然，苏联民法的影响并不仅仅限于这两个方面。在债法草案起草过程中，广泛参考苏联民事立法和民法理论是起草工作的一项原则。在“债篇通则第三次草稿”（共53条）中，注明起草时参考过《苏俄民法典》的就有25条。在“租赁第六次草稿”^[64]中，明确注明参考过《苏俄民法典》的有14条。但是，苏联民事立法和民法理论并不是中国起草债篇草案时唯一的参考对象，捷克斯洛伐克及保加利亚民事立法的一些条款也受到了中国立法者的关注。当然，这些国家的民事立法中所规定的区别于《苏俄民法典》的一些内容，在很大程度上也反映了《苏俄民法典》实施之后苏联民法理论得到一定发展对这些国家所产生的一定影响。

四

在新中国建立初期，虽然在理论上有人提出，随着社会主义改造的基本完成，社会主义因素的发展，人们的私有观念淡薄，继承法有无必要值得考虑，言下之意，不主张制定继承法。但大多数学者则认为，继承法是民法典中的重要组成部分之一，无论在过渡时期，还是在建成社会主义以后，均有其实际的内容与意义。^[65]

这种观点也被立法实践所接受。在50年代民法典起草之前，由于继承纠

[63] 该草案（未刊发）完成于1956年3月29日，共40条。

[64] 该草案（未刊发）完成于1957年3月23日，它包括正文25条，附录2项。

[65] 悠生：《民法继承法在我国过渡时期的意义》，载《政法研究》1955年第5期。

纷不断，中央机关就曾利用复函等形式对继承制度进行了一定的规范。^[66]而在民法典草案4个部分中，继承法草案是最初草拟的。从1955年5月就开始起草，至1956年9月为止，共删改了8次。在起草过程中，争论最多的是关于如何确定继承人的范围和顺序的问题，其焦点集中在是否应借鉴《苏俄民法典》所规定的继承人范围和顺序。^[67]

关于法定继承人的范围，苏联各个历史阶段的法律规定是不一致的。1918年颁布的“关于废除继承制度”的法令的目的在于废除剥削性质的私有财产的继承，并树立关于劳动所得财产的继承的社会主义规范，因此法令所规定的法定继承人范围比较广泛。按照其第2条的规定，直系尊亲属、直系卑亲属、未亡的配偶、全血缘和非全血缘的兄弟姐妹，都是法定继承人。此后，在实施新经济政策时期，为恢复国民经济，法定继承人的范围有了一些新的调整。1922年5月颁布的“关于俄罗斯联邦所承认并受苏俄法律和法院保护的几种主要私有财产权”的法令缩小了继承人的范围，按照其第6条的规定，只有被继承人的配偶和直系卑亲属才是法定继承人。1922年《苏俄民法典》第418条保留了这个法令的精神，也规定配偶和直系卑亲属为法定继承人，同时该条还创造性地规定了法定继承人包括“在死者去世前一年以上的时间内实际完全依靠死者生活的贫穷的人”。

1945年苏联继承法又进行了一次重大修改，颁布了“关于法定继承人和遗嘱继承人”的法令。为了巩固苏联家庭、稳定家庭中的新型的社会主义关系，该法令扩大了法定继承人范围。按照这一法令的规定，法定继承人有：被继承人的子女（包括养子女），配偶，父母，兄弟和姐妹，以及在被继承人去世前依靠其生活在1年以上的没有劳动能力的人，被继承人的孙子女和曾孙子女则按照代位继承权参加继承。这些被同年苏联最高苏维埃主席团修改民法典作为新的第418条的主要内容。^[68]

尽管从1945年开始，《苏俄民法典》的法定继承人范围较以前有所扩大，但相对于50年代我国起草民法典继承法草案时所参照过的另一个国家的民法

典——《德国民法典》而言，这种范围还是非常狭窄的。按照《德国民法典》第1924条至1929条的规定，法定继承人范围非常广泛，分为5个顺序，甚至包括被继承人的曾祖父母、曾祖父母的直系尊亲属及直系卑亲属。在起草我国继承法草案时，是否应确定如《苏俄民法典》第418条规定的法定继承人范围，引起了理论上的争论。

这种争论又具体集中于是否应把被继承人的祖父母及被继承人生前依靠其生活1年以上的人（寄养人）列入法定继承人范围的问题。

对于祖父母应否成为法定继承人，持否定观点者的主要理由是，“既然孙子女对祖父母的遗产没有继承权，当然，祖父母就同样不能对孙子女的遗产享有继承权”，而且，参照苏联继承法的立法经验，也没有把祖父母列入法定继承人的范围内。^[69]持肯定观点者则认为，否定祖父母为法定继承人不符合我国社会情况和劳动人民的习惯，而孙子女可以代位继承的方式继承祖父母的遗产，但在相反的情况下，祖父母却无继承权利，这在情理上也难以说得通。

还有一种观点虽然也不主张把祖父母列入法定继承人的范围，但又认为若祖父母毫无继承权利则不公平，为弥补这一缺陷，提出祖父母也应当享有代位继承的权利。并且认为，尽管各国民法一般将享有代位继承的人限于卑亲属，但各国立法的先例只能供我国立法时参考，而不能约束我国的立法，因此我国继承法可以独创新例，对代位继承含义作扩大的解释。^[70]

关于在被继承人生前依靠其生活有1年以上的人（寄养人）是否应列入法定继承人的范围问题，也有不同的观点。一种观点主张应吸取苏联立法的经验，将寄养人列入法定继承人的范围。因为苏联继承法的这种经验，是从共产主义人道主义的精神出发的，而这正是我国立法所应吸取的先进范例之一。同时，这与被继承人的原意也不相违背。因为被继承人生前既愿意长期担负寄养人的生活费用，那么在其死亡后使寄养人取得其遗产的一部分甚至全部就没有什么不可以。当然，对于寄养人的资格条件应进行规范。^[71]另一种观点则认为，寄养人确实需要抚养与照顾，但不必将其列入法定继承人的范围，而应以被继承人生前所抚养的人的资格，在每一个顺序继承人进行继承时都酌情分给

[66] 北京大学法律系民法教研室资料室于1983年编印的《民法参考资料》（第六分册）收录了中央机关关于继承问题的批复近20个。

[67] 参见1956年9月27日由全国人大法制委员会史怀璧签发的《关于继承问题向彭真同志的报告》（手写稿）。

[68] [苏] 安吉莫诺夫、格拉维合著：《苏维埃继承法》，李光谟等译，法律出版社1957年版，第143-145页。

[69] 吴建斗、陈德贵、李文彩：《关于我国继承问题中法定继承人范围和顺序的研究》，载《法学》1956年第1期。

[70] 郭生：《对法定继承人范围和顺序中两个问题的商榷》，载《法学》1957年第1期。

[71] 吴建斗、陈德贵、李文彩：《关于我国继承问题中法定继承人范围和顺序的研究》，载《法学》1956年第1期。

其部分遗产。这种方法不仅可以照顾鳏寡孤老的生活，而且又同时照顾到我国群众的习惯。如果按照苏联立法先例，把寄养人规定在第一顺序之内，即当第一顺序有其他法定继承人时与其他法定继承人平均继承，在第一顺序没有其他法定继承人时，则由寄养人单独进行继承，而其他顺序的法定继承人，如有劳动能力的父母和兄弟姐妹，便不能进行继承，则在我国习惯上很难行得通。^[72]

在起草继承法草案时，关于法定继承人的范围，起草者根据中国实际情况与历史传统确定了下列原则：法定继承人的范围不宜过宽，也不应过狭，过宽会使遗产过于分散，对遗产的使用不利，而且容易发生纠纷，过狭则又违反群众的习惯，影响家庭成员间的团结和互助。根据此原则，在继承法草案中，规定法定继承人包括配偶、子女、父母、兄弟姐妹、祖父母（草稿第16条）。确定这样的范围，既可避免《德国民法典》关于此方面规定过宽的缺点，又可以弥补《苏俄民法典》规定较狭的不足。因为扶老育幼是中华民族的美德，祖父母与孙子女间的抚养关系有其深厚的历史原因，同时，这也已为一般人所公认。假如不把祖父母列入继承人的范围，则在孙子女死亡后而没有其他继承人时，易将遗产收归国有，这容易引起群众的不满，在实际中无法实施。

此外，关于寄养人问题，起草继承法草案时也给予了充分的考虑。认为按照我国的群众习惯，对鳏寡孤老的抚养是固有的美德，因而在被继承人死后给予其生前抚养的鳏寡孤老以一定的照顾是十分必要的，这不仅可以避免他们在被继承人死亡后的生活无着落和流离失所，也可以减轻社会上的不必要负担，我国继承法应当体现对这些人的照顾。但是，不应当采取把他们列入法定继承人范围的方法，而应当用作为被继承人生前所抚养的人而加以照顾的方式解决。^[73]认为假如把寄养人列入继承人的范围，则当同一顺序没有其他继承人时，容易使寄养人单独继承遗产，而其他顺序的有劳动能力的父母和兄弟姐妹就不能分得遗产，这在我国群众习惯上很难行得通。据此，按照继承法草稿第20条及第24条的规定，在被继承人死亡后，寄养人可以从遗产中得到适当的

[72] 郭生：《对法定继承人范围和顺序中两个问题的商榷》，载《法学》1957年第1期。

[73] 从50年代对376份有关继承案件的判决进行分析后可以看出，由被继承人在生前曾抚养一定时期之无劳动能力的人即可享有继承权利的明显例子并未见到，但在遗产的分配上，需要考虑与被继承人生前是否共同生活、有无劳动能力等，则是在多数判决中所一致体现的精神。参见《民法参考资料》（第六分册），北京大学法律系民法教研室资料室1983年编印，第214页。

照顾。^[74]

在起草继承法草案时，还有一个较令人关注的问题，即配偶的继承顺位。在起草时，起草者比较了《苏俄民法典》及《捷克斯洛伐克民法典》、《保加利亚继承法》、《中华民国民法》的有关规定。《苏俄民法典》把配偶规定在第一顺序内，即当第一顺序有其他继承人时，应当与其他继承人平均继承，在没有其他继承人时由配偶单独进行继承。而其他3个法典则没有把配偶固定在一个顺序，即配偶在有第一顺序继承人时与第一顺序继承人共同继承，在没有第一顺序继承人时与第二顺序继承人共同继承，在没有第二顺序继承人时与第三顺序继承人共同继承，只有在没有任何顺序继承人时，配偶才能单独继承被继承人的遗产。而《中华民国民法》没有把配偶固定在一个继承顺位上则还体现了维护封建夫权和限制寡妇改嫁的本质。因为按照旧中国的习惯，如果妻子死亡，其娘家人很少会提出与其丈夫共同继承死者遗产的要求，但如果丈夫死亡，由于妻子的继承不是固定于一个顺位，当有其他继承人时，她便不能单独继承遗产，死者的兄弟姐妹等都有可能与她共同继承遗产。而且，在旧社会，甚至为了限制寡妇的继承权和携产出嫁，家族中还有强迫过继的恶习。因此，根据中国的实际情况，采取《苏俄民法典》的模式，继承法草案也把配偶固定在一个顺序且只规定在第一顺序中。

五

新中国第1次民法典草案虽然由于各种原因，最终仅是停留在草案草拟和修改阶段，没有取得实质性的结果。但是，这一通过移植苏联模式起草自己民法典的活动无疑是50年代我国法制建设领域的一个重大事件，它从一个侧面反映了这一时期我国立法活动的大致特点，也在新中国法制演变史上留下了一定的痕迹，从而影响了近半个世纪以来我国民法法典化的进程，给我们以诸多启示。

首先，从民法的生成、演变和发展规律来看，一定的经济关系，必然产生一定的法律关系，在某种经济模式之上，也必然出现某种民法模式。50年代

[74] 参见1956年9月27日由全国人大法制委员会史怀璧签发的《关于继承问题向彭真同志的报告》（手写稿）。

中国比较全面地移植苏联的民法模式，^[75]当然与当时的中国在政治、意识形态等方面与苏联具有相似性，外交上与苏联交往甚密的大环境；以及从新中国一开始就接连不断地翻译苏联民事法典法规及法学著作，^[76]邀请苏联专家来华介绍苏联民事立法经验和民法理论，^[77]派遣我国学者赴苏联学习民法^[78]等诸多因素有关，但最根本、最深层次的原因是中国移植了苏联计划经济的模式所致。

马克思在《哲学的贫困》一书中曾明确指出：“无论政治的立法或民事的立法，都不过是宣布和登记经济关系的需要而已。”^[79]马克思的这一论述深刻揭示了法的模式与经济模式之间的内在联系。而这一论述的精神不仅体现在民法的诞生、发展过程中，也体现在民法的移植的场合。

“十月革命”以后，苏联逐步确立起了社会主义公有制以及与此相适应的严格的计划经济模式，并且在这种经济模式之上建立起了一个比较系统的民法体系（模式）。既受马克思社会主义学说的指导，又受苏联模式的影响（苏联是第一个社会主义国家，苏联是社会主义的代名词，当时要建设社会主义，不移植苏联的模式事实上是不可能的），中国也确立了社会主义公有制和与此相适应的计划经济模式，并在此基础上移植苏联经验建立起了新中国的民法草案体系。因此，无论从当时中国人所理解的马克思主义民法学原理，还是从当时中国经济体制的内在要求，比较全面地移植苏联民法都是必然的，是一个无法

[75] 如前面我们详细论述的无论是集中包含民法基本原理的总则部分，还是规范民法具体制度的所有权、债及继承部分，各草案都体现了主要效法苏联民法的共同特征。特别是当时中国民事立法的主体内容如民法主要调整财产关系，公民为民事主体，特别重视保障国家所有权，强调国家计划与合同的紧密联系等，都可一定程度地从苏联民法著作和民法典中找到相应的出处。

[76] 根据中国政法大学图书馆所编的《中国法律图书总目》（中国政法大学出版社1991年版）所收的书目，50年代出版、编印的有关苏联民法法典和著作（译作）就多达50余种。

[77] 比如，1949年12月至1950年11月，苏联法学专家苏达里可夫和贝可宁应邀为中央政法系统各部门的干部开设了系列讲座——《苏维埃国家和法律的基础》，在共15讲的讲座中，其中的第8讲即为“苏维埃民法”，主要介绍了苏维埃民法是社会主义法律体系的一个部门、苏维埃民法典、民事的权利主体、民事的权利客体等。该讲座的具体内容，刊登于《中央政法公报》第11期，1950年6月15日。

[78] 笔者曾就50年代中国派遣留学生赴苏联专门学习民法的人数这一问题，请教过我国当代著名民法学家彭万林教授。由于年代的久远，彭老师也无法提供准确的数据，但据他回忆，1955年与他一起赴苏联留学的同一列车上就有包括法律专业在内的各种专业留学生数百人，法律专业的留学生进入苏联的大学攻读副博士学位（相当于我国的硕士研究生）时才分为民法、刑法、国家法等专业。

[79] 《马克思恩格斯论国家和法》，法律出版社1958年版，第45页。

避免的历史现象，这是法律进化和发展的规律之一。本文前面分析的中国移植苏联关于民法调整的对象、移植苏联否定“自然人”概念而使用“公民”概念、移植苏联对国家所有权的特殊保护和对一般物权立法的忽视、移植苏联对计划合同的重视与特殊保护等，都只是这一必然性在当时中国民事立法中的具体表现而已。甚至在50年代末以后，中国与苏联已经交恶、乃至发生边界局部战争，中国从苏联移植过来的民法基本内核仍然没有受到影响——因为此时中国的经济模式仍然是社会主义公有制及与此相适应的计划经济。上述启示的内涵是丰富和深刻的，详细论述并不是本文的主题，笔者只想指出的是，在我们目前制定民法典的时候，不应忽视的是应当深入研究我国目前具有中国特色的社会主义市场经济模式的内在要求，以及民法在适应这种内在要求方面可以作出的贡献。

其次，既然经济关系决定法律关系、社会主义计划经济模式决定了民法的基本模式，那么，为什么中国在50年代后期全面照搬了苏联的社会主义公有制和与此相适应的计划经济模式，但在民法上尚未达到全部照搬照抄苏联模式的程度，而是作了许多保留和修正，并且在实际结果方面也很不一样呢？如总则部分的有些草案使用“民事行为”以代替“法律行为”，规定时效为取得所有权的一种方式，草拟了信托契约草案，^[80]把基本建设承揽合同和一般承揽合同分开起草，^[81]使用“借用契约”而不用“借贷契约”，^[82]没有把寄养人列入法定继承人范围之内，等等，这些都是民法典草案区别于《苏俄民法典》

[80] 草拟信托契约草案（从1956年8月开始起草，至1957年3月止，中国共完成了4个信托契约草案），可以说是新中国民事立法试图摆脱苏联模式的影响，在一定程度上吸收西方资本主义国家的民事立法经验的典型例证。众所周知，近代信托制度诞生于英国衡平法，后来逐渐传到美国和日本等国，并得到迅速发展。但在苏联的民事立法中，始终没有出现“信托契约”的名称，苏联对此法律关系的规范是用“行纪合同”来指称的（《苏俄民法典》第9章：行纪合同）。因此，中国草拟信托契约草案，并不是学的苏联，而是学习了英、美、日的模式。当然，由于背景资料的缺乏，无法确切解释50年代起草民法典时为何不用一般理论上已经接受的苏联的“行纪合同”的称谓而独用“信托契约”的原因，但由于起草信托契约过程中曾“适当翻阅资本主义国家的有关文件”，因此如果推测信托契约草案起草过程中还曾参考过英美等国信托法律制度 and 理论，应该是有根据的，只是起草者在参考过程中发生了理解上的偏差。

[81] 《苏俄民法典》把基本建设承揽和一般承揽放在一起规定于法典债法部分的第7章。我国50年代起草民法典时，起初也曾有同样的考虑，后经起草小组一再研究，认为这两者各有各的特点，共同性的地方很少，因此决定分开起草。参见基建起草小组所作的“简要说明”（手写稿，具体日期不详）。

[82] 参见借用小组于1957年2月4日所作的“借用契约的几个主要问题”（打印稿）。

或苏联民法理论的重要方面。

尤其是各个草案在一些具体的规定上,具有更多的不同于苏联民事立法和没有吸收苏联民法理论的内容。而且,起草草案时明确列出的参考资料也并不限于苏联方面的法规和著作,还包括保加利亚、捷克斯洛伐克等新民主主义国家的民事法规,法、德两国的民法典及旧中国的《中华民国民法》等。同时,在起草民法典时,实际上还很注意调查中国当时的具体情况,也重视征询和听取各方面的观点和意见。^[83]

特别需要指出的是,中国在经济上通过移植达成了与苏联基本一致的结果,即确立起了与社会主义公有制相适应的严格的计划经济模式,但在民法上,苏联在1922年即“十月革命”胜利之后的第5年就制定颁布实施了第一部民法典,而中国却只是停留在民法草案阶段,始终未能颁布一部民法典。这与法国在拿破仑掌权后仅用4个月在移植罗马法的基础上就迅速制定颁布实施了自己的民法典、日本在明治维新之后移植法、德两国民事立法经验迅速制定颁布实施民法典的情况形成了鲜明的对照。

这些情况说明,民法的发展,包括民法的移植除了经济模式的因素之外,还受到其他一些因素的影响,从而使法律移植(即使在主观上有这种想法,但)在事实上无法做到全盘照搬的程度。分析一下这些因素,对我们现在的民事立法也不无裨益。具体到50年代中国移植苏联民法的场合,这些因素就表现为当时的立法者受到中国传统立法思维模式的影响、立法主体的强烈的政治倾向以及中国传统的法律虚无主义的肆虐。

一方面,中国传统的立法模式对当时中国的民事立法有重要的影响。这种

模式,就是注重刑事法典而忽视民事法典的编纂,刑事犯罪由国家成文法典规范,民事纠纷主要由民间习惯与儒家的礼以及社会道德规范来处理,对许多民事行为处以刑事处罚。这一模式自公元前5世纪在《法经》中确定下来之后,历经秦汉唐宋一直延续了2000多年至清王朝的《大清律例》为止也没有实质性的变化。除了民国时期制定颁布有民法典之外,中国历史上并无编纂民法典的成果。这一传统的一个后果就是在中国立法者的心中,潜伏了在民事立法上的犹疑不决和过分谨慎的思维。我们从前面分析的第1次民法典草案形成过程中的各种说明与争论中,可以很清楚地看到这一点,改革开放20多年后中国仍然未能完成民法典的制定工作也说明了这一点。而这与俄国早在沙皇时代就加入了大陆法系、开始编纂民法典、“十月革命”以后又继承了这一传统,在短时间内迅速制定颁布民法典的情况不同。

另一方面,立法主体的政治倾向,对民事立法的移植也有着巨大的影响。在50年代初期,尽管从事民事立法、移植工作的主要是全国人大法工委成员(当然也吸收各地各层次专家参加),但他们的工作,尤其是在移植苏联民法的范围和程度上,主要取决于中共中央对苏联的态度,尤其是毛泽东对苏联的看法,而如前所述,毛泽东对全面学习苏联始终是持保留的态度的(导论,第二专题)。所有这些因素,促使中国共产党人早在50年代中期就开始了摆脱苏联影响的进程,而最高领导层的这种政治倾向,带来的是两种结果:一是强调民事立法必须符合中国国情,上述第1次民法典草案的总则和各个分则中区别于苏联民法典和民法理论的内容以及在制定民法典时中国所进行的大规模的调研活动就是这一结果的具体体现;二是对苏联法制(包括许多合理的成分以及及时制定一部统一的成文的民法典的意义)的蔑视,中国民法典迟迟不能出台就是这一结果的具体反映。

此外,中国传统的法律虚无主义,也决定了中国对苏联民法的移植是不会也不可能全面和彻底的。每一个国家都有重视法律和忽视法律的时期,但是像中国这种在长时期内一直崇尚政治权力以及道德教化而忽视法律、法律虚无主义猖獗了两千多年的情况则是非常少见的。在革命导师中,马克思大学本科读的是法律,列宁也是学习法律出身,而在中国革命领袖中,没有一个是学过法律的。在苏联,起草民法典时,列宁可以亲自主持,并且作出凡是人类历史上一切对我们有益的经验在民事立法时我们都必须吸收的指示,而在中国,毛泽东则可以强调没有法律我们照样可以干革命、搞建设。因此,在中国,法律的地位始终是低下的,即使在新中国成立之后,这一传统也没有改变。而在苏

[83] 比如,在起草所有权草案时,就曾访问过北京、上海、广州、武汉、西安等地的50余个机关和部门(参见由“所有权·信托·保险·结算起草小组”于1958年3月25日所作的《说明》(手写稿));在租赁契约起草过程中,进行了5次调查,具体涉及北京、武汉、广州、上海、郑州、长沙、抚顺等7个城市的40余个机关和企事业单位,并仅就其第5次草稿就向全国各地的35个单位征求过意见(参见民法租赁小组所作的“说明”(手写稿,具体日期不详));买卖合同起草过程中,仅就其第5次草稿就向包括西南、中南、华东、北京等4所政法学院的民法教研室及中国人民大学、北京大学、复旦大学等9所大学法律系民法教研室及全国其他30个单位征求过意见(关于这些征求意见及起草过程的其他细节情况,买卖小组都有记录(大多为手写稿)。据其中的一些记录可知,先后参加买卖小组的工作人员共有10人,他们是钱昌照(法案委员)、金平(西南政法学院)、刘兴权(东北人民大学)、芮沐(北京大学)、郑永中(东北人民大学)、李文彩(复旦大学)、刘家兴(北京大学)及全国人大常委会民法研究室的朴蕴、张意修、孙永玉。中国人民大学的佟柔及中央政法干校的卓六干、李奋武参加过“买卖第三次稿”的座谈会。

联,即使在破坏法制最严重的时期,也始终承认法律对社会主义经济建设和政治稳定的作用。另一方面,在新中国,从事法律职业的人,其地位也是低下的。而在苏联,即使是左倾思潮泛滥时期,其法院、检察院以及律师队伍基本上也是健全的。^[84]

所有上述因素,都决定了中国移植苏联民法模式必然会有保留,中国民事立法的成就也不如苏联,而且随着与苏联关系的恶化,中国民事立法的步伐更加缓慢,最后,终于使民事立法工作者为之奋斗了若干个春秋的第1次民法典草案,还是没有能够成为法典,其结果令人惋惜,其教训也发人深省。

再次,民法的孕育和诞生,是一个多种因素作用的过程,在多种因素中,也包括了移植来的外国的民法制度和民法原则。1804年法国民法典的诞生是这样,1898年日本民法典和1900年德国民法典的诞生也同样如此。而且,在一个民法体系中,外来的一种制度和原则,即植体,一旦被植入,尽管会出现排斥现象,但更多地会和其他各种要素产生溶解作用,彼此吸收,最后,人们就会发现,在某一个民法体系之中,已经很难分清哪些是纯本土的东西,哪些是纯外国的成分。^[85]同时,在这种情况下,要想剔除这些外来要素即植体也已经非常困难甚至是不可能的了。换句话说,法律移植包括民法制度的移植一旦进行,就会对接受国产生不以人的意志为转移的持久的影响。法律发展史上凡进行过法律移植的国家是如此,^[86]中国50年代移植苏联民法模式的情况也是如此。^[87]如新中国第1次民法典草案虽然在50年代没有发挥作为法规的实际效用,但其效法苏联的一些制度在其后两次民法典草案中还是得到了一定的保留,并延续影响至今。

1962年至1964年,中国曾进行了建国以后的第2次民法典起草活动。虽

[84] 参见本书“导论”《鸦片战争后外国法对中国的影响》。

[85] 就像连法国学者自己最后也很难分清在1804年法国民法典中,哪些是纯罗马法因素,哪些是纯法国本土的成分;日本学者自己也很难分清在1898年日本民法典之中,哪些是纯法国的制度,哪些是纯德国的成果,哪些是纯日本自己的传统制度一样。

[86] 这方面的例子可以说是比比皆是,如近代西欧各国移植罗马法、近现代亚洲各国(日本、中国、印度、新加坡、马来西亚、泰国、菲律宾、韩国等)移植英美法系和大陆法系等。

[87] 这种情况不仅在移植外国法的情况下会出现,就是在移植(继承)本国历史上的法律时也会出现。比如,苏联解体之后俄国的民法发生了根本性的变化,现已颁布实施了俄罗斯新民法典的部分内容。总体上看,该民法典确立了私法的精神和原则,抛弃了过去具有公法性质的法律调整方式,它吸收了大陆法系乃至英美法系的许多制度,为俄罗斯形成和调整现代市场经济关系确立了统一的法律准则。但是,作为苏联国际法主体的继承者,当代俄罗斯的法律制度不可能迅速、完全地脱离原苏联法的影响,俄罗斯新民法典仍保留规定公民为民事主体之一等内容即是例证。

然这一时期主要因中苏两国交恶之故,所完成的草案体现出力图脱离苏联影响、旨在自力更生创建全新的民法典体系和内容的努力,但其中的一些条文仍然是采用了50年代第1次民法典草案效法苏联所确立的制度。比如,1963年6月8日的“中华人民共和国民法(草稿)”^[88]规定:中华人民共和国公民为民事主体之一(第12条);财产分为国家财产、集体财产和个人财产(第22条);国家财产神圣不可侵犯,国家在追回被侵占的国家财产时,不受时效的限制(第33条)。这一草案与1964年7月最终完成的“中华人民共和国民法草案(试拟稿)”^[89]的前两篇基本相同。而在试拟稿的第3篇中,还规定了合同是实现经济计划、加强经济协作的重要手段(第68条)。

1979年至1982年间,继前两次颁布民法典的努力遭到失败之后,进行了新中国的第3次起草民法典活动。在此期间,先后草拟了4稿草案。这些草案同样也一定程度地延续规定了来自苏联的民法原则和制度。比如,“民法草案(征求意见稿)”^[90]规定了民法主要调整财产关系(第2条),第1编第2章规定了“公民”,所有权分为国家财产所有权、集体财产所有权和个人财产所有权(第75条),法人之间订立合同必须符合国民经济计划的要求(第114条)。“民法草案(第4稿)”^[91]规定民事活动必须服从国家计划的指导(第4条),公民是民事主体(第10条),并在其第2编对公民这一民事主体的具体制度专章作了规范,规定有关经济组织之间为执行国家指令性计划必须订立合同(第132条),并在一些种类合同中也体现了将国家计划与合同紧密联系起来的精神。

《民法通则》就是在新中国第3次民法典起草活动中止之后,遵循成熟一个出台一个的原则,为规范民事法律关系中的基本问题而出台的,它从1987年起开始施行。《民法通则》中的有些内容具有历史的延续性,如规定公民为

[88] 该草稿共分为3篇,依次为总则、财产的所有关系、财产的流转关系,至1963年6月,已完成前两篇的条文,共有51条。

[89] 该草案分为总则、财产的所有、财产的流转3篇,共262条。

[90] 该草案完成于1980年8月,分为6编,依次为总则、财产所有权、合同、劳动的报酬和奖励、损害责任、财产继承,共501条。

[91] 该草案完成于1982年5月,分为民法的任务和基本原则、民事主体、财产所有权、合同、智力成果权、财产继承权,共465条。

民事主体,^[92]没有规定物权制度,而是代之表述为“财产所有权和与财产所有权有关的财产权”等。《民法通则》现仍为我国民事领域有效的重要法律,因而可以说,新中国第一次民法典起草活动所受到的苏联民法的影响一直延续至今。除《民法通则》外,从90年代以来,在我国经济体制逐渐实现由计划经济向市场经济转移的过程中,民事立法活动日渐活跃,那些调整市场经济关系的各国民事法律,包括欧美等发达国家的民事立法及俄罗斯新民法典等,都被我国立法者纳入立法时参考的视野范围之内。但即使是在如此开放的立法背景之下,已经深深扎根于中国土壤中的苏联民法理念和具体制度仍一定程度地发挥着它的影响力。比如,全国人大常委会法制工作委员会的《中华人民共和国物权法(征求意见稿)》(2002年)仍将所有权分为国家所有权、集体所有权、个人所有权,不可否认,这仍是沿用苏联模式的结果。

因此,中国20世纪50年代移植苏联民法模式的活动虽然是立法者的一种主观能动行为,但移植的结果却具有客观性,而伴随着移植而造成的对中国民事立法的影响则更具有必然性和持久性,不管人们对此此次移植的得失作何评价,中国现行民法躯体中仍然流淌着苏联民法的血液则是一个不争的事实。对此进行客观而冷静的分析,总结其中的经验和教训,并以此制定出一部比较系统和完备且符合中国国情的民法典,应当是我国新一代民法学者义不容辞的历史使命。^[93]

苏联经济法理论的演变及其对中国的影响

与民法学、刑法学等传统法学部门相比,经济法学是一门年轻的学科,它的形成距今还不到一百年。1906年,德国学者奥特(Oitter)在《世界经济年鉴》上使用“经济法”(Wirtschaftsrecht)一词,但当时仅用来说明与世界经济有关的各种法规,并未寓以任何严格的理论含义。20世纪20年代初期,德国相继出版了有关经济法学的专著,如《经济法的概念》、《德国新经济法》、《经济法基础》等。^[1]其后,在德国经济法理论的影响下,大陆法系国家也开始接受经济法的概念,并产生经济法学。

在中国,虽然“经济法”这一概念早在20世纪20年代就被介绍进来,^[2]但是并没有引起中国法学界的重视,也没有产生经济法学。新中国成立之后,虽然各个时期颁布的经济法规并不少,但经济法学的形成却历经曲折。早在60年代,我国就有学者起草过《经济法草案》,但经济法学的勃兴却是20世

[1] 经济法学首先形成于德国,学术界对此并无异议。但是,对于谁首先使用“经济法”这一概念,学者间有不同观点。有的认为,德国人奥特于1906年首先使用经济法这一概念。但也有学者提出,法国空想共产主义者摩莱里早在其《自然法典》(1755年)一书中就使用过经济法这个词。参见王家福:《经济法学浅说》,载《经济法理论学术论文集》,群众出版社1985年版,第236页。

[2] 1923年12月《法律评论》第26、27期在“外国法制新闻”专栏中就连载了《新时代产物之“经济法”》。该文虽然篇幅不多,但还是介绍了经济法在德国形成的原因、德国学者关于经济法概念的不同观点及经济法的性质、范围等内容。同时民国时期曾出版过一些带有“经济法”名称的法规、法令汇编资料,如《中国战时经济法规汇编》(沈春雷等编,上海世界书局1940年版)、《经济法规汇编》(经济部编,商务印书馆1940年版)、《非常时期经济法令及参考资料》(上海国际出版社1947年编印)等。

[92] 《民法通则》第2章为“公民(自然人)”,之所以将公民与自然人并列使用,主要是为了尊重传统,因为传统民法中习惯上将自然人与法人对立使用,《民法通则》既然规定了法人,所以应当用自然人与它相对应,同时,由于我国建国以来在法律上大都使用公民的称谓,考虑到这两方面的原因,故采用了“公民(自然人)”这样独特的表达方式。参见江平、张佩霖编著:《民法教程》,中国政法大学出版社1988年版,第145页。

[93] 在本书审稿、排版、印刷过程中,新中国历次起草的民法典草案已由何勤华、李秀清、陈颐编辑出版(法律出版社2003年版),由全国人大法工委起草的民法典草案也已于2002年12月提交第九届全国人大常委会第三十一次会议审议。

纪70年代末以后的事情。^[3]而这些都是基于广泛接受苏联经济法理论而发生的。

苏联是较早出现经济法思想的国家。早在1922年《苏俄民法典》公布之后不久,当时一些有影响的法学家或者把民法看成是经济法的同义语,或者把民法包括在经济法的概念内。^[4]例如,曾积极参加了民法典制定工作的著名民法学家戈伊赫巴尔格,在其《苏俄经济法》(1923年出版)^[5]一书中,就把民法视为经济法的同义语。同时一些法学家还对民法典的性质、任务等内容作了错误的理解,他们认为,民法典的颁布是苏维埃立法上的一个根本性转变,标志着革命已经从最初的前进运动转向通常的资产阶级经济秩序和法律秩序,把民法典说成是资产阶级的法律。

苏维埃法学的早期代表人物斯图契卡等人坚持马克思主义关于法的阶级性观点,对这种将《苏俄民法典》混同于资产阶级法或视为超阶级的法的错误观点进行了批判。但是,斯图契卡在批判资产阶级唯心主义法学思想的同时,自己却又陷入了庸俗唯物主义的错误立场。他认为,苏维埃民法只能调整私有经济基础上产生的财产关系以及部分地调整各种经济成分之间的财产关系,而不能调整公有经济内部即社会主义组织之间的关系,并预言随着民事关系的日益缩小,民法的作用范围也将日趋缩小并逐渐消亡。

在此基础上,斯图契卡于20年代末提出了后来被称为“两成分法”的理论。按照这种理论,经济行政法调整形成于社会主义经济成分中各社会主义组

[3] 一般认为,中国经济法学崛起于十一届三中全会以后,参见杨紫烜:《论中国的经济法理论》,载《北京大学学报(哲学社会科学版)》1991年第3期;王家福、王保树:《论加强社会主义经济法制建设》,载《法学研究》1983年第1期;谢次昌:《经济法学的十年及当前亟待解决的一些问题》,载《中国法学》1989年第3期。这种观点总体上并无错误,但令人遗憾的是,在这些文章的阐述中,根本就没有提及60年代中国曾经有过的《经济法草案》。甚至还有学者认为,即使是经济法概念的提出,也是在十一届三中全会之后,参见陶和谦主编:《经济法学》,群众出版社1986年版,第3页。这种观点显然值得商榷。

[4] 陈双章:《苏联经济法学派与民法学派五十年的争论及其经验教训(连载)》,载《中国法学》1985年第2期。

[5] 该书被认为是苏联出版的第一本经济法专著,参见王家福:《经济法学浅论》,载《经济法理论学术论文集》,群众出版社1985年版,第236页。

织之间的关系,这些关系的特点是计划性和隶属性;民法调整建立在无计划的、“无政府”的基础上的私有制经济成分中的财产关系;随着原料和产品分配的有意识的计划作用的增长,民法将被经济行政法所代替。^[6]斯图契卡在其《苏维埃民法教程》(1931年出版)一书中明确写道:“既然私人经济法或民法(也是私法)主要调整私有者的各种财产关系和部分地调整各种经济成分之间的关系,那么,经济行政法便是调整社会主义成分的各种经济关系了”。

1931年公布的由斯图契卡主持起草的《苏联民事立法基本原则》草案就是以上述理论为基础的。按照这一理论,苏联需要有两套法律调整体系,即民法和经济行政法;有两种立法文件,即苏联民事立法原则和苏联经济行政法典;有两套审理争议的机关,即审理私人之间争议的法院和审理社会主义组织争议的公断处。虽然该草案没有被通过,但斯图契卡的“两成分法”理论开部门经济法主张的先河。^[7]该理论受到了当时许多民法学家的批评,他们认为,苏联民法不能局限于调整一部分国内经济流转的财产关系即对“私有权”存在范围内的财产关系,它应当调整苏联的整个经济流转。

30年代中期,苏联又产生了“战前经济法主张”,其代表人物有金茨布尔格和帕舒卡尼斯。他们提出,经济法是“无产阶级国家在组织经营管理和组织经济联系方面所实行的政策的特殊形式”,认为必须把法所调整的社会主义经济组织间产生的关系划分为法和法律科学的独立部门,在法律建设方面应颁布作为调整社会主义经济组织所产生的一切基本的财产关系的苏联经济法的专门法典。他们还批判了“两成分法”理论的错误,但同时又走向另一个极端,即不仅把各社会主义组织之间的关系,而且也把公民之间的关系都纳入了经济法的范围。其结果,公民被贬低到消费者的地位。^[8]

这一理论的弱点在于以经济法代替民法,把人(公民)实质上变为经济关系结构中的某种附属品,而不是使他们享有一切社会主义制度所保障的权利。^[9]这种理论被维辛斯基指责为“偷天换日地用所谓‘经济法’来代替民

[6] 史越:《苏联的经济法学派和经济立法》,载《经济法论文选集》,北京政法学院经济法教研室1980年编印,第104页。

[7] 梁慧星、王利明:《经济法的理论问题》,中国政法大学出版社1986年版,第42页。

[8] [苏]国立莫斯科大学、斯维尔德洛夫法学院合编:《经济法》,中译本,中国人民大学出版社1980年版,第11页。

[9] [苏]巴甫洛夫:《苏维埃法律科学四十年来的发展》,吴大英译,载《政法译丛》1958年第1期。

法,是对共产主义敌人的重大帮助”。这一时期的民法著作中大致上都按维辛斯基所定的基调批判这一学派观点。在30年代末期苏联的政治环境下,学术问题变成了敌我性质的政治问题,两位代表人物作为托洛茨基——布哈林集团分子、苏维埃人民的敌人被彻底清算,就连对1932年已经去世的斯图契卡,也没有忘记把他钉在“人民公敌”的耻辱柱上。^[10]此后,苏联经济法的主张中断了近20多年。^[11]

50年代末,在新的历史条件下,苏联又产生了新的经济法学派。其中,最为引人注目的是拉普捷夫和马穆托夫等人提出的战后经济法主张,这又被称为现代经济法学派。^[12]该学派认为,经济法是法律体系中的一个独立部门,具有特定的法律调整对象(经济关系)和特定的法律调整方式。拉普捷夫在《苏维埃经济法》(1959年)中,论证了经济法是调整国家的社会主义经济中形成的社会关系的独立部门法思想;并以现实生活中这些关系的统一决定了经济法规范的统一为理由,反对人为地把经济法规范分割在民法和行政法中。他还提出,在资产阶级国家里,国家的管理活动由公法或行政法来调整,私营活动由私法或民法来调整。十月革命后,苏维埃国家来不及创立完整的社会主义经营管理制度,因此沿用旧的法律形式,用行政法和民法来调整经济关系。但随着形势的变化,这种法律形式已经阻碍了经济的发展。因此,他认为,苏维埃经济法全面地既调整纵的又调整横的关系,现实生活中这些关系的不可分割的联系和统一决定了经济法规范的统一,它们构成独立的法律部门——经济法。他同时提出,苏联进一步发展经济立法、科学地研究经济法的一般概念和制度,必然导致颁布确定经济立法基本原则和制度的统一的立法文件——经济

[10] 陈汉章:《苏联经济法学派与民法学派五十年的争论及其经验教训(连载)》,载《中国法学》1985年第3期。

[11] 直到50年代前期,维辛斯基还对斯图契卡的“用所谓经济法来代替民法”进行批判,认为斯图契卡等人虽然已经不存在,但他们的门徒还存在,他们的主张如同旧的毒素,适当的场合还会显露。参见维辛斯基:《国家和法的理论问题》,中译本,法律出版社1955年版,第489页。

[12] 除这一学派外,还有“综合学科经济法”学派,早在40年代拉伊赫尔在研究保险问题时提出了把法分为基本部门和综合部门。至50年代后半期,得到了约菲、托尔斯泰等学者的支持。综合学科经济法学派的主要观点是:苏维埃法学体系应分为基础学科和综合学科,前者是独立的,并具有统一的对象,它不能由其他学科的法律规范组成,具有自己特殊的调整方法;后者则调整若干不同种类的关系,它是由其他基础学科的法律规范形成,并适用各个基础学科中的一系列法律调整方法,经济法就属于这种综合性学科。约菲后来放弃了法学综合学科的观点。参见史越:《苏联的经济法流派和经济立法》,载《经济法论文选集》北京政法学院经济法教研室1980年编印,第105-106页。

法典,或其他类似法规。但他也指出,在苏联当时的条件下,颁布统一的经济法典还为时尚早,而应当颁布系统的法律和规范法令,为将来更广泛的法典编纂做准备。^[13]

这一学派的另一重要人物马穆托夫也认为,不论是纵的经济关系,还是横的经济关系,都是在产品的生产和流通方面的有计划的直接社会关系,因此经济法主张是把它们视为统一的整体而作为法律调整对象的。^[14]

现代经济法学派继承了20、30年代苏联部门经济法的基本观点,并使之在理论上更加完善和系统化,明确了经济法调整纵横经济关系的“纵横统一说”。经济法学派之所以在50年代末在苏联重新出现,是有一定原因的:一是在苏共二十大之后,对许多理论问题进行了重新评价,包括对原来彻底排斥经济法理论这种做法的不妥当性有了一定的认识;^[15]二是因为50年代中期苏联面临经济体制改革,这向法律界提出了如何加强法律对经济关系调整作用的研究课题;^[16]三是这一时期正准备对苏联的立法进行大规模的更新,要求在理论上研究完善苏联法律体系和明确划分各部门立法的调整范围等问题。^[17]

不过,现代经济法学派所主张的纵横统一说还是遭到了民法学家们的激烈抨击。勃拉图西(又译为布拉都西)、坚金等当时苏联著名民法学家都反对这种经济法理论,尽管这些学者对许多问题存在分歧,但都属于传统的民法一行

[13] 该文由郭明瑞摘译自《苏联国家与法》杂志1959年第4期,译文载《国外法学》1979年第4期,并被收录于《经济法论文选集》(北京政法学院经济法教研室1980年编印)中。

[14] 宋维义编:《外国经济法理论资料类编》,群众出版社1986年版,第27页。

[15] 苏共二十大之后,法学界对斯大林时期占据主流地位的维辛斯基的法学理论提出了批评。有的学者提出,维辛斯基在1938年7月第一次全苏联苏维埃法律和国家科学会议上所作的报告“苏维埃社会主义法律科学的基本任务”,其主要的错误之一就是迫害包括金茨布尔格在内的法学家。认为维辛斯基废除所谓“经济法”的立场是不正确的,由于其主张废除这一作为苏维埃法律科学中一个部门的经济法,使得苏联法学家们在实际上忽视了对由法律调整的经济生活许多方面的注意。参见[苏]彼昂特考夫斯基:《论苏维埃法学的几个问题》,杨文良译,载《政法译丛》1956年第4期。

[16] 赫鲁晓夫在苏共二十大报告中指出:“现在当我们的社会正在为提高劳动生产率和解决苏联的基本经济任务而奋斗的时候,提到首要地位的是马克思主义理论的经济方面,是具体经济的各种问题。”据此,苏联法学界提出,应该开始深刻研究苏联国家和国家个别部门经济活动的法律调整的各项问题,认为调整国家经济生活的立法工作的意义较以前增强。参见[苏]《苏维埃国家和法》杂志社论:《苏联共产党第二十次代表大会和苏维埃法学的任务》,王明毅译,载《政法译丛》1956年第4期。

[17] 陈汉章:《苏联经济法学派与民法学派五十年的争论及其经验教训(连载)》,载《中国法学》1985年第3期。

政法学派。他们认为,民法应统一调整建立在平等原则上的财产关系,不问这些关系是发生在公民之间、公民与组织之间,还是发生在组织相互之间,而国民经济管理过程中发生的纵的关系则应由行政法调整。他们反对经济法是独立法律部门的主张,认为经济法的规范不是调整同类关系的,如果刻意编造一个经济法部门会破坏民法、行政法等部门的完整性。

这种争论以1961年《苏联和各加盟共和国民事立法纲要》(以下简称《民事立法纲要》)的通过而暂告一段落,其第2条明确规定:“苏联民事立法调整国家组织、合作社组织、社会团体相互之间的,公民与国家组织、合作社组织、社会团体之间的,公民相互之间的为本纲要第1条所规定的各种关系”。^[18]这一规定表明,苏联立法继续坚持对国民经济的综合法律调整机制,并没有采纳经济法学派的主张,而是一定程度地支持了民法学派的观点。而当时苏联最高苏维埃法案委员会主席波利扬斯基在该草案的报告中直截了当地批评了经济法学派的主张,认为如果采纳经济法学派所主张的关于把调整社会主义组织之间的财产关系的规范从民法中分离出来成为单独立法文件的建议,将意味着由整个社会主义经济的统一性所决定的苏联财产关系体系,成为人为分裂的财产关系,从而破坏了社会利益和个人利益的和谐结合。

三

纵横统一说虽因1961年《民事立法纲要》的明确规定而在苏联遭到挫折,但主张经济法是独立部门的苏联经济法理论还是对同时期的其他实行公有制和高度计划经济的社会主义国家产生了一定的影响。这种影响不仅体现在理论上的采纳,而且还表现在有些国家的立法实践中。

主张经济法是独立的部门法,这在捷克斯洛伐克得到了立法上的承认。1964年颁布的《捷克斯洛伐克经济法典》由序言、经济法关系的原则和本文组成,其中,本文共12篇400条。^[19]该法典第1条规定:“经济法调整在国民经济管理和社会主义组织的经济活动所发生的下列关系:国民经济的计划领导和社会主义公有财产的管理;经济活动的组织,社会主义组织的地位及其经济活动;社会主义组织间的协作及违反规定的义务时应负的财产上的责任;社会

主义组织间的支付和信贷关系。”此条规定表明,国民经济中一切经济关系均由经济法调整。而同年颁布的该国民法典却规定只调整公民个人之间所发生的财产关系与人身非财产关系。经济法典与民法典的颁布虽然并不意味着关于经济法争论的解决,^[20]但在捷克斯洛伐克,经济法与民法的调整对象据此有了明确的划分界限。捷克斯洛伐克颁布的这一经济法典是苏联东欧法律体系中第一部独立的经济法典,^[21]虽然它的颁布有多方面的原因,^[22]但不可否认的一项因素是吸取了苏联的经济法学派理论。

在东欧其他社会主义国家,也不同程度地受到苏联经济法理论的影响。例如,在民主德国,50年代末,在苏联经济法理论的影响下,产生了自己的部门经济法思想。当60年代初苏联立法机关否定了以经济法单独调整国民经济的建议而颁布了《民事立法纲要》后,民主德国的法学家们又受其影响也一度几乎一致地放弃了部门经济法的主张。^[23]在匈牙利,50年代后期,同样是由于受苏联影响,法学界开展了对国民经济法律调整的讨论,其中心问题是能否用一个独立的经济法部门对国民经济进行单独调整。受苏联影响的主张部门经济法的匈牙利法学家并没有在这场争论中取得胜利。在南斯拉夫,也有经济法的概念,但其含义与苏联经济法学派的主张有很大差异,虽然承认经济法是构成一个国家整个法律制度的部门法之一,但把它等同于商法的含义。^[24]不过,在1947年至1950年间,南斯拉夫实行主要依靠行政性经济法律手段调整国民经济的法律体制,这与此前已经出现的苏联经济法理论也有一定的相似之处。

就新中国而言,法制的创建一开始就走上了效仿苏联模式的道路,这具体体现在民法、婚姻法及刑法、诉讼法等领域的立法实践和理论观点中。但据现

[20] 大多数学者认为,立法体系和法律体系是不相同的,新的立法的建立能够被解释为民法典、经济法典和外贸法典(也于1964年颁布)是捷克斯洛伐克民法的三大主要渊源,也可以被解释为,民法典是民法的基本渊源,而经济法典是经济法的基本渊源。参见[匈]居拉·埃露西:《关于经济法理论的两种学说》,王利明译,载《法学译丛》1984年第5期。

[21] 江平:《〈捷克斯洛伐克社会主义共和国经济法典〉简介》,载《经济法论文选集》,北京政法学院经济法教研室1980年编印,第187页。

[22] 关于该法典的制定背景,参见叶志宏等编:《外国著名法典及其评述》,中央广播电视大学出版社1987年版,第419-422页。

[23] 梁慧星、王利明:《经济法的理论问题》,中国政法大学出版社1986年版,第48页。

[24] [南]左·安多列耶维奇:《南斯拉夫经济法的含义及其产生和发展》,熊家文译,载《法学译丛》1980年第2期。

[18] 即财产关系、与财产有关的人身非财产关系以及其他人身非财产关系。

[19] 该法典的中译本(江平译,谢怀栻校)由中国社会科学出版社于1981年出版。

在所掌握的资料来看,尽管早在20年代我国学界就曾关注过苏联的经济法,^[25]但在50年代,苏联的经济法理论却并没有引起中国学者的关注。^[26]其原因大致有两个方面:一是50年代前期,虽然苏联法学对中国产生了很大影响,但主要被介绍和接受的是以维辛斯基为代表的主流法学理论,由于经济法理论被其视为“毒素”,自然不可能被介绍和传播至中国;另一方面,50年代后期,当苏联开始对30年代形成的经济法理论重新进行认识时,中苏两国却开始交恶。这样,在50年代就没有出现介绍和传播苏联经济法理论的时机。但在60年代初期,经济法是独立部门的理论虽然被苏联立法机关否认,没有在实践中得到落实,但这种理论在对东欧国家产生不同程度影响的同时,也影响了中国。

1962年至1964年间,我国曾进行了新中国第2次民法典起草工作。在此期间,中国人民大学民法教研室于1962年曾有过大胆改革民法体系的设想,他们认为,以主体、物权、债权、著作权、发明权、继承权等抽象的法律形式所组成的旧的民法体系是与以私有制为中心的,以个人为本位,以“国家不干预民事活动”为原则的资产阶级民法内容相适应的,这种体系极不符合我国社会主义民法内容的要求。^[27]认为民法的核心问题是所有制,因此就应以所有制为纲来建立新的民法体系,并提出我国民法解决问题的范围应该包括国民经济生活中的国家、集体和个人之间的全部的经济关系和经济活动,即我国社会主义所有制以及为它所决定的生产、分配、交换、消费过程中的全部经济关

[25] 1927年《国闻周报》第4卷第43期载有《苏俄的经济法》(海石译),《中外经济周刊》第229号载有《苏俄之经济法法规》,此两篇文章都限于对苏俄经济立法体系的介绍,具体包括规范私人经济活动的民法与限制国立机关经济活动的特别法规。

[26] 50年代的《中央政法公报》(1950年创刊)、《政法研究》(1954年创刊)、《政法译丛》(1956年创刊)、《华东政法学报》(1956年创刊,次年改名为《法学》),是当时屈指可数且有较大影响的法学类杂志,虽然其中关于苏联法律的文章(译文)不少,但没有专门介绍苏联经济学的文章。

[27] 50年代我国第1次民法典草案主要仿照《苏俄民法典》体制,规定了总则、所有权、债及继承4部分,这实际上吸取了大陆法系的《德国民法典》模式。此种改革旧民法体系的设想的目的之一也是为了挣脱苏联民法模式的影响。

系。^[28]按照这些设想,还草拟了《民法草案大纲(草稿)》。^[29]

从中国人民大学民法教研室关于民法的具体设想及其起草的大纲可以看出,他们主张的是传统民法学派的观点,不仅认为民法调整全部经济关系,甚至还认为“民法体系中不仅应包括所有关系以及与价值规律和按劳分配规律有关的财产关系等内容,而且还应包括与实现民法基本任务有关的行政法、财政法、土地法、劳动法和婚姻家庭法的某些内容。”^[30]

但是,中国人民大学民法教研室在草拟《民法草案大纲(草稿)》的次年(1963年)3月,又起草了《中华人民共和国经济法(草案)》(简称《经济法草案》)。该草案尽管只有70条,在篇幅上不能与前述共400条、约10万字的《捷克斯洛伐克经济法典》相提并论,但其结构清晰,体系完整,仍不失为一个完整的法典草案。该草案分为两章,第1章为“总纲”(第1条至第11条),规定了立法目的、原则、调整范围、时效及解释权等内容,第2章为“所有权”(第12条至70条),具体又分为通则、国家所有权、农村人民公社集体所有权、合作社集体所有权、公民个人所有权等5节。^[31]虽然该草案并没有单列出经济法调整范围的条文,但从其中的一些具体规定还是可以看出它所规定的经济法调整范围的广泛性。不仅在第1条规定了“本法是以中国共产党的社会主义建设总路线和中华人民共和国宪法为根据而制定的各种组织和公民经济活动的准绳”,而且在第3条规定:“有权参与本法所调整的各种关系,依法享受权利、负担义务者,为下列之组织和个人:(一)具有独立核算或预算,并能对外负担独立财产责任的各种组织。法律规定需要经过登记程序始得成立的组织,在登记后才能参与本法所调整的各种关系。(二)中华人民共和国公民”。从这些规定可以看出,该草案旨在把所有组织和公民的一切经济活动纳入经济法的调整范围。

同一所大学的同一个教研室,为何在短短两年时间内既草拟了旨在调整全

[28] 参见中国人民大学民法教研室:《关于建立新的民法体系的一些想法》(未刊发),1962年10月。

[29] 该草稿由中国人民大学民法教研室于1962年12月起草(未刊发),分为4章,依次为总纲、所有制、社会主义制度下的经济协作关系、附则。其中,总纲主要规定民法调整社会关系的范围、任务和指导原则,所有制基本形式,财产经营管理的主要方法,财产的权利及其行使;所有制分为通则、国家所有制、集体所有制、公民个人的财产权利和人身权利;社会主义制度下的经济协作关系分为通则和分则,实际上相当于合同法方面的内容,只是并未使用“合同”的名称;附则规定时效、时间计算、适用范围、民法与单行法规关系、解释权等。

[30] 参见中国人民大学民法教研室:《关于建立新的民法体系的一些想法》(未刊发),1962年10月。

[31] 关于该草案全文,参见何勤华主编:《20世纪外国经济法的前沿》,法律出版社2002年版。

部经济关系的《民法草案大纲(草稿)》,又起草了旨在规范所有经济活动的《经济法草案》?由于相关背景资料的缺乏,实在无法真正了解其中的经过和原因。但可以肯定的是,在60年代起草民法典草案期间,理论上对于经济活动应属于民法调整还是属于经济法调整是存有不同意见的。《经济法草案》的出台,本身就清楚地表明了当时已有学者开始主张制定经济法典来调整经济关系的观点。中国人民大学法律系是深受苏联法学教育模式影响而创建起来的,是新中国法学教育照搬苏联经验的典范,其民法教研室所起草的法律草案,无论是《民法草案大纲(草案)》,还是《经济法草案》,所规定的内容在很大程度上都受到苏联相关的立法和理论的影响。尽管仅依据《经济法草案》的条文尚很难断定所接受的是苏联的何派经济法主张,但从其关于各种所有权制度的具体详尽的规定,还是可以感受到想以经济法典取代民法典的意图。

考虑到中国人民大学法律系在当时中国法学教育中的特殊地位,^[32]如果不是因为60年代我国政治风云变幻、学术研究完全受制于政治的特殊环境,《经济法草案》的出台完全可能引起广范围的学术争论,出现经济法理论的一度繁荣也不是没有可能。当然,这种情况并没有出现。而且,主张经济法是独立部门、制定经济法典在60年代也最终没有被立法机关所接受,这从这一时期所完成的民法典草案的规定就可以看出。民法典草案明确规定,“民法是调整我国经济关系的基本准则”;民法的任务之一“是通过调整单位之间、个人之间以及单位和个人之间的经济关系,保证实现国民经济计划”;民法调整的经济关系“是以社会主义公有制为基础,以财产的归谁所有和财产的流动转移为内容的各种经济关系”;作为民法所调整的经济关系的主体,包括行使国家财政和金融管理权力的国家机关,实行独立核算、单独预算或者其他能对外负担独立财产责任的单位,还包括公民。^[33]从这些规定可以看出,采用的是经济关系由民法调整的观点。

[32] 中国人民大学法律系既是新中国法律教育的发源地,同时在当时又担任着为全国高校法律系培养师资和从事法学研究专家的重要职能。而且,当时国家把它树为典范,向全国推荐其办学经验,并把其编译的教材推荐各校使用。

[33] 参见1963年6月8日起草的《中华人民共和国民法(草稿)》,该草稿包括已完成的第1篇总则、第2篇财产的所有关系,共51条,第3篇财产的流转关系的具体条文的起草尚没有完成。

四

60年代初由于苏联立法机关没有采纳经济法学派的主张,一直反对经济法学派的布拉都西曾就此断言:“由经济法学派挑起的关于经济法问题的争论早已从理论上结束了。由于维护经济法主张的人缺乏足够的科学论据,所以,这场争论是以有利于主张对财产关系进行统一调整的人而告终的。”但是,这一断言未免有些武断。

60年代中期以后,苏联相继通过了《关于完善计划工作和加强工业生产的经济刺激的决议》(1965年)、《关于进一步完善工业管理的若干措施的决议》(1973年)等重要文件,对苏联的经济体制进行改革。同时,在加强经济立法工作方面先后通过了《关于改善国民经济中的法律工作的决议》(1970年)和《关于进一步完善经济立法的措施的决议》(1975年)^[34]等。在这一过程中,如何更加有效地利用法律手段来改革经济体制和促进国民经济的发展,就成了学术界广为关注的课题。无论是经济法学派还是民法学派,都认为应对苏联当时的庞杂无序的经济立法进行整理,但对于具体的方式和措施存在很大争议,这又一次引起了两派的论争,并较过去更具尖锐性和经常性。^[35]在这样的背景下,苏联的经济法学派又重新崛起,并得到较原来更大的发展。

这一时期苏联经济法学派的主要代表人物仍是拉普捷夫,他发表了大量有关的文章,并于1975年出版了由其任主编的《经济法理论问题》,^[36]系统阐述了经济法学派的主要理论,批驳了反对经济法主张的观点。

拉普捷夫认为,经济法是苏联新的法律部门之一,它运用各种法律调整方法来调整社会主义组织的经济关系,所有经济关系都是统一的,但在这种统一的范围内必须区别下列各种不同的经济关系:领导经济过程中形成的经济关系;实现经济活动时产生的经济关系;经济机关分支机构之间以及这些分支机构与整个经济组织之间的内部经济联系。经济关系的参加者只能是社会主义组织,经济法采用隶属方法、协商方法、建议方法等调整经济关系。认为用颁布

[34] 关于该决议的具体内容,参见中国人民大学苏联东欧研究所编译:《苏联经济法论文选》,法律出版社1982年版,第287-291页。

[35] 陈汉章:《苏联经济法学派与民法学派五十年的争论及其经验教训(连载)》,载《中国法学》1985年第3期。

[36] 该论著由中国人民大学法律系民法教研室翻译,中国人民大学出版社于1981年出版。

《苏联经济法典》的方法编纂经济立法,就能够创立调整国家经济生活的根本法,能够在法典中规定社会主义经营管理的重要原则、形式和方法以及经济法的基本制度,就能够使经济法的重要原则严格地协调一致,并为今后经济法的发展奠定基础。^[37]

在此之前的1970年,拉普捷夫等人还起草了体现这些观点的《苏联经济法典要点》草案,^[38]并把草案散发给各部委、企业和组织,这些单位对此提出了不少意见,但基本上支持颁布《经济法典》的设想,支持此草案。1973年,全苏科学技术学会理事会管理问题委员会法律部和苏联科学院国家、管理和法律发展规律学术委员会所属国民经济领导法律问题部举行了由拉普捷夫主持的联席会议,对这一草案进行了广泛的讨论。讨论期间,与会者虽然有各种不同意见,但基本同意这一草案,并认为必须颁布《苏联经济法典》。^[39]

在这一争论中,反对拉普捷夫等人经济法理论的主要是以著名民法学家布拉都西为代表的“经济—行政法学派”。这一学派是针对战后经济法主张的拥护者和综合学科经济法学派的代表人物的观点所作出的一种特殊反应,早在1963年就已经提出。

[37] [苏]拉普捷夫:《苏联的经济立法》,载中国人民大学苏联东欧研究所编译:《苏联经济法论文选》,法律出版社1982年版,第1-7页。此书还收录有拉普捷夫70年代所撰写的《关于经济立法的编纂》、《经济和经济法》、《经济法的主体》等文章。80年代,拉普捷夫又发表了许多文章,其中翻译成中文的就有《经济法与社会主义经济机制》(载《法学译丛》1981年第1期)、《经济法与完善对经济的领导》(载《法学译丛》1982年第4期)、《经济法:方法、目的、原则》(载《法学译丛》1984年第6期)、《经济法的对象》(载《法学译丛》1984年第4期)、《经济法的体系与经济立法》(载《法学译丛》1986年第3期)、《经济改革条件下的经济法》(载《法学译丛》1989年第4期)等。这些文章及前述《经济法理论问题》详尽地阐述了以拉普捷夫为代表的“纵横统一”理论,他还在1983年出版的《经济法》教科书中对这一理论的中心内容作了简短明确的概括:“经济法作为一个部门法的理论基础,就是横向的和纵向经济关系的统一,就是所有这些关系中的计划组织因素和财产因素的结合”。转引自梁慧星、王利明:《经济法的理论问题》,中国政法大学出版社1986年版,第319页。

[38] 该草案共13篇70章,587条。其13篇的篇名依次为一般原则、经济关系的参加者、经济机关的财产、经济活动的计划、经济债的一般原则、经济制裁、执行科学技术工作的经济债、基本建设经济债、供销经济债、货运经济债、信贷和结算经济债、其他经济债、经济权利的保护。王正泉:《苏联法学界关于经济法问题的争论》,载《法学杂志》1981年第6期。

[39] 当然,这是拉普捷夫等人的观点。参见[苏]拉普捷夫主编:《经济法理论问题》,中国人民大学法律系民法教研室译,中国人民大学出版社1981年版,第23页。事实上,在讨论期间,许多学者对苏联是否颁布经济法典及该要点草案的内容是有许多不同于经济法学派的观点的。参见《(苏联经济法典要点)草案的讨论》,载中国人民大学苏联东欧研究所编译:《苏联经济法论文选》,法律出版社1982年版,第292-300页。

该学派的主要观点有:法律学科的分类并不决定于设想的合理性和对法律所调整的经济关系研究上的方便,而取决于客观存在的差别和法的内容;科学研究中的转折需要依靠一定的组织前提,而这种组织前提就在于建立一个特别的亚部门的法律学科,即经济—行政法。^[40]布拉都西指出:“经济领域中各种关系的法律调整,是一个很复杂的过程,这个过程包括范围广泛的不同种类的关系,虽然它们之间是由共同的目的联系起来的。但在这一领域内,财产关系和管理关系的区别,是和社会主义社会的经济规律的不同作用相联系的,这也是当前生产力水平和生产关系状况的反映”。他认为,应该区别“由于有计划发展的规律起作用,在经济组织(企业、联合企业)和计划调整机关之间,根据后者的权威性规定产生的、并由行政法(确切地说是行政法的一部分——经济行政法)调整的关系”与“处于彼此平等地位的单位间的财产关系,即由于价值规律作用,又因利用商品货币形式而产生的、并由民法调整的关系”。正是考虑到当时苏联经济立法的多部门性质,他反对通过颁布一个综合的规范性文件的方法来整顿全部经济立法的观点。^[41]

布拉都西所代表的“经济—行政法学派”创立之后并没有被广泛接受,因为它不能解决行政法与经济—行政法这两个学科的科学划分问题,因此这一学派也受到了批评。但从当时苏联学术界看,与布拉都西一样反对经济法学派的夫有人在,虽然他们反对经济法学派的立论不尽相同。

有的学者认为,经济法不是苏维埃社会主义法的一个部门,因为它的规范不具有同类的调整对象,它的对象是在社会主义经营管理领域中形成的不同类的社会关系的一定总和,因此经济法也就没有什么同一的(专门的)法律调整方法。^[42]

有的学者主张,民事立法、劳动立法等部门都是广义经济立法的各个独立部分,这同时意味着,作这样理解的经济立法不能看作是民事立法、劳动立法等并列的苏维埃立法的部门之一,至多只能把这个意义上的经济立法看作象

[40] [苏]国立莫斯科大学、斯维尔德洛夫法学院合编:《经济法》,中译本,中国人民大学出版社1980年版,第14-15页。

[41] [苏]布拉都西:《论经济立法系统化的途径》,中译本,载中国人民大学苏联东欧研究所编译:《苏联经济法论文选》,法律出版社1982年版,第95-101页。

[42] [苏]国立莫斯科大学、斯维尔德洛夫法学院合编:《经济法》,中译本,中国人民大学出版社1980年版,第13页。

诉讼立法和其他苏维埃立法部门一样,是一个复合部门。^[43]

有的学者则提出,经济法独立的主张不符合唯物辩证法的一个必须遵守的要求,即必须掌握整个研究对象,研究它的一切方面。认为现代经济法主张没有提出把一切经济关系和调整经济关系的法律规范联合在一起的任务,而是以民法、行政法和集体农庄法这些大的组成部分为基础形成一个经济法,并且无视它们的法律调整对象上的区别。因此反对把经济法划为苏维埃法的一个独立部门,认为所谓经济法主张不能成为编纂经济法立法的理论基础。^[44]

有的学者也提出,经济法学派的主张歪曲了苏联现行法律体系,目的是破坏社会主义社会财产关系制度的统一,也就意味着将经济活动各个因素从贯穿着社会及其成员全部生活的各部门复杂关系的整体中肢解开来。认为从整个立法体系中把经济立法抽出来,并把它变为一个独立的部门法的任何尝试都是不符合各种关系的本来性质的。^[45]

有的学者还认为,完善苏联经济立法惟一可以接受的形式应该是包括其所有部分和其他分支在内的经济立法全书,反对颁布普遍适用于经济立法部门的经济法典,因为这在任何情况下都会同已经制定的、尤其是同应该制定的部门内的法典发生无法解决的矛盾。如果把这些法典都合并在经济法典里,经济法典就不会是一个统一的法典,而只会是某种法典的汇编。如果颁布了经济法典还可以保留各个专门法典,这实际上从一开始就否认了经济法典的普遍性,而没有这种普遍性,经济法典就不可能成为真正意义上的经济法典。^[46]

这种论争一直延续至80年代。在这一论争中,苏联经济法学派并没有取得胜利,拉普捷夫等人所主张的编纂法典的观点也没有被采纳。^[47]期间,苏联通过的法律性文件,包括前述1975年的《关于进一步完善经济立法的措施的决议》和1981年苏联最高苏维埃主席团关于对民事立法纲要的修改和补充

的法令等,都确认了与经济法学派的主张相反的观点。^[48]直至苏联解体,经济法典也没有在苏联诞生。

五

不过,70、80年代苏联关于经济法的论争,也有一定的域外影响力。尤其是这一论争中经济法学派的代表性理论——纵横统一说,对确定实施改革开放政策之后中国经济法的勃兴,产生了渊源性的影响。

70年代末以后,我国工作重点转移到社会主义经济建设上来,并开始实施改革开放政策。而这就必须改变主要采用行政手段管理经济的传统做法,加强经济法制建设。几年内不仅相继发布了一系列经济法规,并且经国务院和全国人大法制委员会批准,制定了1982年至1986年经济立法五年规划(草案),^[49]这为经济法理论的勃兴提供了契机。同时,我国虽然开始了经济体制改革,但改革的方向并不明确,加上法律虚无主义长期的影响,致使改革开放之初的中国在民商事立法和行政立法方面几乎处于空白状态,这无疑都刺激了经济法学界的想象力。法学界围绕经济法基础理论问题展开了大论争,论争的中心问题是关于经济法的调整对象,并形成了若干经济法学说。^[50]其中,占主导地位的是深受拉普捷夫影响的纵横统一说,这又称为“纵横经济关系统一论”。这种学说认为,经济法既调整纵向经济关系,又调整横向经济关系,而且认为纵向经济关系和横向经济关系是互相交叉、互相统一的,应该制定经济法典来调整这种关系。^[51]

早在1979年,中国社会科学院法学研究所就在北京召开了学术座谈会,讨论民法范围、民法与经济法的关系问题。与会者一致认为,民法与经济法都是调整我国经济关系的法律规范,但对于两者的调整范围及各自的内容等问题

[43] 参见普希金、舍列斯托夫:《论经济立法的系统化》,载中国人民大学苏联东欧研究所编译:《苏联经济法论文选》,法律出版社1982年版,第192-193页。

[44] 科连诺夫、彼特罗夫:《完善经济立法问题》,载中国人民大学苏联东欧研究所编译:《苏联经济法论文选》,法律出版社1982年版,第233页。

[45] [苏]哈尔斐娜:《完善经济立法的几个理论问题》,载《国外法学》1980年第1期。

[46] [苏]格里巴诺夫、约菲:《发展苏联经济立法的途径》,载中国人民大学苏联东欧研究所编译:《苏联经济法论文选》,法律出版社1982年版,第129-131页。

[47] 关于苏联经济法学派没能取得胜利的原因,谢怀斌先生在其《从经济法的形成看我国的经济法》(载《法学研究》1984年第2期)中有所分析。

[48] [苏]苏哈诺夫:《完善苏联经济立法的问题》,陈缓译,载《法学译丛》1983年第3期。

[49] 这个立法规划(草案)在起草过程中反复征求了各有关方面的意见,最后确定列入145个重要的经济法律和法规,并随即着手组织实施。参见顾明:《关于我国经济立法问题》,载《中国法学》1984年第1期。

[50] 除纵横统一说外,主要的还有一切经济关系说、纵横说、综合经济法说、经济行政法说、国家意志经济法论、计划经济法论等。参见王家福:《经济法理论与实践的若干问题》,载《中国法学》1984年第4期;张传兵等:《评我国经济法学新诸论》,载《法学评论》1995年第4期;刘仲铭:《反思与自省:市场经济体制下“经济法”的重新定位》,载《中外法学》1996年第1期。

[51] 谢次昌:《经济法学的十年及当前亟待解决的一些问题》,载《中国法学》1989年第3期。

存在不同意见。其中,有学者提出经济法是一个重要的独立的法律部门,它调整的是国民经济管理和社会主义组织的经济活动中所发生的关系。经济法的参与者主要是以自己的名义参与各种经济关系,并承担因此而产生的财产责任的社会主义组织。同时认为当时中国制定经济法典的条件还不具备,但主张等条件成熟时应制订出一部较为完备的经济法典。^[52]还有学者提出,经济法的对象既不是没有,也不是无所不包,根据我国经济生活的实践,经济法是调整以社会主义公有制为基础的社会主义组织之间的经营管理和生产协作的经济关系,其既有领导与被领导的关系,也有处于平等地位的经济协作关系。而民法所调整的对象主要是有关公民的财产关系和与财产相联系的人身非财产关系。^[53]虽然在这一次讨论会上也有许多学者在关于经济法的调整对象上与此有不同的观点,^[54]但与拉普捷夫理论基本一致的上述观点的提出还是受到了经济法学界的重视,并得到了迅速发展。

1980年北京市法学会举行了民法、经济法学术讨论会。在此次会议中,有学者提出,经济法理应成为我国法律体系中的一个独立的部门,只是当时制定经济法典的条件还不成熟,因此,应从实际出发,先搞单行法规。同时认为,经济发展迫切要求制定完善国家管理社会主义经济的法律,来全面地既调整纵的又调整横的关系。^[55]还有学者认为,我国有必要制定一部明确规定经济立法任务和调整各种经济关系的原则的经济法纲要,它不仅调整社会主义组织之间的经济关系,也调整社会主义组织与公民、公民与公民之间的经济关系;不仅调整人们在直接生产中的经济关系,也调整人们在分配、交换、消费中的经济关系;不仅调整横的经济关系,也调整纵的经济关系。这两种观点虽然有所不同,但不可否认,均是不同程度接受拉普捷夫经济法理论的结果。

80年代前期,一些经济法讲义和教材也大多采纳纵横统一说。比如,刘

隆亨的《经济法简论》^[56]提出,经济法的调整对象是在国民经济管理过程中,和各种经济组织之间的经济活动中所发生的经济关系,这是经济法调整对象和范围的总体概括。具体而言,关于国民经济管理中的经济关系的法律调整问题,也就是对国民经济管理纵向关系的法律调整问题,这是经济法调整对象中的核心问题;关于各种经济组织的经济活动中发生的经济关系的法律调整问题,也就是国民经济各部门管理内部、各经济组织之间横向关系的法律调整问题,这是经济法调整对象中的重要组成部分。^[57]

北京政法学院经济法教研室的《经济法讲义与经济法专题讲座》提出,经济法的调整对象是:国民经济管理、社会组织之间、社会组织内部以及它们与公民之间在经济活动中所发生的经济关系。具体地说,经济法调整对象包括:调整国民经济管理在经济生活中所发生的社会关系——纵向经济关系;调整社会组织之间在经济活动中所发生的社会关系——横向经济关系;调整国家机关、企业、事业单位和其他社会组织的内部经济关系。^[58]

此外,群众出版社1983年出版、陶和谦主编的《经济法学》是全国经济法学统编教材,在阐述经济法的调整对象时,也持“纵横统一说”。^[59]

总之,在80年代前期中国的经济法学界,虽然主张纵横统一说的学者对其理论的认识并不完全相同,^[60]但不能否认的是,这一主要借鉴拉普捷夫所代表的苏联经济法学派的理论而形成的学说^[61]占据了主导地位,成为当时我

[56] 该书作者认为,这是我国第一本经济法书稿,出版以后得到了学界和媒体的广泛关注。参见刘隆亨:《经济法概论(第四版)》,北京大学出版社1997年版,“第四版自序我国经济法学研究走向成熟”。

[57] 刘隆亨:《经济法简论》,北京大学出版社1981年版,第13-17页。

[58] 参见《经济法讲义与经济法专题讲座(第一分册)》,北京政法学院经济法教研室1983年编印,第12-15页。

[59] 参见该书第6-8页。

[60] 主要有4种观点:一是认为,经济法调整的是纵向经济关系和横向经济关系;二是认为,经济法不仅调整上述纵向和横向经济关系,而且调整经济组织内部的经济关系;三是认为,纵向经济关系由行政法调整,横向经济关系由民法调整,纵横交错的经济关系由经济法调整;四是认为,经济法主要调整纵向经济关系,同时也调整某些横向经济关系。参见杨紫烜:《论中国的经济法理论》,载《北京大学学报(哲学社会科学版)》1991年第3期。

[61] 实际上,我国的纵横统一说在许多方面使用和借鉴了苏联现代经济法学派的观点,但还没有达到完全照搬的程度,在具体理论上,也考虑了中国的实践,提出了一些与苏联现代经济法学派不同的观点。参见梁慧星、王利明:《经济法的理论问题》,中国政法大学出版社1986年版,第347-349页。

[52] 齐瑞:《经济法是一个重要的独立的法律部门》,载《法学研究》1979年第4期。

[53] 郑立:《试论经济法》,载《经济法论文选集》,北京政法学院经济法教研室1980年编印,第59-63页。

[54] 此次讨论会的部分发言稿,刊登于《法学研究》1979年第4期,并被收录于《经济法论文选集》(北京政法学院经济法教研室1980年编印)中。

[55] 陶和谦:《经济法理应成为独立的法的部门兼论与民法的关系》,载《经济法论文选集》,北京政法学院经济法教研室1980年编印,第249-251页。

国影响最大的一种经济法理论。它对于 80 年代我国经济法学的勃兴和经济法教学的开展都起了积极的作用, 尽管它不仅遭到民法学界的强烈抨击,^[62] 甚至也受到经济法学界一些学者的批评。^[63]

经济法学肇端于德国, 并在其后的不断传播中在西欧国家中形成了不同的学说,^[64] 但在 80 年代初期的中国, 惟独深受拉普捷夫为代表的苏联经济法学派影响而形成的纵横统一说成为这时期我国重要的经济法理论, 是有原因的。其中, 最重要的就在于这一理论是和经济体制改革的一个阶段性目标, 即有计划的商品经济相适应的, 它能够一定程度地解释新旧体制转轨过程中不规范的、错综复杂的社会经济关系; 也能很好地解释实用主义的经济立法活动。^[65] 可以说, 纵横统一说实际上就是有计划商品经济的形象反映, 因为计划经济关系是纵向经济关系, 而商品经济关系是横向经济关系, 因此, 有计划商品经济体制下产生的经济关系被理论界形象地称之为纵横统一的经济关系。

此外, 《经济合同法》(1981 年) 的立法说明的有关阐述在客观上也有利

[62] 由于纵横统一说把主要的大量的横向经济关系即法人和法人之间、法人与公民之间的横向经济关系都划归经济法调整, 而主张民法只限于调整公民与公民之间的财产关系和人身非财产关系, 因此, 这种理论侵犯了民法学的传统领地, 自然使民法学界认为经济法的成立就是民法的分解, 因此他们反对纵横统一说, 也普遍反对经济法是独立的法律部门, 更反对制定经济法典。佟柔曾撰写《我国民法在经济体制改革中的发展与完善》、《论我国民法的调整对象与经济法的关系》、《学科经济法论》、《关于经济法的几个理论问题》等文章, 阐述其反对经济法是独立部门法的观点, 并同时批评了纵横统一说, 这在当时非常具有代表性。这些文章均被收录于《佟柔文集》(中国政法大学出版社 1996 年版) 中。

[63] 周沂林等人曾撰文《论经济法调整对象》(载《中国社会科学》1982 年第 5 期), 对纵横统一说提出批评, 认为该理论并没有解决经济法的调整对象问题, 同时提出经济法的调整对象是意志经济关系的观点。但有学者认为, 他们提出这种理论的目的在于试图用国家意志为纵向和横向关系的“化合”或“对立统一”寻找根据, 这与拉普捷夫以国家计划为纵横关系寻找根据的观点并无相异之处, 实质上仍然因袭了纵横统一说。参见梁慧星、王利明著:《经济法的理论问题》, 中国政法大学出版社 1986 年版, 第 325 页; 李时荣、王利明:《经济法调整对象若干问题探讨》, 载《法学研究》1983 年第 5 期。

[64] [美] 丹尼斯·特伦:《商法与经济法》, 方流芳译, 载《法学译丛》1986 年第 4 期。

[65] 刘仲铭:《反思与自省: 市场经济体制下“经济法”的重新定位》, 载《中外法学》1996 年第 1 期。

于这种理论的传播。^[66] 而且正是这一时期我国经济体制等因素相似于苏联 60、70 年代的情况, 才导致处于社会转型时期的中国学者热衷于翻译介绍拉普捷夫论著, 推崇纵横统一说, 尽管那一时期就有注重中国特色的学者主张我国的经济法理论“只能来自于我国经济法建设的具体体现”,^[67] 有富有远见的学者告诫我国经济法的研究“不能再走苏联的老路, 更不能陷入他们的那个迷宫之中”。^[68]

如同苏联一样, 纵横统一说也没有被我国的立法机关所接受。这在 80 年代初所起草的民法典草案中就已初露端倪。1980 年《民法草案(征求意见稿)》规定民法“主要调整国家机关之间、经济组织之间、事业单位之间、社会团体之间、公民之间以及他们相互之间的财产关系, 也调整公民的人身权利义务关系”(第 2 条), 1982 年《民法草案(第四稿)》规定民法“调整公民之间、经济组织之间、事业单位之间、国家机关之间、社会团体之间以及他们相互之间的财产关系和人身关系, 保护他们的合法权益。前款规定的财产关系, 不包括国家财政、税务、劳动和其他必须以行政方法调整的财产关系”(第 1 条)。这两个民法典草案虽然关于民法调整对象的具体表述并不相同, 但显然都没有采纳当时在经济法学界已有相当影响的纵横统一说。

在其后《民法通则》的起草过程中, 如何确立民法的调整对象问题, 就曾是制定过程中引起激烈争论的问题。本来是学术争论、学术探讨的问题, 此时就成为了有关立法思想和立法体系的问题。具体的分歧主要集中在 4 个方面: 法人制度, 尤其是国营企业, 是否应当由民法规定, 法人和法人之间的财产关系是否应当由民法调整; 平等主体间的财产关系是否都由民法调整, 经济法是否应调整横向经济关系或是主要只调整纵向经济关系; 国家并不是民事权利主体, 国家所有权是否要由民法规定; 国营企业的经营权是否要由民法来规定, 是否要把它看作是一种民事权利。这些问题的一个中心点即是民法仅调整公民

[66] 《经济合同法》的立法说明提到“经济中的纵向和横向联系, 除必要的行政办法外, 大量的要靠经济合同来解决”, “经济合同既是使国家计划具体化和得到贯彻执行的重要形式, 又是制定计划的主要根据和必要补充”。这样, 经济合同这种本来属于横向联系的形式, 却被赋予了纵向管理的任务, 并从立法上把纵向和横向经济关系“统一”在一起了。参见谢次昌:《经济法学的十年及当前亟待解决的一些问题》, 载《中国法学》1989 年第 3 期。

[67] 徐杰、黄欣:《浅谈经济法的几个问题》, 载《法学研究》1984 年第 2 期。

[68] 谢怀拭:《从经济法的形成看我国的经济法》, 载《法学研究》1984 年第 2 期。

之间的财产关系和人身关系；还是调整一切平等主体间的财产关系和人身关系。^[69]这实际上就是多年来民法学界与经济法学界一直争论不休的最主要问题之一。

在民法通则（草案）起草出来之后征求意见的过程中，有学者提出，规定民法调整民事主体（公民和法人）之间的财产关系和人身关系，这个调整范围太宽，与经济法调整范围有交叉之处，应明确民法只调整平等经济基础上的横向经济关系。也有学者认为，对国营企业来说，纵向关系和横向关系是不可分割地结合在一起的，如果把横向关系划归民法调整，而纵向关系又由行政法调整，那就不符合经济体制改革精神。还有人提出，对我国社会主义计划商品经济关系如何进行法律调整应作通盘考虑，在研究制定民法通则的同时，要研究经济法与民法的关系和分工、经济法的地位和作用，并可考虑是否在制定民法通则的同时，制定经济法总则。^[70]

在民法通则的起草和通过期间，经济法学的部分人士还曾联名上书国家最高领导层，要求停止民法通则的制定，并提出至少应同时颁布经济法大纲，同时指出单独制定民法通则势将阻碍改革开放和经济发展。有一段时间还传闻已在某校秘密进行经济法大纲的起草工作。直至立法机关在京召开全国规模的民法通则草案讨论会的同时，在南方某地还召开了一个规模相当的针锋相对的会议，对民法通则的制定进行抵制和批判。^[71]

在长达数年的两派论争中，几乎可以说民法学界和经济法学的学者被悉数卷入，而在民法通则起草和通过前夕两派论争进入白热化的阶段，持纵横统一说的学者更是这种论争中经济法学派一侧的主导力量。可以想见，在反对制定民法通则的一系列活动中，也少不了这些学者的活动和努力。因此，从这种意义上说，纵横统一说还一定程度介入并影响过我国的立法实践。

这些论争因民法通则的颁布实施而告一段落。民法通则第2条规定：“中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。”按照当时的立法解释，横向经济关系由民法调整，纵向

[69] 参见《江平文集》，中国法制出版社2000年版，第39-40页。

[70] 苏阳：《民法通则（草案）座谈中涉及的理论问题》，载《法学研究》1986年第1期。

[71] 梁慧星：《佟柔先生与民法经济法论争》，载《佟柔文集》，中国政法大学出版社1996年版，第414页。

经济关系则主要由经济法、行政法调整。^[72]这表明连续数年的有关论争以民法学派的胜利而暂告结束。

六

民法通则的颁布，宣告了纵横统一说已丧失了立法依据。而随着我国建立社会主义市场经济体制改革目标的确立，这一理论的缺陷更加明显。这是因为，纵横统一说的主要立论依据是：在我国经济生活中出现两类经济关系，一类是国家在领导和组织经济建设过程中所发生的经济管理关系，另一类是经济组织在进行经济活动当中所发生的经济协作关系，同时认为这两种关系是统一的，即权利因素和财产因素的统一。并且认为，这种统一的经济关系必须由一个统一的法律即经济法来进行调整。当有计划商品经济体制向社会主义市场经济体制转变以后，国家的干预并不一定体现为命令与服从的关系。因此，纵横统一说也就失去了其存在的体制基础。^[73]况且，以纵横统一说为中心建立起来的经济法理论和体系，其许多概念也很难与民法的有关概念相区别。比如，法人的概念，这是民法的传统范畴，但经济法也采用这个概念，把它称作经济法人，但这很难说清楚法人制度到底是民事法律制度还是经济法律制度。此外，经济法理论中常用的诸如经济公民、经济法律行为、经济合同、经济债、经济所有权、经济时效、经济代理等概念，都是从民法直接套用过来的。

但是，这些都并不必然意味着纵横统一说会彻底地退出我国的经济法学界，实际上在此之后它仍然存在一定的影响。

民法通则颁布之后，我国的经济法学确实进行了相应的调整，并形成了一些新的经济法学说。其中，在80年代后期影响较大的是密切联系说。这一主张认为，经济法的调整对象虽然不好再提既调整纵向经济关系，又调整横向经济关系，但可以提主要是调整纵向经济关系（即经济管理关系），同时还调整与它密切联系的横向关系（或称经济协作关系）以及经济组织内部的纵向关系（或称内部经济管理关系）。这种理论既符合民法通则的立法精神，又可以为一一些原来主张纵横统一说的学者所接受。因此，当时一些教材，如大专法学试用

[72] 王汉斌：《关于〈中华人民共和国民法通则（草案）〉的说明》，载《光明日报》1986年4月17日，第3版。

[73] 李昌麒：《论社会主义市场经济与经济法制观念的更新》，载《现代法学》1994年第1期。

教材的《经济法教程》等,都持这种观点。^[74]究其实质,这一学说与纵横统一说是一脉相承的,因为所谓“与纵向关系紧密联系的横向关系”毕竟是一种横向关系,即平等主体之间的关系,所谓“与经济管理关系紧密联系的经济协作关系”,毕竟是一种协作关系,协作关系也是一种横向关系。因此,尽管这一理论有一定的拥护者,但同时也受到了抨击。^[75]而80年代后期出现的另外一些学说,如管理协作经济法论、经营管理经济法论等,也仍然没有脱离纵横统一说的窠臼。^[76]

90年代之后,我国的经济法学界开始出现了一些新的经济法学说,如经济协调关系说、需要干预经济关系说、经济管理与市场运行关系说、间接调控说、行政隶属经济关系说等,^[77]但同时,仍有学者坚持纵横统一说。如高等学校法学教材《新编经济法学》把经济法的定义表述为:经济法是“国家为了保证社会主义市场经济的协调发展而制定的,有关调整经济管理关系和市场运行关系的法律规范”的统一体系。从该教材前后文的相关阐述可以了解到,经济管理关系是纵向关系,市场运行关系为横向关系。^[78]

此外,还有学者坚持以纵横统一说为经济法的基础理论。认为我国理论界之所以攻击这一理论,并不是因为这一理论本身不科学,而是因为对它的认识不够深刻,没有全面地揭示其本来具有的科学的内涵。并提出纵横统一说有其正确的研究问题和认识事物的方法,能高度抽象和概括当代市场经济条件下经济关系的特点,并能将经济关系的要求和法的调整要求结合起来,科学地界定经济法调整对象的范围,确定经济法宗旨、基本原则、调整方法、主体范围等重大问题。认为以这一理论为基础,可以建立起统一、完整的经济法学理论体系,使经济法学成为真正的理论和实践相结合的法律科学,并对我国社会主义

[74] 该教材提出,经济法主要是调整纵向经济管理关系,但是也不能排斥对纵向经济管理关系有密切联系的横向经济协作关系的调整,并把经济法的定义表述为:经济法是“国家为了保证社会主义市场经济的协调发展而制定的,有关调整经济管理关系和与经济管理关系有密切联系的经济协作关系的法律规范的总称”。参见李昌麒主编:《经济法教程》,法律出版社1987年版,第18页。

[75] 漆多俊:《经济法调整对象及其他》,载《法学评论》1991年第2期。

[76] 周大伟:《研究经济法理论问题的新思路——兼对近年来经济法理论研究的反思》,载《中国法学》1989年第3期。

[77] 为区别于80年代提出的经济法学说,有学者把这些学说统称为新诸论。参见张传兵等:《评我国经济法学新诸论》,载《法学评论》1995年第4期。

[78] 刘文华主编:《新编经济法学》,高等教育出版社1993年版,第6-12页。

市场经济体制下整个法律体系的建设也有重要的指导意义。^[79]

在“苏联”已经成为一个历史名词,其他外国(如日本)的经济法理论不断地影响我国的20世纪末,仍有学者主张纵横统一说,足可证明苏联的这一理论对中国经济法学的影响至深。

[79] 孔德周:《“纵横统一论”是科学的经济法基础理论》,载《政法论坛》1997年第1期。

当代中国民商立法移植外国法的新动向

20世纪70年代末中国实行改革开放政策以来,民商法制与其他法律领域一样,逐渐走上正规发展的道路。在其后10多年时间内,我国相继颁布了《婚姻法》(1980年)、《经济合同法》(1981年)、《商标法》(1982年)、《专利法》(1984年)、《涉外经济合同法》(1985年)、《继承法》(1985年)、《企业破产法》(1986年)、《民法通则》(1986年)、《技术合同法》(1987年)、《著作权法》(1990年)等。

其中,最主要的是1987元旦开始实施的《民法通则》。它共有9章、156条,是新中国第一部调整民事法律关系的基本法律。虽然由于历史的原因,《民法通则》篇幅简短,内容具有某些计划经济的痕迹,但它的颁行是民商法领域中的一件大事,为进一步丰富和完善我国的民商法体系奠定了基础。

《民法通则》及这些重要民商法规的颁行使我国当代民商法制具有了初步的体系和规模。这些法律和法规的主要原则和制度,有的是对我国立法经验的总结,有的是继续受到苏联立法模式的影响,有的则是对两大法系——大陆法系与英美法系国家民商立法的经验的借鉴。这与改革开放初期的民法理论和立法指导方针是分不开的。

早在改革开放初期的1979年至1982年间,进行了新中国以来的第三次民法典起草工作。^[1]在此期间,如何起草民法典及制定一个什么样的民法典就成了各方关注的焦点。在有关争论中,有学者在阐述制定民法应坚持的原则时,就明确提出制定民法典一方面要坚持从中国实际出发,另一方面应借鉴国

外民事立法有益经验的观点。并从理论上进一步明确提出,为了使制定出来的民法典具有时代气息,适应现代化的要求,不仅要向社会主义国家民事立法的好经验学习,还要向资本主义国家民事立法的有益经验学习。^[2]而在1982年中国法学会成立大会上,中国社会主义法制建设的主要奠基人彭真就要求中国的法学工作者“研究法学必须吸收古今中外的有益的经验……法学会要研究古今中外的法律,不管进步的、中间的、反动的,不管是奴隶主的、封建的、还是资本主义的,都要研究,取其有用的精华,去其糟粕和毒素”。^[3]这些都表明,新中国一开始就形成的资本主义国家民法不能为我国社会主义民事立法所借鉴的主流理论开始发生了一定的变化,原来那种借鉴外国经验仅限于社会主义国家民法(主要是苏联民法)的狭隘的观念逐渐被扬弃。

应广泛借鉴外国经验,这一立法原则在80年代我国起草民事法律时得到了一定程度落实。比如,在制定《民法通则》时,曾经参考了外国的民事立法经验,既包括社会主义国家的经验,也包括资本主义国家的经验,但不是采取照抄、照搬的教条主义态度,而是对他们运用民法手段组织商品生产和商品交换的成功和不成功的经验作了分析研究,作为立法的借鉴。^[4]《民法通则》不仅在内容上具有中国特色,而且在体系结构方面也具有自己的特点,它没有拘泥于资本主义国家民法典体系结构的模式,也没有受以《苏俄民法典》为代表的社会主义民法典体系结构框架的束缚。但不可否认,《民法通则》的一些内容还是反映出起草过程中既参考过社会主义国家的经验、同时也参考过资本主义国家经验这一立法原则。

《民法通则》规定的“公民”为民事主体、不使用“物权”而代之以“财产所有权和与财产所有权有关的财产权”^[5]等内容,都是新中国第1次民法典草案吸收苏联民法经验的继续沿用。但《民法通则》的一些规定则体现了对苏联民法模式和民法理论的抛弃,更多地体现了对西方两大法系民法观念和内容的吸收。比如,《民法通则》摒弃了在我国使用了30年之久的“经济合同”一词,第一次使用了“合同”这个广泛的概念。^[6]这不仅割断了合同与计划之间的必然联系,也一定程度地宣告了对影响中国长达数十年的苏联计划合同

[2] 王家福等:《我们应该制定什么样的民法》,载《法学研究》1980年第1期。

[3] 彭真:《论新中国的政法工作》,中央文献出版社1992年版,第295页。

[4] 张友渔:《为什么制定这部〈民法通则〉》,载《中国法学》1986年第4期。

[5] 这方面的内容作为单独一节,规定于《民法通则》第5章“民事权利”的第1节中。

[6] 合同的概念规定于《民法通则》第85条:合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。

[1] 新中国第一次民法典起草工作是在1954年至1956年间进行的,1962年至1964年进行了第二次民法典起草工作。

理论的偏离,这为在我国建立一个真正的“合同法”奠定了基础。^[7]《民法通则》将婚姻家庭生活与关系纳入民法调整范围,不仅规定民法可以调整人身关系(第2条),还规定了民法调整家庭生活关系的若干原则。^[8]这从立法上改变了自50年代开始主要受苏联模式影响而形成的婚姻家庭法不属于民法调整而是独立的法律部门的体制。^[9]此外,《民法通则》抛弃社会主义民法所普遍使用的“国家财产神圣不可侵犯”、“国家、集体、个人利益一致”、“遵守国家计划”、“按劳分配”等原则,却把一些具体社会内容不明确的“平等”、“自愿”、“公平”、“等价有偿”、“诚实信用”规定为我国民法的原则,这表明现代西方发达国家民法原则和理论已一定程度影响了我国的民事立法。

除《民法通则》外,这一时期颁布的其他民商事法律的一些内容也是基于对外国,特别是欧美发达国家相关法律进行研究和调查之后加以选择吸收的结果,比如,《商标法》关于一般自愿注册原则及申请、批准程序方面的若干规定,《专利法》规定的保护发明、实用新型、外观设计3种专利制度,等等。^[10]

从总体上看,这一时期我国民商立法在借鉴外国经验方面,所表现出来的主要特点有两个方面。一是立法中仍然一定程度地体现了苏联民法的制度和理论,另一是开始公开地把西方两大法系民法作为参考的对象并部分地加以吸收,但这种吸收尚不具备相当的深度和广度。究其原因,主要有苏联法律对中国的影响具有一定的惯性,这一时期我国的经济体制改革刚刚开始,商品经济远未发育成熟,开放政策刚刚实施,学术研究的政治禁忌刚刚松动,等等,这些因素的综合决定了这一阶段我国民事立法中既保留有苏联民法模式的痕迹,

[7] 谢怀斌:《新中国的合同制度和合同法》,载《法学研究》1988年第4期。

[8] 《民法通则》第103条规定:公民享有婚姻自主权,禁止买卖、包办婚姻和其他干涉婚姻自由的行为;第104条第1款规定:婚姻、家庭、老人、母亲和儿童受法律保护。但当时有学者认为,《民法通则》规定这些关于婚姻家庭关系的基本原则并不排斥婚姻法仍然是独立的法律部门。参见江平:《民法通则的适用范围及其效力》,载《法学研究》1986年第3期。

[9] 完成于1956年的第1次民法典草案由分散的总则、所有权、债权、继承4部分组成,共500余条;完成于1964年的第2次民法典草案分为总则、财产的所有、财产的流转3编,共262条。这两个草案都没有把婚姻家庭法纳入其中。第3次民法典起草工作完成了4个草案,也没有把婚姻家庭法作为民法调整的内容规定于草案中。这些草案之所以没有规定婚姻家庭法,都是基于婚姻家庭生活与经济生活无关,它不应归主要调整财产关系的民法调整这一受苏联影响而形成的理论。

[10] 沈宗灵:《当代中国借鉴外国法律的实例》(下),载《中国法学》1997年第6期。

同时,虽受到西方民法的影响但这种影响仍相当有限。

二

1992年我国明确了建立和发展社会主义市场经济的目标,并且确定了在20世纪末初步建立适应社会主义市场经济的法律体系的任务。这使我国商法领域迎来了一个极好的发展契机。自此之后,民商立法活动蓬勃展开。从民法领域看,具体表现在:颁布《收养法》(1992年,1998年修订);修订《专利法》及其实施细则(1992年);重新修订《商标法》和《经济合同法》(1993年);颁布《城市房地产管理法》(1994年);颁布统一的新《合同法》(1999年)。从商法领域看,主要表现在相继颁布了《海商法》(1992年)、《公司法》(1993年)、《担保法》(1995年)、《票据法》(1995年)、《保险法》(1995年)、《合伙企业法》(1997年)、《证券法》(1998年)等。

应该提到的是,尽管直至今日我国学术界对商法与民法、经济学的关系还存在一些不同意见,但商法在我国法律体系中的地位已经得到了各方面的承认。通过这一时期的商事立法活动,我国的商事法作为法律部门之一的体系已经初步形成。商法作为民事特别法,它所具有的特殊性、技术性和灵活性,与民法的原则性、普遍性和稳定性的相得益彰,为我国市场经济发展提供最重要的调整和规范作用。

20世纪最后时期民商立法的勃兴主要源于我国市场经济体制的确立,改革开放的进一步深入,经济全球化趋势的日渐明显,市场经济下民法在法律体系中的重要性的广泛共识,百花齐放、百家争鸣的学术气氛。这些也决定了立法过程中必然要更加广泛、更加深入地参考和借鉴外国的民商法律制度 and 理论。限于篇幅,不可能也没有必要一一具体列举这些法律吸收外国经验的全部情况,在此仅以新合同法为例作些阐述。

新合同法的颁布是我国社会主义法制建设中的一件大事。如前所述,改革开放以来,我国陆续颁布了《经济合同法》、《涉外经济合同法》和《技术合同法》,这3个合同法对促进国内经济、技术、对外经济贸易的发展,保护合同当事人的合法权益,维护经济秩序等都发挥了重要作用。但是,随着形势的发展,3个合同法并存的立法格局的不科学性日渐显现,法律内容的简单和彼此之间的相互重复、矛盾越来越明显,而立法指导思想的滞后也越来越不适应市场经济下的民商事关系。针对上述情况,八届全国人大常委会的五年立法规划

就把修改完善合同法列入其中。经过各界人士的共同努力,新合同法于1999年3月获得通过,同年10月1日起施行,此前的3个合同法同时废止。

新合同法起草过程中,引起了许多争论,其中之一就是如何与国际通用的交易规则接轨的问题。一种观点认为,合同立法更应注意我国的实际,不必过分强调接轨,使立法脱离实际。另一种观点则认为,制定统一的合同法要尽量采用国际通用的交易规则,与国际立法接轨有利于保护我国民事主体在与世界各国进行交易时保护自己的利益。有的学者认为,在借鉴时必须认真分析研究,把握合同法最新的发展潮流,在吸收外国的相关内容时,应注意两大法系之间合同法的关系。尽管有这种争论,但在20世纪末的国际和国内环境下制定合同法是必然要考虑借鉴外国法这一问题的。

早在1993年10月,全国人大法工委组织就召开了由部分专家参加的研究和拟定统一合同法立法方案的会议。此次会议产生的立法方案的内容之一是关于立法指导思想,其中一方面就是:从中国改革开放和发展社会主义市场经济,建立全国统一的大市场及与国际市场接轨的实际出发,总结中国合同法、司法实践经验和理论研究成果,广泛参考借鉴市场经济发达国家和地区立法的成功经验和判例学说,尽量采用反映现代市场经济客观规律的共同规则,并与国际公约和国际惯例协调一致。

起草新合同法应借鉴外国先进经验,这既是重要的立法指导思想,也是起草过程中所遵守的基本原则。但对于如何借鉴,借鉴什么,则有不同看法。一种意见认为,市场经济,特别是发达的市场经济,有一些不因社会制度而相异共同规律,由于我国自清末以来即采纳大陆法系的立法形式及学说,因而借鉴英美法系中适合我国民族文化和民众心理的合同法制度的同时,应把重点放在借鉴和吸收大陆法系的合同法制度方面。另一种意见认为,要使我国的新合同法成为世界上最先进的合同法,应将借鉴的重点放在英美法系国家的合同法。因为许多有关的国际公约已更多地采纳了英美法系的规则,而且大陆法系国家的合同法虽然有体系完整、逻辑严谨的优点,但同时有不够灵活的缺点。^{〔11〕}

从最终颁布实施的新合同法内容来看,确实体现了广泛借鉴外国合同法经验、与国际接轨这种立法指导思想。新合同法共有428条,其中许多内容是以前3个合同法所没有的,而这些新制度的导入有相当部分是基于借鉴当代外国

法律制度的结果。比如,明确诚实信用原则,这是我国新合同法走向现代化的重要标志,^{〔12〕}也是为顺应当代合同法潮流而确立的一项重要内容。明确承认自然人的独立地位,这在我国基本法律中还是第一次,这同时意味着在民事主体方面原来受苏联影响而规定的“公民”的彻底隐退,作为私法的合同法特征更加彰显。参考德国、法国、日本及我国台湾地区的立法,规定了合同成立的要约与承诺规则、合同履行的抗辩权制度、合同履行的保全制度、表见代理制度,完善了合同转让制度和合同解除制度,规定了已有法律所未规定的委托、居间、行纪、融资租赁等合同。参考各国判例学说,规定了缔约过失责任、责任竞合、附随义务、后合同义务等制度。并注意参考和吸收英美法的内容,如关于合同的履行、解除和违约责任的预期制度,关于可撤销合同参考了英美法的“不当影响”。而有关的要约、承诺、违约责任、买卖合同等,则还一定程度地体现了对联合国国际货物买卖合同公约的借鉴。

新合同法对外国法律的吸收不仅涉及面广,而且杂,既有大陆法的内容,也有英美法的制度,还有国际公约的规定。这从一个侧面反映了当代民商立法借鉴外来法律制度所具有的较过去不同的新特点。而这时期知识产权、公司、票据、海商、保险等领域的立法活动也不同程度地反映了这些新趋势。

三

20世纪末,随着“依法治国,建设社会主义法治国家”治国方略的确立,制定一部完整的民法典是建设社会主义法治国家的基础,这不仅已在广大学者中形成了共识,同时也已经得到了立法最高决策者的首肯,民法典起草工作已在进行。这样,民法典采取何种结构,其应确立哪些原则和内容,就成了中国法律界广为关注的重要话题。

关于民法典的结构,目前主要有3种思路。第一种是所谓“松散式、联邦式”思路。按照这一思路,把已有的民法通则、合同法、担保法、继承法、婚姻法及正在起草的物权法编在一起,就成了中国民法典,而无须按照严格的逻辑关系,也无须要求完整的体系。第二种为理想主义思路,就是徐国栋先生所提出的两编制体例。按照这一思路,把民法典分为人身关系法与财产关系法两编,前一编再分为自然人法、亲属法、法人法、继承法,后一编分为物权法、

〔11〕 张广兴:《中华人民共和国合同法的起草》,载《法学研究》1995年第5期。

〔12〕 江平等:《论新合同法的合同自由原则与诚实信用原则》,载《政法论坛》1999年第1期。

债权法总则、各种合同、知识产权法,此外在开头设一序编,在法典后面设一附编。第三种思路为现实主义思路,这是梁慧星先生所提出的7编制。按照这一思路,把民法典分为总则、物权、债权总则、合同、侵权行为、亲属、继承。^[13]

对于这3种思路何者更为妥当进行评判实非我们能力所能为,在此只想说明的一点是,除第一种思路外,^[14]其他两种思路都是深受近现代大陆法系民法典编纂范例影响而设计出来的。两位起草者对此都有明确的说明。理想主义思路草案的结构设计是在对罗马法和近现代欧洲、拉丁美洲国家民法典编纂史进行深入研究的基础上完成的。具体言之,在编的层次上,草案采用的是法学阶梯体系,在分编的层次上,采用的是以荷兰民法典和俄罗斯联邦民法典为代表的潘德克顿体系,其设计反映了德国民法典创立的潘德克顿体系在20世纪的发展。在序编和附编的设置上,主要参考了拉丁美洲国家的民法典。^[15]现实主义思路草案的起草则是从中国实际出发,以德国式的编制结构和概念、原则、制度和理论的体系和民法通则为基础(民法通则本身吸收了德国式的概念体系),适应20世纪社会生活新的发展,借鉴20世纪制定的新民法典,如荷兰民法典、俄罗斯联邦民法典、新蒙古民法典以及其他新民法典的经验。^[16]

虽然现在尚难断定上述理想主义思路和现实主义思路的两种草案的体例对未来民法典将会产生多大影响,但这两种草案所体现的注重传统大陆法系国家编纂民法典的体系性和逻辑性,并参考和借鉴20世纪各国制定新民法典经验的相同立法理念,必然会被我国正在进行的民法典编纂工作所贯彻。但我国的民法典在具有大陆法系的结构框架之下,其具体制度的设计却不能仅限于借鉴大陆法系国家民法制度。作为一部21世纪的民法典,它必须包容各国立法的先进经验。而如何在大陆法模式下吸收英美法系的成功经验,现已成为各方争论的焦点。从世界趋势看,大陆法和英美法已不再是水火不相容的局面,在若干国际统一法律文件中不乏将两者融合在一起的成功先例,现代一些大陆法国

[13] 梁慧星:《当前关于民法典起草的三条思路》,载《中外法学》2001年第1期。

[14] 梁慧星先生在分析松散式、联邦式思路时指出,这一思路的特点是不赞成逻辑性和体系性,明显带有英美法影响的痕迹。徐国栋先生则认为,这种思路不是民法典思路,而是反民法典思路,实际上就是主张不要搞民法典。参见徐国栋编:《中国民法典起草思路论战》,中国政法大学出版社2001年版,第3页及138页。

[15] 徐国栋编:《中国民法典起草思路论战》,中国政法大学出版社2001年版,第61-62页。

[16] 梁慧星:《当前关于民法典编纂的三条思路》,载《中外法学》2001年第1期。

家,如日本、韩国等,在传统法律基础上也一定程度吸收了英美民商法的制度和内容。我国20世纪90年代的立法,尤其是合同法、担保法等,已表现出对英美法系法律制度的吸收,特别是对美国法的吸收比较明显。^[17]

制定民法典必然要重视比较法的研究,都力争从各国,包括不同社会制度、不同法系国家的法律文化和立法经验中吸取更多的营养。各国制定民法典有其超国界的共同标准,这是因为:第一,制定法典时,在法律规则与法律方法两方面都有相同的传统;第二,法典形式本身,其简洁、抽象及无背景解释的特性,意味着任何国家的民法起草者可以轻而易举地参照任何别国的民法典;第三,每部法典都因为要精确,所以起草起来非常困难,因而就不愿改弦更张是很自然的。^[18]广泛借鉴外国经验,这在当前的国际形势下更具必要和可能,这已经得到了一些国家编纂民法典实践的验证。比如,荷兰重新编纂民法典时,仅第6编(债务法总则)的注释就“包含有220个脚注,其中120个涉及到了制定法、法院决议以及其他国家的法律文献(这些国家是奥地利、比利时、英国、法国、德国、瑞士、匈牙利、意大利、葡萄牙、瑞典、挪威、芬兰、加拿大、美国、南非、日本),并且在立法中还参考了法律史、国内国外的法学著作以及立法”。^[19]荷兰对民法典所作的重大修改,从编纂方法和修正内容上都反映了现代民法的发展动向。这是我国编纂民法典时应加以吸取的重要经验。^[20]

制定民法典应该广泛借鉴各国经验,这不仅是我国学术界的共识,^[21]而且也已从立法实践中得到了一定程度的体现。目前,受立法机关委托,由梁慧星先生领导的中国物权法研究课题组已经完成了共12章、435条的《物权法

[17] 江平:《制定民法典的几点宏观思考》,载《政法论坛》1997年第3期。顺便说一句,从2002年12月民法典草案提交第九届全国人大常委会第三十一次会议起,我国民法典的制定工作已进入实质审议阶段,学术界的争议也会在该阶段最终获得解决。

[18] [美] 艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社1992年版,第195页。

[19] [荷] 哈特坎普:《1947年至1992年间荷兰民法典的修改》,姜宇、龚馨译,载《民商法论丛》第6卷,法律出版社1997年版,第428页。此译文的另一版本为汤欣翻译的《荷兰民法典的修订:1947-1992》,载《外国法译评》1998年第1期。

[20] 马俊驹:《现代民法的发展与我国未来民法典体系的构想》,载《清华法律评论》总第一辑,清华大学出版社1998年版,第38页。

[21] 《法律科学》1998年第3期刊登了一组专稿——《民法典:建设社会主义法治国家的基础——专家学者谈中国民法典的制定》,共13位专家分别提出了关于制定民法典的一些设想和建议。虽然各自的论题不同,但他们几乎无一例外地都提到制定民法典要广泛借鉴外国经验。

草案建议稿》。^[22] 据对该建议稿的条文后面所附的参考立法例进行初略统计,起草时所参考过的立法例除我国的《民法通则》等外,还涉及德国、日本、瑞士、意大利、奥地利、法国、墨西哥、伊朗、智利、比利时、泰国、荷兰、俄罗斯、韩国、美国等国及我国台湾地区的若干法律、法规。即使是中国固有的典权部分,草案的一些条文后面也附有《韩国民法典》(1958年)的相关立法例。可见,物权法草案起草过程中参考外国法的广泛和深入。

四

今后,民商法领域的国际趋同化较其他法律领域会体现出更广、更深的特点。这是因为,一方面人类社会都具有相同的法律信仰和基本要求,如生命的保障、财产的保障、自由平等,这是各国民商法日渐趋同的内在基础;而另一方面,以和平、发展为主题的国际环境及科学技术、经济发展的全球化是各国民商法必然并且能够不断融合的客观条件。这种趋同化虽然一定程度地将使我国的民商法被介绍传播至外国,可能在一些国家也会产生不仅仅是被介绍的作用,但另一方面,我国的民商立法在移植外国法的广度和深度上将无疑会更加广泛和深入。

特别是现在中国已经加入世贸组织,作为该组织的成员国,必须履行世贸规则所规定的义务,其中之一即是使国内法与世贸组织规则保持一致,为此,包括民商法在内的我国法律体系将要进行广范围的调整,称之为“入世变法”一点也不为过。^[23] 而世贸组织规则虽是基于各成员国谈判的基础上形成的,但毋庸置疑,它在很大程度上是西方主导型的国际规则体系。因此,我国依照这一规则所进行的法律调整也就意味着法律的进一步西化。今后,我国已有民商事法律的进一步完善和新法律的诞生,都将会更加多地受到外国,尤其是西方发达国家的影 响。而2001年正式入世之前重新修改颁布的《著作权法》和《商标法》,内容上的调整在这方面已初露端倪。

既然我国的民商立法将在移植外国法,尤其是西方国家法律方面会更加广泛和深入,那如何使这种移植更加有效和顺利,则是我们应该考虑的课题。

[22] 社会科学文献出版社已于2000年出版了包括该建议稿在内的《中国物权法草案建议稿:条文、说明、理由与参考立法例》一书。

[23] 郭光东:《从清末律学到入世变法》,载《南方周末》2001年10月25日,第5版。

首先,移植外国民商法制应主要考虑是否能为我所用。在完善民商法制过程中,既要愿意吸收外来法律文化,又要善于吸收。在修改已有法律和制定新的法律时,对于外国的某些制度要不要吸收,首先并且应主要考虑的是,这些制度是否能为我所用,而不应该首先去考虑这些法律制度的法系属性、国家性质等因素。我国民商法制近代化开端和形成时期主要效仿大陆尤其德、日两国的民商法,50年代广泛借鉴苏联经验,这都是有一定的历史条件的。今后,我们要完善民商立法,就必须拓宽视野,对各国民商法进行比较,只要适合吸收,就应该吸收。法的阶级本质属性的不同,不应再是我们借鉴资本主义国家民商法制的藩篱,法系的属性不同,也不能成为我们在选择借鉴对象时作为衡量法律优劣的惟一标准。我们既要吸收大陆法系的,也要吸收英美法系的,同时,也不能仅吸收美、德、日等经济发达国家的民商法制度。只要是适合我国市场经济体制的,有利于民商法制不断进步的发展方向的,不管是属于传统大陆法系的法律制度,还是属于英美法系的内容,或者是经济不那么发达的国家和地区 的民商事法律原则和制度,我们都应积极移植。

其次,移植外来民商事法制还必须做好协调工作。法律是特定民族的历史文化、社会价值、意识形态的集中体现,所吸收而来的法律内容要真正发挥其效用,还必须经过与国内的本土文化相互整合的过程。在这一过程中,很可能会产生相互撞击和冲突,但只要是适合潮流的,终会导致彼此的相互依存、相互促进、相互融合。此外,还要做好所吸收来的不同国家、不同法系之间的法律协调,使它们在一个新的依存环境中不因彼此的矛盾而相互损害,以发挥各自的优势。我国民商法发展的历史进程中,曾有过深刻的教训。而从国外情况看,有过这种教训的也不少,如近代初期的日本,现代时期的俄罗斯。^[24] 从我国今后的民商法制建设情况看,由于受改革开放的价值趋向及当今的国际格局的影响,在移植外来法时,可能会越来越多地受英美法系,尤其是美国法的影响。因此协调所移植来的美国法与我国本土法律之间、美国法与大陆法系民商法律制度之间的关系尤为必要。

最后,移植外国民商法要充分发挥法律专门人才,尤其是有过出国留学研究经历的高层次法学人才的作用。在近代民商法形成的过程中,离不开广大的

[24] 20世纪90年代初,俄罗斯民商立法的一个倾向就是盲目照搬外国的立法经验,尤其是机械地照搬英美法系国家的民商法规范和制度,由于没有做好各方面的协调工作,一定程度地出现了法律规范相互冲突和矛盾的混乱状况。

法学专业人员的贡献，他们翻译民商法典，介绍私法学论著，有的直接参加起草法典的工作，他们是我国近代民商法吸收西方法律内容不可或缺的重要力量。在当代，完善和发展民商法制，移植外来法律经验，同样需要广大法律人才的努力。充分发挥那些对外国民商法制有感性认识和理性研究的专家的积极性特别必要。没有对一个国家法律环境的体验，仅从法条上往往很难把握某一法律制度的精髓和理念，那些既精通本国民商法律传统和现状，又能理解外国民商法制精华的专门人才，在制定和修改法律的过程中，他们最能把握借鉴外国法律的界限。最高立法机关应充分尊重他们的立法意见，发挥他们知己知彼的专业优势，在此基础上进行融合和协调，只有这样，才能使制定出来的民商事法律更具协调性，也更具实际效用。

第三章 刑事法律

【按语】 与宪政和民商法领域不同，中国有编纂刑法典的历史传统。虽然中国古代的法典都是诸法合体，但以刑法为主则是公认的事实。因此，自清末修律以后的100年中，中国曾起草、颁布过多个刑法典。即使是新中国建立以后，在民法典始终没有出台的情况下，刑法典也已经颁布生效了两个。因此，就法典形式而言，20世纪中国在刑事立法史上，其地位不亚于世界上其他国家。

当然，就内容而言，100年中，中国的刑事法律已经发生了巨大的变化，中国2000多年封建的刑法规范基本上都被抛弃，而在移植西方刑法制度、原则的基础上，结合现代中国的实际，构造了一个全新的刑事法律体系。

本章分5个专题，对上述100年中国移植外国刑事法律的历程作了分析和评述。

法律移植与中国刑法的近代化

——以《大清新刑律》为中心

一、引言

在中国传统的诸法合体的法律体系中，刑法一直占据了主导地位。因此，当20世纪初期因受内外因素的影响，清政府不得不进行法律改革时，刑事立法自然毫不例外地迎来了变革期。如同其他法律领域一样，清末刑事立法变革

的一个主要特征也是为了“模范列强”。

作为立法变革的预备工作,首先是组织翻译外国法典,早期主要担任此项任务的官方机构是1904年开设的修订法律馆。该馆初期翻译外国法典之际,尽管制定刑律的工作还没有被提到议事日程,但受到传统法律观念的影响,所翻译的仍侧重外国刑法典。1907年,沈家本在《修订法律大臣前法部右侍郎沈奏修订法律请会同大理院办理摺》^[1]中对翻译工作作了统计。据此可以了解到,此时已译出外国法典和论著共23种,其中涉及刑法的就有法国刑法、德意志刑法、俄罗斯刑法、荷兰刑法、意大利刑法、日本刑法、日本改正刑法、日本海军刑法、日本陆军刑法、日本刑法论、日本新刑法草案、日本刑法义解等12种,在已译但未译完的10种外国论著和法典中,涉及刑法的有比利时刑法论、比利时刑法、美国刑法、瑞士刑法、芬兰刑法等5种。

这一时期其他一些组织也翻译刊印了一些外国刑事法典或法规,如同修订法律馆偏重翻译日本相关法规一样,这些组织也比较热衷翻译日本的法典。在翻译日本法典的热潮中,日本的刑事法律、法规也大量涌入中国。比如,商务印书馆于1907年出版的主要由留日人士参与翻译的《新译日本法规大全》^[2]其“第六类刑法”共3章,依次为普通刑法、陆军刑法及海军刑法,其中的普通刑法就包括刑法(即1880年刑法)、刑法附则、新旧法比照例、诸罚例之处断方法、爆发物取缔罚则、关于保护议会议员之罚则、渎职法、决斗罚处分法、关于公署公吏并公署之印文书免状鉴札之件、关于窃盗罪之件、关于违犯命令条款之罚则件、关于省令厅令府县令警察令之罚则等,可谓详尽细密之至。^[3]

这些翻译工作为其后刑事立法中的法律移植奠定了基础,而其显示的特征也初步预示了刑事法领域移植外国法的方向。

系统修律的前期工作则是采用单行立法的形式,对以往旧律中存在的弊端予以革除。

比如,1905年,沈家本、伍廷芳两人上奏《删除律例内重法摺》,明确提出“以中国法律与各国参互考证,各国法律之精义固不能出中律之范围,第刑制不尽相同,罪名之等差亦异,综而论之,中重而西轻”,因此“刑法之当改

重为轻”。他们认为,最重之法亟应先议删除者即为凌迟、枭首、戮尸及缘坐、刺字三种封建刑律中最野蛮、最残酷的刑罚,并提出“凡律内凌迟、斩枭各条俱改斩决”,并认为“今世各国咸主持刑罚止及一身之义”,因此“拟请将律例缘坐各条,除知情者仍治罪外,其不知情者悉予宽免”,同时还“拟请将刺字款目概行删除”。在此摺中,他们还提出,“近日日本明治维新,亦以改律为基础,新律未颁,即将磔罪、枭首、籍没、墨刑先后废止,卒至民风丕变,国势赳赳日盛,今且为亚东之强国矣。中、日两国,政教同,文字同,风俗习尚同,借鉴而观,正可无庸疑虑也。”这些建议得到清廷允准。^[4]

1906年,沈家本又上《虚拟死罪改为流徒摺》,提到“详加考核欧美、日本各国死刑,从前极为惨虐,近年则日从轻减,大约少者止数项,多亦不过二、三十项”,建议将律例中有死罪之名而在司法实践中并不执行的死刑条目予以删除,分别改为流刑、徒刑,“总期由重就轻,与各国无大悬绝”。同年,沈家本又上《变通行刑旧制议》,提出改变死刑执行方法的建议,“查东西各国刑律,死刑有密行、公行之分。英、美、日、俄、德、意各国皆主密行。惟法兰西尚存公行旧制,近亦亟议改图”。主张采用西方大多数国家死刑秘密执行的方法,认为“规制不嫌简略,经费可从节省,总以不令平民闻见为宗旨。似此变通办理,则防卫既较严密,可免意外之虞,而斯民罕观惨苦情状,足以养其仁爱之心,于教育之端,实大有裨益也”。^[5]这个建议也得准颁行。

也是在1906年,沈家本还向清廷上奏《禁革买卖人口变通旧例议》和《删除奴婢律例议》,他提出:“泰西欧美各邦,近年治化日进,深知从前竞尚蓄奴为野蛮陋习”,“现在欧美各国均无买卖人口之事,系用尊重人格之主义,其法实可采取”,并拟定11条办法,其中的第2条即为酌定买卖人口罪名。^[6]这些办法虽不彻底,但已触犯王公贵族之利益,以致被束之高阁。后经沈家本反复陈述,才由宪政编查馆奏请通行。制定《大清现行刑律》时,将此全行吸收。^[7]

同年,针对海禁开放以后,外币大量通行于国内,而旧律只有伪造本国货币治罪条款,而对于伪造外币则无相应制裁措施的情况,沈家本向清廷上《伪

[1] 参见《东方杂志》第4年(1907年)第10期。

[2] 共有80多册,几乎囊括了日本明治维新以来至20世纪初期的各类法典和法规。

[3] “第六类刑法”的译校者为刘崇杰,福建闽县人,早稻田大学政学士。

[4] 《寄簪文存》卷一。

[5] 《寄簪文存》卷一。

[6] 《寄簪文存》卷一。

[7] 李贵连:《沈家本传》,法律出版社2000年版,第221页。

造外国银币设立专条摺》,〔8〕主张比照伪造本国货币治罪条文,制定伪造外国货币治罪章程,以禁止伪造外国货币的行为。并在参酌法、俄、英、日等国的法律之后,得出“各国治罪之轻重虽有不同,而私造外国货币均较本国处刑为轻”,故提出了伪造外国货币者的刑罚轻于铸造本国货币罪的具体建议。这一办法,经清廷批准,作为新章程颁发施行。

这些改革旧律的单行立法的提出,已经表露出清末法律改革者对外国刑事立法潮流的关注,也显现出外国一些刑事法律制度已渐被中国立法所吸纳。但是,系统地、广范围地移植外国刑事法,则主要体现在《大清新刑律》中。

二、《大清新刑律》对外国刑事法的移植

通过颁行单行刑事法规,尽管对旧律进行了一定的改革,但在改革范围和改革力度方面毕竟是有限的。因此,在内外压力下,作为“立宪”的内容之一,清政府很快着手新刑律的制定工作。沈家本奉命修律,“初则专力翻译,继则派员调查,而各法之中,尤以刑法为切要,乃先从事编辑”。1906年法律学堂开课,延聘日本法学博士冈田朝太郎〔9〕主讲刑法,并聘其兼任调查员“帮同考订”刑律。1907年刑律第一次草案起草完毕,它分为总则17章,分则36章,共387条。该草案奏请清廷后,由宪政编查馆交各省征集意见。因其在体例和原则、内容等方面较旧律有很大的改动,遭到了以军机大臣张之洞为首的“礼教派”的激烈反对,故清廷下令重新修订。于是,沈家本会同法部对草案重新修改。经数易其稿,〔10〕清廷最终于宣统二年十二月(1911年1月)颁布了由总则和分则两编、共53章411条组成的正文,并附《暂行章程》5条的《大清新刑律》。

尽管《大清新刑律》的最终颁布历经曲折,其内容一改再改,但沈家本在1907年的《修订法律大臣沈奏修订刑律草案告成摺》〔11〕中所阐述的5个方面的修律宗旨,即更定刑名、酌减死罪、死刑惟一、删除比附、惩治教育,仍基本得以保留。而沈家本在阐述上述宗旨的主要依据即是为了趋附当时刑事立法潮流,制定出一部能为西方列强所接受的新刑律。因此,这些宗旨的贯彻,本

身就说明新刑律必然要移植西方刑法。

下面,笔者试从体例与内容两个方面,分别对《大清新刑律》移植西方刑法的主要表现进行具体分析。

(一) 体例

中国拥有悠久的成文法传统。从普遍认可的第一部成文法典《法经》至《大清律例》,中国的法律走过了主要以法典为表现形式的成文法演变过程。历代著名的这些法典虽然在内容上存在很大差异,但其相同的特征是诸法合体、以刑为主,这同样也是中华法系的主要特征之一。

《大清新刑律》打破了历代采用的诸法合体的封建传统形式,采用西方近代的刑法体例,正文分为总则和分则两编,“总则为全编之纲领,分则为各项之事例”。〔12〕颁布新刑律时说明了设立总则编的根据:“总则之义,略与名例相似,往古法无总则与名例之称,各国皆然。其在中国李悝法经六篇,殿以具法。汉律益户兴厩三篇为九章,而具法列于第六。魏律始改称刑名,居十八篇之首,晋律分刑名,法例为二,北齐始合二为一,曰名例。厥后,历隋、唐、宋、元、明,泊于我朝,沿而不改。是编以刑名法例之外,凡一切通则悉宜赅载。若仍用名例,其义过狭,故仿欧美及日本各国刑法之例,定名曰总则”。〔13〕《大清新刑律》的总则共17章,88条。具体包括法例、不论罪、未遂罪、累犯罪、俱发罪、共犯罪、刑名、宥减、自首、酌减、加减例、缓刑、假释、恩赦、时效、时例、文例。

在总则之后设立“分则”。“分则者,所以定各种犯罪成立之要件,然必待总则所定普通要件完备之后,始可论罪”。同时,起草分则草案时对于采取直接规定具体的罪及其刑罚的方法,而不是将罪分为若干大类也作了说明:“各国立法例俱规定各罪,分为数大类。有以对国家罪、对个人罪、对身体罪、对财产罪等,举其大纲者,更有以害公安罪、害生命罪、害身体罪、窃盗罪、诈欺取财罪等立其细目者,例如法兰西及日本现行刑法等。然如此分别细目,其宗旨于学理未能贯彻,于警察、检察及裁判等之实务上,亦属毫无利益。故本案不据此例,直揭各种罪名而列举之”。〔14〕为此,共36章的分则的编排依据是“折衷各国大同之良规,兼采近世最新之学说,而仍不戾于我国历世相沿之

〔8〕《寄修文存》卷一。

〔9〕关于冈田朝太郎的生平及其主要著作、学术思想,参见李海东主编:《日本刑事法学者》(上),法律出版社、日本成文堂1995年版,第16-38页。

〔10〕据参加起草刑律的冈田朝太郎称,《大清新刑律》先后共形成7个草案。参见〔日〕冈田朝太郎:《论中国之改正刑律草案》,留庵译,载《法政杂志》第1卷第2期,1912年。

〔11〕关于此摺的具体内容,参见《东方杂志》第5年(1908年)第2期。

〔12〕《修订法律大臣沈奏刑律分则草案告成摺》,载《东方杂志》第5年(1908年)第2期。

〔13〕《大清刑律草案》,(清)农工商部印刷科刊印,第7页。

〔14〕《大清刑律分则草案》之“酌拟刑律分则草案缮具清单”。

礼教民情集类为章，略分序次”。^[15]

具体言之，“惟其次序，仍以直接有害国家存立之条件者，居于首项（第一至八章）；其害社会而间接以害国家次之（第九至二十五章）；其害个人而间接害及国家社会者次之（第二十六至三十六章），是盖按各罪配列之次序，而斟酌以定之”。^[16]

《大清新刑律》所采用的与以往完全不同的全新体例使其具有了近代刑法典的形式。从上述说明可以知道，这是效法西方近代刑法的结果。而从具体体例上看，它与1907年日本刑法典更为接近。

日本明治维新初期，相继制定了《假刑律》（1868年）、《新律纲领》（1870年）及《改定律例》（1873年）等刑事法规。这些作为过渡时期应急措施而出台的法规，从形式、结构和内容上看，实质上乃是对中国封建时期法律的改良和修改，与日本旧式刑事法律制度有着难以割舍的联系。这不符合大量西方近代刑法理论已经传入、强烈要求制定近代刑法典的日本当时的现实情况。^[17] 1880年，日本近代第一部刑法典获得公布，它主要仿照了1810年《法国刑法典》，^[18] 共有430条，分为4编，依次为总则、关于公益的重罪轻罪、对于身体财产的重罪轻罪、违警罪。但旧刑法出台之后，也与这一时期主要仿照法国制定的其他法律一样，受到了广泛的批评。于是，在历经数次修正草案之后，终于1907年颁布了新刑法。它共有264条，分为总则、罪两编，第1编是关于刑法适用范围、刑罚种类、假释、缓刑、未遂罪、并合罪、累犯、共犯等方面的原则规定，第2编规定了各种犯罪及应处的刑罚。它改变了旧刑律仿法国把罪分为若干大类的方法，而是直接规定具体的罪名及其刑罚，这是它改效德国模式的主要体现。^[19]

《大清新刑律》的正文在体例上分为总则、分则两部分，这与1907年日本

刑法典较为相似，虽然后者的第2编名为“罪”而非“分则”，但两者都是规定具体的犯罪及应科处的刑罚。同时，两者在关于具体罪的安排次序上也比较相似，且都没有规定违警罪。^[20]

	1871年德国刑法典 第1编 刑例	1907年日本刑法典 第1编 总则	1911年大清新刑律 第1编 总则
章 名	第1章 刑	第1章 法例	第1章 法例
	第2章 未遂罪	第2章 刑罚	第2章 不为罪
	第3章 共犯	第3章 期间计算	第3章 未遂罪
	第4章 不论罪及有恕	第4章 缓刑	第4章 累犯罪
	第5章 数罪俱发	第5章 假释	第5章 俱发罪
		第6章 时效	第6章 共犯罪
		第7章 犯罪的不成立和刑罚的减免	第7章 刑名
		第8章 未遂罪	第8章 有减
		第9章 并合罪	第9章 自首
		第10章 累犯	第10章 酌减
		第11章 共犯	第11章 加减例
		第12章 酌量减轻	第12章 缓刑
		第13章 加减例	第13章 假释
		第14章 恩赦	
		第15章 时效	
		第16章 时例	
		第17章 文例	

[15] 《修订法律大臣沈奏刑律分则草案告成摺》，载《东方杂志》第5年（1908年）第2期。

[16] 《大清刑律分则草案》之“酌拟刑律分则草案缮具清单”。

[17] 关于日本明治维新初期这些刑事法规的制定过程及其主要内容，参见何勤华等著：《日本法律发达史》，上海人民出版社1999年版，第338-343页。

[18] 按照商务印书馆1913年出版的《法国六法》，1810年刑法典分为：第一篇重罪轻罪及其刑之效；第二篇因重罪及轻罪应受罚之人、应得宥恕之人、应担当他人之犯罪之人；第三篇重罪轻罪及其刑；第四篇诬误之罪及其刑。后来一般将“诬误之罪”译为“违警罪”。

[19] 1871年德国刑法典分为总则、第一编和第二编3个部分。总则部分包括罪的分类、刑法适用的原则和范围等；第一编“刑例”，规定刑罚的种类及其适用、未遂、共犯、不论罪及有恕、数罪俱发等内容，第二编“罪及刑”规定了各种罪名及法定刑。

[20] 日本旧刑法仿法国刑法典把罪划分为重罪、轻罪、违警罪，其第4编即为单独的“违警罪”编。新刑法没有延续这种划分方法，因为这“并无实用之利，徒多纷杂之患”。参见〔日〕牧野英一：《日本刑法通论》，陈承译译，商务印书馆1913年版，第5页。

	1871年德国刑法典 第2编 罪及刑	1907年日本刑法典 第2编 罪	1911年大清新刑律 第2编 分则
章 名	第1章 大逆及谋叛罪	第1章 对皇室之罪	第1章 关于帝室之罪
	第2章 对于国君之不敬罪	第2章 关于内乱之罪	第2章 关于内乱之罪
	第3章 对于联邦国君之不敬罪	第3章 关于外患之罪	第3章 关于国交之罪
	第4章 抗敌和亲国罪	第4章 关于国交之罪	第4章 关于外患之罪
	第5章 关于公权罪	第5章 妨害公务之执行之罪	第5章 关于漏泄机务之罪
	第6章 抗国权罪	第6章 逃走之罪	第6章 关于渎职之罪
	第7章 害公安罪	第7章 藏匿犯人及湮灭凭证之罪	第7章 关于妨害公务之罪
	第8章 关于货币罪	第8章 骚扰之罪	第8章 关于选举之罪
	第9章 伪证罪	第9章 放火及失火之罪	第9章 关于骚扰之罪
	第10章 诬告罪	第10章 关于溢水及水利之罪	第10章 关于监禁者脱逃之罪
	第11章 关于宗教罪	第11章 妨害往来之罪	第11章 关于藏匿罪人及湮没证据之罪
	第12章 关于户籍罪	第12章 侵犯居住之罪	第12章 关于伪证及诬告之罪
	第13章 害风俗罪	第13章 侵秘密之罪	第13章 关于放火决水及水利罪
	第14章 诽谤罪	第14章 关于鸦片烟之罪	第14章 关于危险物罪
	第15章 决斗罪	第15章 关于饮料水之罪	第15章 关于往来通信罪
	第16章 关于生命罪	第16章 伪造通货之罪	第16章 关于秩序之罪
	第17章 身体伤害罪	第17章 伪造文书之罪	第17章 关于伪造通用货币之罪
	第18章 对于自由罪	第18章 伪造有价证券之罪	第18章 关于伪造文书及印文之罪
	第19章 窃盗及横领罪	第19章 伪造印章之罪	第19章 关于伪造度量衡罪
	第20章 伪证之罪	第20章 关于伪证之罪	第20章 关于伪造度量衡罪
	第21章 诬告之罪	第21章 猥亵奸淫及重婚之罪	第20章 关于祀典及坟墓罪
	第22章 猥亵奸淫及重婚之罪	第22章 关于赌博及富签之罪	
	第23章 关于赌博及富签之罪		

	1871年德国刑法典 第2编 罪及刑	1907年日本刑法典 第2编 罪	1911年大清新刑律 第2编 分则
章 名	第20章 强盗及强利罪	第24章 关于礼拜所及坟墓之罪	第21章 关于鸦片烟之罪
	第21章 犯罪庇护及阴私罪	第25章 渎职之罪	第22章 关于赌博彩票之罪
	第22章 詐欺罪	第26章 杀人之罪	第23章 关于奸非及重婚之罪
	第23章 文书伪造罪	第27章 伤害之罪	第24章 关于饮料水之罪
	第24章 关于破产罪	第28章 过失伤害之罪	第25章 关于卫生之罪
	第25章 图私利罪及侵秘密罪	第29章 堕胎之罪	第26章 关于杀伤之罪
	第26章 毁弃物件罪	第30章 遗弃之罪	第27章 关于堕胎之罪
	第27章 关于公共之危难罪	第31章 逮捕及监禁之罪	第28章 关于遗弃之罪
	第28章 关于职务罪	第32章 胁迫之罪	第29章 关于逮捕监禁之罪
	第29章 违警罪	第33章 略取及诱拐之罪	第30章 关于略诱及和诱之罪
			第31章 关于名誉信用安全及秘密之罪
			第32章 关于窃盗及强盗之罪
			第33章 关于诈欺取财罪
			第34章 关于侵占之罪
			第35章 关于赃物之罪
			第36章 关于毁弃损坏之罪

注：1871年德国刑法典的章名录自《德国六法》（商务印书馆1913年版），1907年日本刑法典的章名录自《新译日本法规大全》（第六类刑法）（商务印书馆1910年版）。

从上述图表可以清楚地看出，《大清新刑律》在体例上与1871年德国刑法典、1907年日本刑法典是一脉相承的，而且与后者尤为相似。

(二) 内容

《大清新刑律》不仅在体例上体现了近代化，而且在内容上也一定程度地移植了近代资产阶级刑事立法的原则和具体制度。它所确立的罪刑法定主义原则和刑罚目的包含的新派理论就是这种法律移植的结果。

1. 关于罪刑法定主义。近代刑法的重要原则之一即是罪刑法定主义。其基本含义是法无明文规定不为罪和法无明文规定不处罚，与此相背离的是罪刑擅断主义。一般认为，罪刑法定的思想渊源于1215年英王签署的大宪章，其

第39条规定：“凡是自由民如非依据适法的裁判或国家法律，不得逮捕、监禁、没收其领地，剥夺法律所保护的權利，或将其放逐。通说认为，此条所言“国家法律”不只是关于程序的法律，也包含关于实体的法律，相当于后世英语中“国家的法律”（law of the land）、“法律正当程序”（due process of law）两词。^[21]

形成罪刑法定主义原则的思想背景是启蒙的自由主义思想。国家法律要保障公民自由，这就要求建立三权分立体制。因此法官须适用立法机关预先制定的法律，以避免法官的擅断行为。英国的洛克、法国的孟德斯鸠及意大利的贝卡利亚等启蒙思想家都是这种思想的代表。^[22]受这些启蒙思想家理论的影响，近代一些重要的宪法性文件都包含了贯彻罪刑法定主义原则精神的条文，以杜绝罪刑擅断主义。比如，1789年法国《人权宣言》第5条规定：“法律仅有权禁止有害于社会的行为。凡未经法律禁止的行为即不得妨碍，而且任何人都不得被迫从事法律所未规定的行为”；其第8条进一步规定：“法律只应规定确实需要和显然不可少的刑罚，而且除非根据在犯法前以及制定和公布的且系依法施行的法律以外，不得处罚任何人”；1791年美国《人权法案》第5条也规定：“不依法律规定，不得剥夺任何人的生命、自由和财产”。

使罪刑法定主义真正成为刑法基本原则的是德国刑法学家费尔巴哈。他在1801年出版的《刑法教科书》中明确提出了“无法律无刑罚”、“无刑罚无犯罪”及“无法律无犯罪”，这是基于“只有违反由刑法保护的社会契约的行为，

[21] 梁恒昌：《论罪刑法定主义思想史上与现行法上之意义》，载蔡墩铭主编：《刑法总则论文选辑》（上），五南图书出版公司1984年版，第98页。

[22] 洛克在《政府论》（下篇）中指出：“谁握有国家的立法权或最高权力，谁就应该以既定的、向全国人民公布周知的、经常有效的法律，而不是以临时的命令来实行统治；应该由公正无私的法官根据这些法律来裁决纠纷……”（董菊农、叶启芳译，商务印书馆1997年版，第80页）；孟德斯鸠在《论法的精神》（上册）提出：“专制国家是无所谓法律的。法官本身就是法律。君主国是有法律的；法律明确时，法官遵照法律；法律不明确时，法官则探求法律的精神。在共和国里，政制的性质要求法官以法律的文字为依据；否则在有关一个公民的财产、荣誉或生命的案件中，就有可能对法律作有害于该公民的解释了”（张雁深译，商务印书馆1982年版，第76页）；而贝卡利亚则在《论犯罪与刑罚》中明确提出了罪刑法定原则：“只有法律才能为犯罪规定刑罚。……超越法律限度的刑罚就不再是一种正义的刑罚。因此，任何一个司法官员都不得以热情或公共福利为借口，增加对犯罪公民的既定刑罚”（黄风译，中国大百科全书出版社1993年版，第11页）。

才是犯罪”的思想而提出的。^[23]而一般认为，最早规定罪刑法定主义原则的刑法典是1810年《法国刑法典》，该法典第4条规定：“无论违警罪、轻罪或重罪，不得使用行为前法律所未规定之刑罚予以科处”。随着《法国刑法典》的不断向外传播，19世纪欧洲大陆各国普遍受到这一刑法典的影响，许多国家都在本国刑法典中确立了罪刑法定主义原则，从而使这一原则成为刑法的根本原则。比如，1871年德国刑法典第2条、1889年意大利刑法第1条均规定了这一原则。其他大陆法系国家也在制定近代刑法典中确立罪刑法定主义原则。如1880年日本旧刑法第2条规定“法律无正条者，无论何等所为，不得罚之”。

在中国古代法律中，虽可见到“律法断罪当以法律令正文”（《晋书·刑法志》）及“诸断狱，皆须引律令格式正文”（《唐律·断狱篇》）等条文，但同时又允许比附援引。唐代以后，罪刑擅断更为严重，君主常常以一己之喜怒任意破坏“律无正条，不得科处”的原则，封建律例也明确赋予了君主以这种特权。如《明律》规定：“凡律令该载不尽事理，若断罪而无正条者，引律比附，应加应减，定拟罪名转刑部，议定奏闻”；《大清律例》规定：“五刑之属三千著于律，律不尽者尽于例。凡引例必全引其本文，例亦如之。有例则置其律，例有新者，则置其故者。律与例无正条者，得比而科焉，必疏文以候旨”。因此，从我国古代法律典籍中虽然可以见到“律无正条”不得定罪的原则，但在具体实践中，这一原则未尝实行过几天，而究其内在的精神，也与近代西方刑法典确立的包含反对国家滥用刑罚权精神的罪刑法定主义大异其趣。^[24]

罪刑法定主义思想和学说在清末传入中国，这一时期法律改革中的重要人物沈家本接受了这种思想。他首先以罪刑法定主义为指导思想，在理论上对中国传统的比附援引旧制给予了批判。他在论述汉武帝滥刑暴政时指出：“奸猾巧法，转相比况，此真以他律比附矣。巧法出于奸猾，其律无明文可知。罪同论异等语，本于桓谭。其流弊如此，当时冤枉之，而后世尚奉为金科玉律，何也？”他还批评自明迄清所实行的断罪无正条用引律比附而造成的弊端：“盖既为他律，其事未必相类，其义即不相通，牵就依违，狱多周内，重轻任意，冤

[23] 陶龙生：《论罪刑法定原则》，载蔡墩铭主编：《刑法总则论文选辑》（上），五南图书出版公司1984年版，第115页。

[24] 音正权：《罪刑法定主义及其在近代中国的演进》，载韩延龙主编：《法律史论集》第3卷，法律出版社2001年版，第432页。

滥难伸。……因比附而罪有出人，治罪之事久已无闻，律文后半同虚设矣。自国初以来，比附之不得其平者，莫如文字之狱。”〔25〕

在主持起草《大清新刑律》的过程中，沈家本积极倡导罪刑法定主义，认为“旧律之宜变通者”之一即是“删除比附”，并把这种主张落实于草案第10条中：“凡律例无正条者，不论何种行为，不得为罪”。关于此条的含义，其立法理由明确作了说明：本条所示一切犯罪须有正条乃为成立，即刑律不准比附援引之大原则也。该立法理由还具体阐述了允许比附援引存在3个方面的弊端，即：“第一，司法之审判官得以己意，于律无正条之行为，比附类似之条文，致人于罚，是非司法官，直立法官矣。司法、立法混而为一，非立宪国之所宜有也；第二，法者与民共信之物，律有明文，乃知应为与不应为，若刑律之外，参以官吏之意见，则民将无所适从。以律无明文之事，忽援类似之罚，是何异以机阱杀人也；第三，人心不同，亦如其面；若许审判官得据类似之例，科人以刑，即可恣意出入人罪，刑事裁判，难期统一也。”正因为比附援引存在上述弊端，故在当时各国中，“惟英国视习惯法与成文法为同等效力，此外欧美及日本各国，无不以比附援引为例禁者。本案故采此主义，不复袭用旧例。”〔26〕

草案告成之后，其所包含的罪刑法定主义原则遭到了当时赞成比附援引的礼教派的强烈反对。为应付各种对于刑律草案废除比附旧制的责难，沈家本还对中国历代刑法进行考察，从中挖掘传统法律中所包含的“罪刑法定”因素。他以晋代刘颂的“律法断罪，皆当以法律令正文”之疏为例，指出：“颂疏后段所言，今东西国之学说正与之同，可见此理在古人早已言之，特法家之论说无人参究，故称述之者少耳。”并以《金书·刑法志》所载的“自今制无正条者，皆以律文为准”的上谕为例，指出：“金代承用唐、宋刑法，而制无正条者一以律文为准，其不得用他律比附，灼然无疑。是中国本有此法，晋刘颂议之于前，金世宗行之于后，初不始于今东西各国也。”〔27〕

对此，冈田朝太郎也持有相似的观点：“中国向用法定主义，故官吏断狱，必根据于大清律”，只是他同时认为中国古代的法定主义并不纯粹：“然杂犯不应为律，语意不明，何事不应为，仍由裁判官以己意断，非纯粹的法定主义

也。新定刑草，凡大清律不明白之处，全行删去，一切犯罪之行为，皆列刑草中，其不列刑草者，不为犯罪。将来刑草实施，则中国刑事制度，一变而为纯粹法定主义，与文明各国无异也。”〔28〕虽然沈家本和冈田朝太郎的这种将中国古代依法断狱的思想与近代的罪刑法定主义原则相提并论的论述未免牵强附会，但此举无疑壮大了改革旧制的声势，为改革比附援引旧制奠定了思想基础。〔29〕

清末最终颁布的《大清新刑律》虽然在沈家本主持起草的草案基础上有所增减，但草案第10条的规定被原封不动地保留了下来。这是中国刑法史上将罪刑法定主义作为刑法原则加以规定的最初体现，也是《大清新刑律》之所以成为近代刑法典的重要标志之一。

此外，《大清新刑律》还确立了罪刑法定主义的派生原则——刑法不溯及既往，其第1条规定：“本律于犯罪在颁行以后者，适用之。其颁行以前未经确定审判者亦同；但颁行以前之法律不以为罪者，不在此限。”本条前一款是为刑法不溯及既往的原则，与前述草案第10条的规定“相辅而行，不宜偏废也”。〔30〕后一款的“其颁行以前未经确定审判者亦同”，则表明犯罪发生于刑律颁行之前且未经审判者，也适用该律。这是前一款刑法不溯及既往之例外规定。考各国之立法例，对此分为两种原则：一种是比较新旧刑法，从其轻者处断，如欧洲各国及日本皆采这种原则；另一种是不论轻重，皆以新法处断；当时的英国刑法即采这一原则，〔31〕我国明律及大清律也采用这一原则。《大清新刑律》之所以采用后一种原则，当时理论上认为，这并不仅仅是为了沿用旧制，而且还在于这一原则有一定的依据。具体地说：旧律之适当者，本存入新律，其不入新律而经削除者，正因视为不适当之故，即不复得引用；若必比较从轻，则新旧互用，时期之效力色不明划；刑罚世轻世重，要在禁暴止奸，并非专取轻刑，藉以示惠；即有新律较重，亦因维持现势，不得不然，故概从新律较之比较新旧从轻处断，为能收整齐划一之效。〔32〕而按照后一款但书部分规

〔28〕熊元翰编辑：《刑法总则》，安徽法学社1911年版，第18页。

〔29〕李建华：《沈家本对比附援引旧制的改革》，载《法学研究》1987年第6期。

〔30〕《大清刑律草案》第一条之理由部分，（清）农工商部印刷科刊印，第8页。

〔31〕《大清新刑律》第1条的立法理由认为，英国采用的是概从新法处断的原则。但有学者指出，这似乎并不准确，因为英国关于刑法时效并无明文规定，但判例都是主张从旧原则。参见朱采真编辑：《中华民国刑法释义》，大东书局1930年版，第10页。

〔32〕秦瑞玠编：《新刑律释义》，商务印书馆1912年版，第3页。

〔25〕沈家本：《历代刑法考》（四）“明律目笺一”，中华书局1985年版，第1816页。

〔26〕《大清刑律草案》第十条之理由部分，（清）农工商部印刷科刊印，第20页。

〔27〕沈家本：《历代刑法考》（四）“明律目笺一”，中华书局1985年版，第1815页。

定的“颁行以前之法律不以为罪者，不在此限”，于新律以为罪而旧律不以为罪之行为，则其行为尚在新律颁行以前，即不得据新律而处罚之，此同样也是不溯及既往之含义。

2. 关于预防主义的刑罚目的。清末法律改革时，各国关于国家行使刑罚权的目的，主要有二种学说。

一种为绝对主义，又称为正义主义、纯理论主义或报应主义。该派学说认为，凡人莫不有是非善恶之辨别能力及取舍从违之自由意思，犯罪为严重的罪恶，刑罚即为针对此种罪恶的报应，也是对于犯罪的反应。因此，报应可谓社会对于犯罪人为恶的反应，以刑罚来报应犯罪，用刑罚的痛苦来衡平犯罪的恶害，一方面可以实现正义的理念，另一方面则可用以形成社会大众的法律意识，以建立法治社会赖以生存的法律秩序。这一思想源自正义的概念，报应即当作一种衡量的原则，而且刑罚又系犯罪的报应，因此刑罚在原则上应与犯罪相称。也就是说，依据报应思想的善与善，恶与恶对等的原则，刑罚的程度必须与犯罪行为的不法内容与罪责的程度成相当的比例。这种学说又分为神意的报应主义、道德的报应主义及法律的报应主义。此派学说盛行于宗教、道德、法律不分，祭祀为国家的大事，崇尚道德而不崇尚法律的时代。从世界范围来看，尽管这一思想发端于古希腊社会，但真正具有理论形态的则始于17世纪，并从那时起，它就主宰着欧洲大陆法系的刑罚理论；到了19世纪末叶，由于预防主义的盛行，才使这一情形有所改变。

另一种为相对主义，又称为目的主义、实利主义或预防主义。按照这种学说，刑罚的概念是与国家预防犯罪的目的构想与目的作为相连接在一起的。因此，刑罚在其本质上乃是为达成预防犯罪目的的手段，希冀经这一手段的运用，能够一方面对于社会大众作一般普遍性的预防；另一方面对于罪犯个人则作个别的预防。因此，行为人的犯罪行为并非刑罚的法律理由，而只是引起刑罚的动机而已，这是它与报应主义观点不同的当然结果。所以，就预防思想而言，确定刑罚程度的因素，并非报应思想所主张的犯罪行为的轻重程度和行为人的罪责，而是预防目的所必要的程度。

预防主义又分为：一般预防说，即经由法律明定犯罪行为及其法律效果及刑事司法对于犯罪人罪刑的宣判与执行，使国民确知国家正视刑罚权的行使，绝不宽容破坏法律秩序的犯罪行为，因而对于全体国民能发生刑罚的威吓效果，儆戒社会大众并阻吓犯罪；特别预防说，即对于罪犯个人发生预防犯罪的作用，而收个别性的预防效果，也就是说，以刑罚为威吓与矫正罪犯的手段，

并帮助罪犯改过自新。预防主义的渊源也可追溯到古希腊时代，但那只是理论的开端而已，到了18世纪末叶时，因为对于17、18世纪过分强调威吓思想的刑事司法的不满，再加上自然法与启蒙哲学的国家学说的影响，于是掀起要求刑事司法人道化与理性化的运动。在此影响下，绝对主义遭受到空前未有的批判，相对主义乃渐受重视。至19世纪初期，相对主义经德国著名刑法学家的补充，理论体系更加完善，才开始有一般预防理论与特别预防理论的区分，前者以费尔巴哈的理论为中心，后者以李斯特的理论为中心。^[33]

在古代中国，立法上所采取的是绝对主义，主张有罪必罚，且罪刑必等。但同时，一般预防理论在中国法律传统中也有极其悠久的历史。远在春秋战国时代，即有倾向一般预防的目的刑罚思想，当时的法家莫不主张以刑罚的威吓与儆戒作用来预防犯罪，以维持社会的伦理秩序，刑罚乃出于治国的目的构想，而作为维护社会秩序的一种工具。由于过分强调一般预防主义，导致重刑的主张，以严刑重罚为止奸息暴的手段，阻吓犯罪，若刑罚太轻，则不足以去邪除恶。法家这种过分强调一般预防的理论，对于中国数千年来的刑事政策产生极为深远的影响：在刑罚制度上，莫不采行严厉的生命刑与身体刑，可以判处死刑的犯罪行为名目繁多，不但执行方法残酷，而且多采公开的执行方式来确保刑罚的威吓效果，同时为了强化刑罚的威吓效果，还建立族诛连坐制度，希冀以此惨绝人寰的族刑发挥刑罚的最高阻吓功能。

同样，特殊预防思想在中国的萌芽也比较早，自春秋孔子与战国孟子以来，在儒家一脉相传的“德主刑辅说”的影响下，中国法律中的刑罚思想乃具有相当浓厚的教化色彩，主张一切以德礼的教化为主，唯有出于礼，始入于刑。但是这种教化思想的主张，均以德与礼为教化手段，而非以刑罚为教化手段，只有在礼教与德化未能收到维持社会秩序的效果之时，才不得已而使用刑罚。因此，这种教化理论实质上与特别预防理论有别。而在事实上，无论中外，特别预防理论根本上不可能存在于古代帝王统治的政治制度之中，因为这一理论所强调的矫治与犯人再社会化的思想，唯有在重视人权的条件下以及人道化的刑事政策下，才有可能被接受。

从世界近代的刑事立法来看，所确立的刑罚制度均日渐体现出抛弃报应主义，转而采纳预防主义，特别强调刑罚对犯罪人的教育感化功效的趋势。比

[33] 林山田：《论刑罚之意义与目的》，载蔡墩铭主编：《刑法总则论文选辑》（下），五南图书出版公司1984年版，第765-813页。

如, 1791年刑法典是法国历史上第一部统一的刑法典, 它所确立的刑罚制度所体现的主要特征有: 严格限制死刑的适用范围和执行方法; 将死刑定义为纯粹剥夺生命权利的刑罚, 禁止附带适用任何非人道主义的肉刑, 并禁止对非侵犯生命的犯罪和非危害国家根本利益的犯罪适用死刑, 确立了以自由刑为主体的体现刑罚人道化原则的刑罚体系, 停止使用终身监禁刑, 并且废止了封建时代盛行的身体刑、残废刑等; 同时废止了死刑执行前的断腕制度。这些都为近代行刑制度和监禁制度的建立奠定了基础。

但是, 拿破仑主持制定 1810 年刑法典时, 由于法国犯罪形势的急剧恶化, 所以在刑罚制度上转而接受了功利主义法学家边沁的理论, 同时为避免与资产阶级革命时期确立的自由、平等和人权的法制原则的背道而驰, 在立法上又一定程度地吸取了贝卡利亚的理论, 规定了一系列调和、折衷的措施。此后, 随形势变化, 通过对刑法典的多次修改, 逐渐减轻刑罚, 加强对犯罪人的特殊预防。到 19 世纪后期至 20 世纪初叶, 法国的刑法修订活动则是以特定犯罪的构成要件的变化和重构为主要目的, 在惩罚制度的改革上, 强调刑罚与保安处分相结合的实证主义刑事政策已初露端倪。^[34]

1871 年德国刑法典是继法国之后又一具有重要影响的大陆法系刑法典, 尽管它具有浓厚的封建性和保守性, 但同时它也接受了资产阶级的民主、自由、人权思想, 吸收了法国刑法典颁布以来的刑事立法的成果, 在内容上有一定的创新。比如, 虽然由于受报应刑理论的影响, 刑罚仍比较严厉, 但它摒弃了法国刑法典中规定的身体刑和侮辱刑。刑法典颁布之后, 为适应形势变化的需要, 1882 年德国刑法学家李斯特总结当时刑法学与犯罪学的发展成就, 提出了倡导——教育——社会——特殊预防的目的刑思想, 形成了对刑法发展影响很大的新派理论。1906 年德国成立刑法修改委员会, 该委员会采纳了许多新派观点, 于 1909 年提出了第一份刑法修改草案, 李斯特等人对此草案发表意见, 阐明观点, 其中最著名的观点就是提出了刑、罚与保安处分共同作为刑事处罚措施的“双轨制”。虽然这些理论和观点真正被德国刑事立法所吸收是第一次世界大战结束以后的事情, 但德国 19 世纪末、20 世纪初的这些理论的提出和进行刑法改革的初步行动无疑代表了一种新的潮流。^[35]

就日本近代刑法制度来看, 第一部西方式的刑法典诞生于 1880 年(旧刑

法), 很快又对它进行修改, 起草通过了 1907 年刑法典(新刑法)。虽然新刑法因为删除了旧刑法所确立的罪刑法定主义原则而受到指责, 但由于它的起草主要受到德国刑法的影响, 因此在其他制度的规定上不免受到这时期在德国已经占据主流地位的新派刑法学说的影响。比如, 新刑法第一次确立了缓刑制度, 进一步完善了假释制度, 增加了犯罪未被发觉前自首可以减刑和犯罪行为未完成前自首可以免刑的规定, 规定正当防卫原则上可以减轻或免除处罚, 对于累犯则规定加重处罚。

清末出台《大清新刑律》的一个重要原因就是外国列强的压力, 因此如何制定一部为列强所接受的法典是当时的立法者不得不考虑的事情, 这样, 充分了解并趋附当时各国的刑事立法潮流就成了重要的立法手段。就其所规定的刑罚制度而言, 显然体现了这时期日渐占据主流地位的新派的特殊预防理论, 尽管后来这一理论本身也受到不断的指责。沈家本在起草刑律时所提出的“旧律之宜变通者”不仅包括应“酌减死罪”、“死刑惟一”, 还包括“惩治教育”, 提出应效法德国、英国, 在各省设立惩治场, “凡幼年犯罪改用惩治处分拘留场中”, “以冀渐收改化之效”。

从最终颁布的《大清新刑律》来看, 确实一定程度地体现了新派的特殊预防理论。如在总则中不仅规定了正当防卫、紧急避险、缓刑、假释、宥恕、自首等制度, 而且也规定了累犯、数罪并罚等制度, 还规定“凡未满 12 岁人之行为, 不为罪, 但因其情节, 得施以感化教育”(第 11 条),^[36]而且所规定科以死刑处罚的罪较之旧律有所减少,^[37]还规定“死刑用绞, 于狱内执行之”(第 38 条)。在分则各条中, 关于各罪所科的法定刑, 或预定选择数种刑罚, 或对于同一种刑罚规定最高、最低的程度, 以扩充刑罚量定的范围, 等等, 这些都体现出对犯人性情的注重。

[36] 1907 年完成的草案第 11 条规定“凡未满 16 岁之行为, 不为罪, 但因其情节, 得施以感化教育”, 虽然最终颁布的《大清新刑律》吸取突勒等人的意见把“16 岁”改为“12 岁”, 但从原草案的起草理由对 20 余个国家相关立法进行分析和分类仍可以清楚地了解到, 当时起草者关注外国立法的广泛性。参见《大清刑律草案》, (清) 农工商部印刷科刊印, 第 21—23 页。

[37] 在《大清新刑律》的分则中, 除对危害乘舆车驾罪(第 89 条)、叛逃外国罪(第 110 条)、杀害亲属罪(第 306 条)规定了绝对科以死刑的以外, 对于其余的若干犯罪虽也可适用死刑, 但均同时规定可选择科以无期徒刑和有期徒刑, 这较旧律规定对这些罪均处以绝对的死刑而言有所减轻。但也有学者认为, 旧律应处死罪之条律虽多, 而监禁缓决, 徒为虚拟者不少, 因此新刑律与旧律相比, “实亦无甚出入”。参见秦瑞玠编:《新刑律释义》, 商务印书馆 1912 年版, 第 168 页。

[34] 何勤华主编:《法国法律发达史》, 法律出版社 2001 年版, 第 373 页。

[35] 何勤华主编:《德国法律发达史》, 法律出版社 2000 年版, 第 398—399 页。

当然,《大清新刑律》并没有完全排斥报应主义,比如,规定按行为所侵害法益的大小科以不同等的刑罚,共犯以实行行为为基本,数罪并罚采取并科主义;注重纲常名教,结果犯加重,等等,^[38]但相对于传统的旧律而言,它无疑更多地体现了20世纪初期新派刑法理论。

当然,《大清新刑律》趋附当时世界刑事立法潮流,不仅仅体现在上述的移植确立罪刑法定主义原则和吸收新派刑法理论两个方面,还体现在其他一些具体制度上。这从刑律草案一些条文所附的立法理由就可以看出。

比如,刑律草案第2条至第8条规定关于刑律效力问题。在这些条文之前有一“总说”,明确说明:“关乎本题之制有三:一、属人主义,不问犯地在国内国外,但使犯罪系本国臣民,即得用本国刑法,古代法律往往如此;二、属地主义,不问犯人国籍之如何,但系犯罪于本国领域以内,即用本国刑法,中世法律,往往如此;三、折衷主义,本国刑法非第国内犯罪之内外国人,所得一律适用,即本国人之在外国者,及外国人之犯一定之罪者,亦适用之,近今欧美及日本各国,皆取此主义。揆之法理,亦最相符,本案故采用之。”

又如,刑律草案第37条规定,徒刑分为无期徒刑与有期徒刑,后者最高刑为15年。之所以作这样的规定,也是参考大部分国家立法例的结果。在立法理由中提到,虽然有葡萄牙等少数国家废止了无期徒刑,“然人有凶恶次于死刑者,必处以无期徒刑,以防其再犯。且如以上数国之外,各国大都仍而不废。夫固有不能轻于废止者,本案故亦采用此意”;关于“有期徒刑之最长期”;各国的规定不同,“其最长者30年,如巴西、尼加拉瓜刑法是,其最短者如加拿大之7年、洪都拉斯之10年是。除此等长短两端之中,定为15年,各国之例,实以此为多数,故本案定为15年者此也。”

再如,刑律草案总则第15章为“时效”,该章名“乃泰西旧语,惟本案则新采用也”。关于刑事法上时效规定之地位,起草者在立法理由中作了分析,认为当时各国对此有3种模式:一种是“以时效全部属于刑事诉讼法之中”,法国采取的就是这种模式;另一种是“以起诉权之时效,属于刑事诉讼法之中,而行刑权之时效,则以刑法定之”,这在日本刑事诉讼法和刑法中得到体现;还有一种为“以其全部属于刑法之中”,这最适于条理,故德国、匈牙利、荷兰、保加利亚、墨西哥、芬兰、挪威等都采用这种模式。正因多数之立法例

[38] 李良、彭时合编:《刑事学派与暂行新刑律》,载《法律评论》1927年第193期。

“皆采此主义,故本案亦然”。^[39]

与《大清新刑律》的总则移植确立了许多源于西方的刑法基本原则和内容一样,其分则对西方刑法的移植也不限于前面已述的这些方面,还有其他一些具体的表现,在规定具体罪及其处罚方面也一定程度地抛弃了中国古代的刑法传统,效法确立了当时大陆法系国家,尤其是德国、日本的刑法典的内容。比如,在罪名的确定上,放弃了旧律中传统的名称和概念,而代之以近代刑法的新名称和新概念;关于确定罪名的方法,放弃了过去一事一例、律例合编的做法,或概括地对某一罪名下定义,或列举某一罪名的主要罪状,避免了律文的烦琐;在刑罚的确定上,基本上采取绝对法定刑与相对确定法定刑相结合的原则,^[40]同时在规定各罪刑罚时也贯彻了绞刑为执行死刑惟一方法的原则。^[41]

三、移植西方刑法的艰难——新刑律受到礼教派的种种责难

从上述分析可以看出,相对于中国传统旧律而言,《大清新刑律》无论在形式上还是具体内容上,确实具有“新”的特色。但正是这种“新”,所以难免受到守旧派的指责。加上刑法在传统法律中所占的无比重要的地位,因此从新刑律草案一出台,就受到了较这一时期其他任何新的法律草案更为广泛的关注,而它所受到的抨击也是最多、最激烈的。

在新刑律起草出来之后,尽管沈家本自己也承认,这个草案虽然折衷各国大同之良规,兼采近世最近之学说,但“仍然不戾乎我国历世相沿之礼教民情”。但由于其体例和内容的一定程度的西化,与传统旧律脱节,因而还是招致顽固守旧的“礼教派”的激烈反对,从而形成了具有资产阶级改良思想的

[39] 参见《大清刑律草案》,(清)农工商部印刷科刊印,第10、11、44、45、68页。

[40] 朱勇主编:《中国法制通史》第九卷,法律出版社1999年版,第278-279页。

[41] 虽然沈家本在《修订法律大臣沈家本修订刑律草案告成摺》中提出中国“旧律之宜变通者”之一为“死刑惟一”,但从其《死刑惟一说》一文可以了解到,沈家本尽管认识到“惟死刑止用一项,则东西各国所同”,但他也意识到“然斩、绞二项中,再议删去一项,必致舆论蜂起,难遽实行”,因此主张“定绞为死刑之主刑,斩为特别之刑,凡刑事内之情节重大者,酌立特别单行之法”。因此,沈家本在起草刑律过程中提出的“死刑惟一”也是不彻底的,他认为对于一些“罪大恶极”仍应另辑专例规定适用斩刑。但起草的草案中只规定“死刑用绞”(第38条),而没有任何附带的规定,这可能是由于更多地接受“帮同考订”刑律的冈田朝太郎观点的结果。冈田认为:“各国之中,废止死刑者多矣。即不废死刑者,亦曾采用一种之执行方法。今中国欲改良刑法,而于死刑犹认斩、绞二种,以抗世界之大势,使他日刑法告成,外人读此律者,必以为依然野蛮未开之法,于利权收回、条约改正之事,生大阻碍也必矣”。他还认为:“主张斩重绞轻者,恒谓斩者身首异处,故重,绞者身首不异处,故轻。……要亦不外中国古来之陋习迷信耳,非有正当之理由也。”参见《寄谏文存》卷三。

“法理派”与恪守封建纲常的“礼教派”，围绕新刑律草案是否违背礼教纲常等问题，展开了著名的“礼法之争”。礼教派对新刑律草案移植西方近代刑法的原则和内容提出了种种抨击。

时兼掌学部的军机大臣张之洞首先对新刑律草案发难，他借签注草案之机，对新刑律进行了全面的批驳。他认为，“新定刑律草案与现行律例大相刺谬者”有数端：“罪重法轻，与君为臣纲之义大相刺谬”；“伤害尊亲属，因而致死或笃疾者，或不科以死刑，是视父母与路人无异。与父为子纲之义大相刺谬”；“并无妻妾殴夫之条，等之于凡人之例。与夫为妻纲大相刺谬”；“亲属相奸，与平人无别”，“是足以破坏男女之别而有余地”；“并无尊长殴杀卑幼之条，等之于凡人之例。是足以破坏尊卑长幼之序而有余地”。据此，“拟请飭下该大臣将中国旧律旧例，逐条详审，何者应存，何者可删。再将此项新律草案与旧有律例逐条比较。其无伤礼教只关罪名轻重者，斟酌适当，择善而从。其有关伦纪之初，应全行改正”。〔42〕

署邮传部右丞李稷也上摺指出：“惟是新法大意，固以参合中西适于政体为宗旨，中国旧政，首重明伦，司徒五教，有我立国之根本。……查现订刑律分则草案，计分三十五章，……独至杀害祖父母、父母及期功亲属，乃仅附见于二十五章。关于杀伤条内之三百节至三百十一节，不惟弑逆大恶与杀伤平人，各无区别，已堪骇异，而前后寥寥数条，复与寻常各罪犯交互错出，尤足令乱臣贼子睥睨生心，以为祖孙父子一切平等，固法律所公认也。拟肯飭下会议政务王大臣，公同披阅，悉心详议，凡逆伦大罪及杀伤期功以下亲属，应请别为专条，移置第二章，题曰关于亲属之罪。至于罪名轻重，应仍责成修订法律大臣权衡情事，折衷学理，俾归一律”。〔43〕

对于新刑律草案所移植的各项具体制度和原则，各省诸侯也大加鞭撻。

如有的抨击新刑律草案所体现的“酌减死罪”的特征。认为“诚以生人固仁，杀人亦义，天道不能春而无秋，王法不能有生而无杀，苟慕轻刑之名，即滋惠奸之弊，甚非圣人明刑弼教之意也。现行律例，死刑七百六十条，益以历年加重章程，法网虽云繁密，然凌迟枭示，业奉明诏免除，立决监候，又复

层递降改，亦足以示宽大之仁。况秋濂衡情，实予勾决者，十不逮一，名为死刑，初未当尽绝生机。东西各国死刑较少，中律改良，原不得不稍加删节。第通计草案处死刑者，仅四十六条，以视现行例章，相去不啻十数倍，甚至谋反叛逆强盗强奸，尚有不死之条，而各项之未遂罪，皆得以罚金了之，恐水儒民玩，犯法者更多矣”。〔44〕

有的反对新刑律草案“删除比附”、移植确立罪刑法定主义原则。他们认为，比附加减之法，“三代已有行之，非自秦、汉以降始创也。诚以天下事变万端，有非法律所能赅备者，故特设此条为用法之准则，此正执简御繁之善法。虽曰援引比附，而仍不越乎正律之范围，犹是司法之向例，与立法迥乎不同，岂得指比附为司法而兼立法，与三权分立之义不符，竟可删除不可。况考诸外国法律，非无比较参照之办法，即草案内亦尚有准照某条适用之文，乃独于第十条著明，凡律例无正条者，不论何种行为，不得为罪，转以明导人以作奸趋避之路”。〔45〕或提出，“删除比附以杜意为重轻，而情伪万殊，条目不足以赅事变，且审判人才缺乏，如凭审判官就各刑上下之限，临时审定，恐程度不及，亦不免援引失当，出人罪”。〔46〕

还有的认为，“比罪之法，其制最古，亦以人情万变，科条所不能赅，而始设为此例。沿及于唐，出罪举重明轻，入罪举轻明重，诚不能无爱憎之弊。明律力救其失，改为引律比附，加减定拟，问刑者有所依据，以律为衡，即不能凭空比引，恣为出入。我朝益昭慎重，凡援引比附者，均请旨遵行，司法者更无从稍越立法之范围。原奏采用日法，指斥比附，于第十条明定律无正条，不论何种行为，概不为罪，亦虑执简御繁，不无渗漏，遂于一罪悬数等之刑，并列数十元以致千元之罚，则由裁判官伸缩于临时。窃恐本案颁行后，不肖官吏，初无畏难苟安之心，转有执法营私之便。敝弊之弊将滋甚，不待智者可决其非”。〔47〕

〔42〕《清朝续文献通考·刑改六》，转引自李贵连：《沈家本传》，法律出版社2000年版，第305-306页。

〔43〕《署邮传部右丞李稷劝奏新纂刑律草案流弊滋大应详加厘订摺》，载故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》（下册），中华书局1979年版，第854-855页。

〔44〕《江苏巡抚陈启泰复奏新订刑律与礼教不合之处应酌加修订摺》，载故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》（下册），第858-860页。

〔45〕《江苏巡抚陈启泰复奏新订刑律与礼教不合之处应酌加修订摺》，载故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》（下册），第858-860页。

〔46〕《湖广总督陈夔龙复奏新订刑律与政教难符应详加修改摺》，载故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》（下册），第861页。

〔47〕《河南巡抚吴重熹奏签注刑律草案缮单呈览并陈制律应顾立国本原摺》，载故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》（下册），第870-872页。

浙江巡抚增韫则上摺表明了新刑律应维护封建礼教的观点：“惟改革之初，必须合乎风俗人心，方足以垂永久而资遵守。……夫尊君亲上，礼教之大防，……今草案增设过失一条，治以二三等有期徒刑及罚金，窃取御物亦仅处以徒刑，是使奸民得以藉词卸脱，启其藐玩轻忽之心；而犯者众。中国风俗，如干犯伦常，败坏名教，既为人心所同恶，即为国法所不容。今草案伤害尊亲致成残废，贷其死罪，将使伦纪纲常，翻然废弃，则忤逆之徒，罔知敬畏，非所以安上而全下也。……以上数端，妨害礼教民情，及于民间之生命财产，大有关系，此外与中国风俗人心，宽严轻重，互有出入之处，以及语涉疑似者甚多。……合无仰恳天恩，飭下宪政编查馆会同修订法律大臣，暨法部赶将现行律编定颁行，一面将新刑律草案复加考核，妥慎厘订，期于中国礼教民情，悉相符合……”^[48]

1909年，清廷降下谕旨，肯定了礼教派的观点，明确指出：“惟是刑法之源，本乎礼教，中外各国礼教不同，故刑法亦因之而异，中国素重纲常，故于干犯名义之条，立法特为严重。良以三纲五常，阐自唐虞，圣帝明王，兢兢保守，实为数千年相传之国粹，立国之大本。今寰海大通，国际每多交涉，固不宜墨守故常，致失通变宜民之意，但只可采彼所长，益我所短，凡我旧律义关伦常诸条，不可率行变革，庶以维天理民彝于不敝，该大臣务本此意，以为修改宗旨，是为至要”。^[49]

在这种压力下，沈家本和修订法律馆遵旨对刑律草案进行修改，“凡关于伦纪名教，均较原定草案加重一等”，^[50]但仍坚持指出：为收回治外法权，必须摹仿西法；防止通奸丑行，不在有无法律惩罚，而在家庭教育、社会舆论；用刑罚制止通奸，是把法律与道德二者混为一谈。草案送交法部后，法部尚书廷杰以“中国名教必须永远奉行勿替者，不宜因此致令纲纪荡然”^[51]为由，在正文之后又加上《附则》5条，否定了正文中所确定的部分内容，如规定“危害乘舆、内乱、外患及对于尊亲属有犯”应处死刑者，仍用斩刑，卑幼对尊亲属不能使用正当防卫之法。这次修正案定名为《修正刑律草案》，并由廷

[48] 《浙江巡抚增韫复奏刑律草案有不合礼教民情之处择要缮单呈览摺》，载故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》（下册），第856-857页。

[49] 《修改新刑律不可变革义关伦常各条谕》，载故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》（下册），第858页。

[50] 《编制局校订新刑律意见书》，载《国风报》第1年第32号，1910年。

[51] 《钦定大清刑律》卷前奏疏。

杰、沈家本联名上奏。

清廷在接到《修正刑律草案》之后，立即批交宪政编查馆核议。在核议期间，草案引发了以江宁提学使劳乃宜为首的礼教派的更为激烈的驳难。1910年，劳乃宜以《修正刑律草案》正文有违礼教，附则规定的旧律礼教条文另辑单行法以适用于中国人是本末倒置为由，向宪政编查馆上《修正刑律草案说帖》，批驳《修正刑律草案》按语中所述观点，提出“旧律有关伦纪礼教各条，万无另辑中国人单行法之理，必应逐一修入刑律正文无疑”，主张“本旧律之用，用新律之体”，并具体列举了十恶、亲属相为容隐、干名犯义、犯罪留存养亲、亲属相奸、亲属相盗、亲属相殴、发冢、犯奸、子孙违犯教令等应列入而未列入刑律正文的问题。

在此还要提到的是，礼教派还曾邀请外国在华人士加入反对新刑律草案的阵营。比如，青岛特别高等专门学堂德国教习赫善心就曾被邀撰文支持劳乃宜。他认为，“中国修订法律，须以《大清律例》为本。他国之律，不过用以参考而已。倘中国修订法律不以《大清律例》为本，则真可为不知自爱者也”，并认为劳乃宜等人关于“无夫奸”与“子孙违犯教令”的观点是符合中国传统律例的，并进而总结得出：“凡订刑律，须从自己国民之道德上小心构造，万不可注意于他事，如外国人之治外法权等事，万不可引以为权衡”。^[52]

面对礼教派对刑律草案的种种责难，沈家本曾委曲求全，不断退让，《修正刑律草案》就是这种妥协的产物。但面对劳乃宜的上述指责，沈家本意识到新刑律有中途夭折的危险，于是他奋力反击，撰写了《书劳提学新刑律草案说帖后》，在该文中对劳乃宜所提出的种种责难及其修正刑律的观点，逐一进行批驳，认为劳乃宜所提的修正意见既不合旧义，也有悖新理。^[53]在受到沈家本及其他一些支持沈家本的法理派的辩驳之后，使劳乃宜感到自己先前所持观点似有不妥，于是撰《管见声明说帖》，放弃自己原来所持的一些主张，但对“无夫奸”和“子孙违犯教令”仍坚持自己的观点。又经一番争执和妥协，宪政编查馆将《修正刑律草案》更名为《大清新刑律》后附包括“无夫奸”等内容的《暂行章程》送交资政院议决颁行。这样，关于新刑律的礼法之争从民间转入议场。

[52] [德]赫善心：《中国新刑律论》，载王健编：《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》，中国政法大学出版社2001年版，第141-150页。

[53] 《寄修文存》卷八。

宪政编查馆特派员杨度代表政府到资政院议场阐明新刑律的宗旨。他重申了沈家本的为收回领事裁判权就要使本国立法与世界的共同法律原理原则相符合的观点,并具体分析了西方的“国家主义”与中国传统的“家族主义”的利弊,指出家族制度阻碍了国家的进步,认为变家族主义为国家主义是中国由弱变强的迫切需要,主张必须将国家主义作为改定法制的宗旨,并说明新刑律正是本着这一宗旨,才减少了家族制度的条文,使之向国家主义转变。杨度在议场中的关于“国家主义论”的演说,引起了礼教派的激烈反对。劳乃宣不仅在议场,并同时著文攻击杨度的观点,他认为,法律生于政体,政体生于礼教,礼教生于风俗。提出变法应“本乎我国固有之家族主义,修而明之,扩而充之,以期渐进于国民主义,事半功倍,莫逾乎是”。^[54]劳乃宣还邀请100余名亲贵议员,向资政院提交《新刑律修正案》,主要增加和加重卑幼对尊长、妻对夫杀害伤害等罪的刑罚。^[55]议决时双方的争论焦点为两个问题,即子孙对尊长能否适用正当防卫和“无夫奸”应否定罪科刑。对于前者,礼教派认为,一般人的正当防卫应当不加罪,但对于尊亲属,子孙不可有正当之防卫;对于后者,礼教派则提出,“出礼入刑,中外一理。无夫妇女犯奸,在外国礼教不以为非,故不必治罪,而在中国礼教,则为大犯不韪之事”。因此,国家法律必须规定无夫奸为有罪,以制止无夫妇女与人和奸,防止社会风气的败坏,并认为,中国妇女知识程度不足,如果法律不规范无夫奸,不但不能保全社会治安,而且也不能保全妇女的自由。经过争论并表决,前者被否决,后者则因多数赞成而被通过。

资政院闭会之后,军机大臣奕劻等会同资政院的沈家本等人将新刑律总则奏交清廷,同时,宪政编查馆将新刑律分则奏上,请求不再等待资政院第二次会议议决,先将分则颁布。宣统二年十二月(1911年),清廷下谕将新刑律总则、分则连同《暂行章程》5条全行颁布。《暂行章程》主要体现了礼教派的主张,比如,保留了一些严重犯罪仍处以斩刑(第1条),加重了对有违传统礼教的犯罪行为的处罚(第2、3条),与无夫妇女通奸构成犯罪,并要处以刑罚(第4条),对尊亲属有犯不得适用正当防卫(第5条),这些都是法理派为保证新刑律能够颁布所作的让步。但是,包含这些传统因素的《大清新刑

律》颁布之后,仍不能满足礼教派的要求。如,时任大学堂总监督的刘廷琛上奏对此加以抨击,他指出:“纲常万古不易,故因世局推移而修改法律可也,因修改法律而毁灭纲常则大不可。……臣今请定国是者,不论新律可行不可行,先论礼教可废不可废,礼教可废则新律可行,礼教不可废则新律必不可行。……是皇上无废礼教之意,该大臣(指沈家本)陷皇上以废礼教之名,……严飭该馆,凡新律草案中,此等条文概行删除净尽,不准稍有存留,悉本中国礼教民情,妥为修正,服制图尤关重要,不得率行变革”。^[56]此摺可谓“措辞严厉,颇有足动人之视听也”。^[57]

在社会变革之际,一部新的法律草案的出台往往会遇到种种阻力,遭受各种批评,这是完全可以理解的。但《大清新刑律》在其制定过程中招致那么激烈的抨击,并不得不在内容上不断妥协,这种情况不仅在当时是异常令人瞩目的,而且在其后复杂多变的中国历史上也没有再现过。这从一方面说明了清末中国保守势力的强大,另一方面也折射出《大清新刑律》触动旧律之深、移植西方刑法之广,当然也反映了这一时期移植西方刑法之不易。

正是因为《大清新刑律》引起激烈争论而迟迟不能出台,清政府才作为过渡之需,仿照日本未颁行新刑律之前先“颁行新律纲领,一洗幕府武健严酷之风,继复酌采欧制,颁行改定律例三百余条,以补纲领所未备,维持于新旧之间”,对旧律进行适当改革。其中改动最大的是1908年开始的《大清现行刑律》的编定。经过反复修改,《大清现行刑律》于1910年公布。修订法律大臣沈家本对此提出了4项原则,即总目宜删除、刑名宜厘正、新章宜节取、例文宜简易。^[58]最终颁行的《大清现行刑律》就是主要按照这些原则对《大清律例》进行修改编定而成的,但除刑名变化稍大外,其余的增删都属于局部和枝节的小修小改,其体例仍然是诸法合体的形式,从内容上看也并没有触动《大清律例》中的如维护专制皇权、维护封建等级特权、维护封建纲常礼教等根本性内容。因此正如有学者所言,它“仅删繁就简,除削除六曹旧目而外,与《大清律》根本主义无甚出入,与今之《新刑律》亦并未衔接,实不足备新旧

[54] 李贵连:《沈家本传》,第329-340页。

[55] 关于此修正案的具体内容,参见冈田朝太郎:《论大清新刑律重视礼教》(续第1期),载《法学会杂志》1912年,第3期。

[56] 《大学堂总监督刘廷琛奏新刑律不合礼教条文请严飭删尽摺》,载故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》(下册),第887-889页。

[57] [日]冈田朝太郎:《论大清新刑律重视礼教》,载《法学会杂志》第1年第1期,1912年。

[58] 《修订法律大臣沈家本等奏请编定现行刑律以立推行新律基础摺》,载故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》(下册),第852-853页。

律过渡之用”。〔59〕

四、《大清新刑律》移植西方法的历史意义

由于势力强大的礼教派的种种阻扰及法理派不得已的不断妥协，最终颁布的《大清新刑律》不仅包括总则、分则，还包括维护封建伦理纲常的《暂行章程》，从而使这部法律具有一定的封建色彩。而且，它还未未来得及明定施行日期，清政府即告垮台，因此在当时并没有得到实施。但是，从历史的角度看，它的颁行，尤其是其正文仿照近代西方刑法典的体例、移植确立的资产阶级刑法原则和制度仍具有重要的意义。

首先，从形式上看，《大清新刑律》为单一的刑法法典，这对于长期以来诸法合体、民刑不分的中国传统法律体系起着一种瓦解性的作用，这客观地促进了中国法律体系在形式上的近代化。而且，将刑法单纯地定位于刑事法律，这对刑法自身的发展和完善也大有裨益。同时，这也为其他法律制度，如民法等的独立发展奠定了基础，因为在庞杂的传统法律体系中，以刑为主的法律结构使民法等部门常被轻视甚至被忽视。而且，《大清新刑律》还主要借助日本而使我国刑法在名称和概念术语方面得以近代化，尽管这也遭到了守旧派人士的指责：“骤见之虽觉新异，细按之尚属简赅，惟语句艰涩颇多费解，未必知愚共晓。虽中律亦有非注不明者，而草案实为尤甚，此非名词稍新之足病，实文义太晦而难明也”。〔60〕

其次，从体例上看，《大清新刑律》正文分为总则和分则，总则纲领性地规定关于刑法的基本原则和制度，分则具体规定各种罪名及其应科处的刑罚，因此被学者誉为“要而不繁，简而得当，沟通中外，融贯新旧，实为当时最进步最完善之法典”。〔61〕尽管这种赞誉只是一派之言，〔62〕但《大清新刑律》主要效仿德、日两国近代刑法典而采用的这种体例，无疑使中国刑事立法结构实现了跳跃性的变革，跟上了当时世界刑事立法模式的潮流。

最后，从内容上看，《大清新刑律》基本贯彻了沈家本提出的更定刑名、

酌减死刑、死刑惟一、删除比附及惩治教育等宗旨，这些对于中国传统旧律的改革无疑是史无前例的。正是因其改革力度之大，因此招致礼教派的顽固抵制，致使草案一改再改。此外，《大清新刑律》还规定了犯罪行为的责任能力与条件、违法阻却的原因、明示犯罪构成的要素、缓刑与假释制度、提出公诉权和行刑权的时效，等等，这些都是中国传统旧律中所没有的，而是移植西方近代刑法的结果。尤其是《大清新刑律》在中国刑法史上第一次正式确立了罪刑法定主义及法不溯及既往原则，尽管可以断定，即使该刑律在当时得到实施，此原则也因受历史条件的限制而在实施过程中大打折扣，但是，这一近代刑法的标志性原则在《大清新刑律》中得到确立，本身就是具有划时代意义的举措。而其正文中包含的新派刑法理论，也是阐述该刑律在内容上的历史意义所必须提到的。

因此，无论从形式、体例，还是从具体内容，《大清新刑律》的西化和近代化都是具有重大历史意义的。况且，尽管它在清末没有得到实施，但在民国前期却一定程度地发生了实际效力。

中华民国成立初期的新旧递嬗之交，急需法律来维护社会秩序，但由于百废待兴，尚不具备很快制定刑法典的条件，于是作为补救措施，临时大总统于1912年3月公布令文，明确宣布：“现在民国法律未经议定颁布，所有从前施行之法律及新刑律，除与民国国体抵触各条，应失效力外，余均暂行援用，以资遵守”。4月3日，南京临时政府参议院接受时任司法部总长的伍廷芳的建议而作出决定，包括《大清新刑律》在内的清末起草或颁布的法律，“除与民主国体抵触之处，应行废止外，其余均准暂时适用”。〔63〕同日，经删除《大清新刑律》分则第1章侵犯皇室罪全章12条及其他涉及封建君主专制的条款、字句〔64〕和取消其原律所附的《暂行章程》5条后，分为总则、分则的《中华民国暂行新刑律》（简称“暂行新刑律”）在北京被正式公布。〔65〕并由司法部

〔63〕 谢振民编著：《中华民国立法史》（上册），中国政法大学出版社2000年版，第54-55页。

〔64〕 关于删除及修改的具体条款和字句，参见邱远猷、张希坡：《中华民国开国法制史——辛亥革命法律制度研究》，首都师范大学出版社1997年版，第637-638页。

〔65〕 理论上对于《暂行新刑律》的制定机关有一定的争论。有的认为，它是由南京临时政府制定的，参见周密：《中国刑法史》，群众出版社1985年版，第386-389页；有的认为，从《暂行新刑律》产生的全部经过看，尽管孙中山领导的南京临时政府率先提出了暂行清末法律的设想，并在立法和司法实践中进行了尝试，但把这一法律的颁行完全打上孙中山的印记是不适当的，同样，虽然这一法律正式公布于袁世凯上台以后，但它也不是袁世凯复辟旧制的产物。参见曾代伟：《〈暂行新刑律〉辨正》，载《法学研究》1987年第6期。

〔59〕 此为江庸所言，被谢振民所引用，参见谢振民编著：《中华民国立法史》（下册），中国政法大学出版社2000年版，第882页。

〔60〕 《江苏巡抚陈启泰复奏新订刑律与礼教不合之处应酌加修订摺》，载故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》（下册），第858-860页。

〔61〕 谢振民编著：《中华民国立法史》（下册），中国政法大学出版社2000年版，第887页。

〔62〕 关于《大清新刑律》所采用的体例，也曾被守旧派人士抨击为“似乎东施效颦，全非故我”。参见崔云松：《国风报》第1年第30号，1910年。

明定其施行日期,即“自应以公布之日为施行期,但全国交通未便,不得不分别办理,均应自接到或按照事例应能接到政府公报及法律原文之日施行”。〔66〕同年8月,司法部以部令方式拟定并公布施行了《暂行新刑律施行细则》。〔67〕

正是因为《大清新刑律》移植了近代资产阶级刑法典的体例和原则、内容,才可以在确立了资产阶级政权的民国初期被稍作修改后以《暂行新刑律》的形式而得到实施。〔68〕而且,由于取消了其中的《暂行章程》,因此,相对而言,《大清新刑律》所确立的资产阶级刑法原则和内容借助于《暂行新刑律》得到了更为彻底的贯彻,从而使清朝末期开始的刑法近代化继续得以推进。

民国初期,在《暂行新刑律》的实施过程中,当时的司法部还对条文作出了一些符合起草《大清新刑律》时所定宗旨的解释。比如,1912年6月,发布司法部令,明确重申“死刑惟一”的观点:“新刑律规定死刑用绞,为惟一之刑,不能易以别项执行方法,该省(广东省)既无讲习此项刑具之人,北京可雇觅前往应役”;同年8月,发布司法部令,强调秘密执行死刑的原则:“查文明各国执行死刑均不取公开主义,暂行新刑律第38条亦明定‘死刑用绞,于狱内行之’。乃近来各省呈报决犯日期,文内动有绑赴刑场等语。所谓刑场是否指狱内或狱外之刑场而言,虽不可知,恐不免有仍用旧制,于狱外决囚者。为此,通令京外各级审判厅及其他管有审判权者,一体遵照此令”。〔69〕

但是民国刑事立法实践很快也遇到了清末立法改革过程一直难以解决的敏感而棘手的问题,即如何处理西方近代刑法原则与中国传统法律的相互冲突。1912年底,已经掌握了政治大权的袁世凯发布《整饬伦常令》,提出“中华立国,以孝弟忠信礼义廉耻为人道之大经。政体虽更,民彝无改”,“惟愿全国人民,恪循礼法,共济时艰”。1914年底制定的《暂行新刑律补充条例》(共15条)就体现了这种强调传统礼教的精神。比如,该补充条例扩大了亲属相隐的范围(第2条),扩大了和奸罪的范围,对和奸良家无夫妇女作了处罚规定

(第6条),尊亲属伤害卑幼者按其情节得免除刑罚(第8条),父母惩戒其子,可请求法院施以6个月以下监禁处分(第11条),并增加关于“妾”的规定(第12条),等等。〔70〕这些补充规定的实施,必然冲淡《暂行新刑律》作为资产阶级刑法典的一些特征。

《暂行新刑律》虽名为“暂行”,但它既没有被袁世凯完全废除,而且还经历了动荡曲折的北洋军阀混战的整个时期,一直到1928年《中华民国刑法》实施,它才退出历史舞台。但它的体例和包含的资产阶级刑法原则和制度仍在新的刑法典中得以延续。因此,这实际上也是《大清新刑律》移植西方刑法所发生效用的延续体现。

〔66〕《(暂行)新刑律施行日期》(民国元年5月29日),载冈田朝太郎编辑:《中华民国暂行新刑律》“参考法令第一类”,1913年刊印,第84-86页。

〔67〕关于该施行细则的具体内容,参见丘汉平、盛振为、孙晓楼合编:《中国历次刑法比较》附录,东吴大学法律学院法学杂志社1935年版。

〔68〕在此还应提到的是,辛亥革命以后,浙江、湖南等省的省议会或都督府还议决通过了经对《大清新刑律》稍作修改而成的刑法,这也是《大清新刑律》在清政府被推翻之后仍产生影响的重要体现之一。参见邱远猷、张希坡:《中华民国开国法制史——辛亥革命法律制度研究》,首都师范大学出版社1997年版,第633页。

〔69〕〔日〕冈田朝太郎:《中华民国暂行新刑律》“参考法令第三类”,1913年刊印,第131、137页。

〔70〕关于《暂行新刑律补充条例》的具体条文,参见朱鸿达编辑:《暂行新刑律汇解》,浙江书局1923年版,第585-588页。

《大清违警律》移植外国法评析

在清末刑事法律改革过程中,除起草颁布了《大清新刑律》外,还颁布了其他一些单行法规,《违警律》即是其中之一。1907年,违警律草案由民政部会同修订法律馆共同制定,草案完成后,由民政部堂官会同沈家本连衔上奏。次年,经宪政编查馆核定,共10章45条的《大清违警律》得到清廷允准颁布,并“于颁定文到之日3个月,所有各直省一律施行”。^[1]其立法宗旨在于“防患于细微,导民于科禁,息祸患于未萌,期秩序之共守”。^[2]

虽然刑事法在中国古代法律中占据了重要地位,但它被包含在诸法合体的庞杂法律体系中。制定特定的法律对违反警察规则的行为专门加以规范,这在古老而悠久的中国法制史中是寻觅不到的,而“违警律”之名也闻所未闻。《大清违警律》的制定及其形式、内容基本上是西法东渐的结果。

一、各国违警律的发端及演变

所谓违警律,顾名思义,是指对违反警察规则的行为进行规范和惩处的法律。由于《大清违警律》是移植西方资产阶级法律的产物,所以让我们先简要回顾一下西方违警律的起源及演变。

在近代以前的专制社会中,自然无法律、行政规则和行政命令之区分,包括警察在内的行政官吏的意见本身就是法律,可以强迫人民遵守,限制人民的行动,甚至处罚人民的行为。法国资产阶级大革命发生以后,于1789年颁布的《人权宣言》确立了非依法律不得审问、监禁、处罚人民的原则,这既是为了反对封建司法擅断,也是为了限制行政机关的越权。为贯彻这一原则,也为了加强对违反警察规则行为的处罚,1810年《法国刑法典》规定了违警罪为

犯罪之一种,其第1条明确将罪分为违警罪、轻罪与重罪,^[3]并且专设第4编“违警及其处罚”,具体规定了各种违警罪及其应科处的刑罚。随着《法国刑法典》域外影响力的扩展,其罪的分类方法和立法体例被许多国家的刑法典所效仿,如1852年奥地利刑法典、1871年墨西哥刑法典、1871年德国刑法典、1880年日本旧刑法、1879年匈牙利刑法典、1881年荷兰刑法典、1889年意大利刑法典、1896年保加利亚刑法典及1902年挪威刑法典等。

在刑法典中既规定普通犯罪,又规定违警罪,也得到了理论上的支撑,这就是违警与犯罪性质无异说。这种理论认为,违警与犯罪只有程度上的不同,而没有性质上的差异。违警也是犯罪,只是其危害性比普通犯罪要少,其可罚性也少而已。正是因为两者性质相同,刑法典才能将违警与普通犯罪规定于一个法典之中,适用同一原则。但是,由于违警在危害性上较普通犯罪为轻,可以运用简单便捷的方法加以处理,因此,为方便起见,刑法典在规定普通犯罪之外,另列违警罪之名。

随着法学的进步,违警与犯罪性质无异说开始遭到指责。一些学者开始提出违警与犯罪性质全异说。这种学说又分为两种不同的派别:一种是主张以是否会侵害权利作为区分普通犯罪与违警的依据。按照这一观点,普通犯罪是会导致权利受侵害的行为,无权利之侵害而认为可罚者,则为违警。另一种则是主张以是否会毁损法益作为区分普通犯罪与违警的依据。根据这一学说,立法者认为有保护之价值而以法律确保之者为法益。直接毁损法益的行为即为犯罪,除此之外,仅因违反国家命令及违反应服从的义务而有毁损法益之危险的行为,即为违警。^[4]

正是基于违警与犯罪性质全异说,一些学者开始对起源于《法国刑法典》的将违警罪规定于刑法典之中的立法体例提出批评,认为这种立法体例的最主要的弊端是容易导致司法权践踏行政权。其理由是,违警行为属于行政官厅的事务,而不是司法事务,把本属行政事务的内容规定于刑法典中,致使行政权残缺不全。尽管一些国家的刑法典在规定违警罪的同时,又都把关于违警章程的制定权赋予行政官吏,但事实上司法官常置行政官吏所制定的章程于不顾,

[1] [清]沈家本:《历代刑法考》(四)“明律目笺一”,中华书局1985年版,第1824页。

[2] 李贵连:《沈家本传》,法律出版社2000年版,第283页。

[3] 1810年《法国刑法典》第1条规定:“法律以警察刑处罚之犯罪,为违警罪。法律以矫正刑处罚之犯罪,为轻罪。法律以剥夺生命、身体、自由或身份能力之刑处罚之犯罪,为重罪。”

[4] 汤化龙:《大清违警律释义》,秀光社1908年印刷,第2-4页。

而仅仅重视适用刑法,行政官吏对此却毫无办法。^[5]

把违警与犯罪全异说落实到立法实践的首先是德意志各邦国。在德意志德国统一前后,一些邦制定了单行的违警律,如1863年巴登违警律、1871年巴伐利亚违警律、1871年符腾堡违警律、1871年萨克森违警律等。后来,其他一些国家,如匈牙利、日本等,也采用了这种立法体例。

二、日本违警罪立法例的转变与《大清违警律》

1880年旧刑法是日本近代第一部西方式的刑法典,它模仿法国的模式。该法典第1条明确规定,刑法典应罚之罪分为重罪、轻罪、违警罪3种,并专编(第4编)规定了“违警罪”(第425条至第430条),具体列举了各种违警罪及其应科处的刑罚。明治维新初期的日本,法国法是其近代法律改革的主要借鉴对象,在这样的环境下,旧刑法采纳这种体例是必然的选择,况且,这一法典是由法国法律专家保阿索那特(Gustave Boissonade, 1825-1910)亲自执笔编纂的。

但是,日本旧刑法出台后因其过分的法国化(包括内容和体例)而受到了日本各界的批评。为此,1907年日本颁布了新刑法,它在体例上抛弃了法国模式,转而效仿德国,采用抽象、概括的方式列举犯罪罪名。但日本新刑法与1871年《德国刑法典》不同的是,^[6]它根本没有规定违警罪,而是将其从刑法典中剔除,另于1908年颁布了《警察犯处罚令》,对此加以规范。这实际上是采纳了违警与犯罪性质全异说、效法德国各邦立法成例的结果。

日本之所以在选择借鉴模式上发生这样的转变,一方面固然是受明治后期日本政府转而以德国法为主要效仿对象这一大环境的影响,但另一方面,也是因为日本法学界已经认识到旧刑法所采用的将违警律列于刑法典中所存在的弊端所致。这从当时在日本学界已渐有影响的牧野英一(1878-1970)的有关论述中就可以了解到。牧野英一认为,区别违警与犯罪“非根于学理适于实际也”,认为旧刑法把罪分为重罪、轻罪、违警罪,并规定对于犯重罪者适用死刑、无期或有期之徒刑、流刑等九种刑罚,对于犯轻罪者适用重禁锢及轻禁锢、罚金三种刑罚,适用违警罪之刑为拘留、科料二种等等的做法,“并无实用之利,徒多纷杂之患”。他还认为,日本新刑法采用人格主义,其结果自然

[5] 汤化龙:《大清违警律释义》,秀光社1908年印刷,第10-13页。

[6] 1871年《德国刑法典》受法国影响,也规定了违警罪,但没有专列为一编,而是在其第2编“罪及刑”的最后一章(第29章)规定了“违警罪”。

是应当扩大刑罚裁量范围,赋予裁判官以自由裁断权,如果仍采用旧制,将罪划分为重罪、轻罪及违警罪,那裁判官就难以行使其自由裁断权,这也与新刑法的立法宗旨不能相容。^[7]

《大清违警律》是在大清新刑律草案之外制定颁布的,显然采取的是单行法的形式。受清末法律改革的整体因素影响,与这一时期的其他法案,如民律草案、商律草案及刑律草案等一样,《大清违警律》所采用的这种立法体例无疑也是直接效法日本的结果。直接参与清末刑法改革的日本专家冈田朝太郎(1868-1936)也把反对列违警罪于刑法典中的观点带到了中国。他认为,在刑法典中规定重罪、轻罪、违警罪,“不惟事实上不必如此分别,且于法理不合。因重罪有时可用简便办法,轻罪亦有时手续极多。法之繁简,视犯罪关系之繁杂与否而定,不可以罪之重轻分别之,不惟诉讼法上不当如此分别,即刑法上亦不当如此分别”。他还认为,“我们心中,皆以破坏廉耻为重大之罪,如窃盗行为,不可谓非破坏廉耻之行为。我们以为重罪,而刑法上则以为轻罪。可见罪之重轻不易分别,心理与法理,每有歧误之点。采用此等分类之国,究不能说明有何种理由”。同时,他还提出,中国虽然制定违警律,但它“与刑律无关,违警虽然称为罪,与刑法之所谓罪不同。违警罪为违反行政规则,其处分拘留罚金之行政处罚则非刑律也。故违警罪不订在刑法中,于刑法之外,另成一部分”。^[8]

三、《大清违警律》在内容上对外国法的移植

《大清违警律》作为单行法形式的出台本身就是西法东渐的结果,其所包含的内容也必然会移植外国法。这主要从其规定的法定违警罪主义、违警罪的管辖权属于警察、按照罪的性质划分违警罪等方面得到体现。

(一) 法定违警罪主义

断罪之法定主义是相对于擅断主义而言的。在古代法律中,无论是中国还是外国,皆采擅断主义,审判官以其职权,凭自己之意图而断罪之有无。17、18世纪以后,受自由主义启蒙思想家理论的影响,各国一些重要的宪法性文件都包含了贯彻罪刑法定主义精神的条文。而作为近代刑法史上最有影响的1810年《法国刑法典》,则把罪刑法定主义原则规定于其第4条。随着《法国

[7] [日]牧野英一:《日本刑法通义》,陈承译译,商务印书馆1913年版,第4-5页。

[8] 熊元翰编辑:《刑法总则》,安徽法学社1911年版,第118-120页。此书是根据日本法学博士冈田朝太郎在京师法律学堂的讲课笔记加以编辑而成的。

刑法定主义也被许多国家的刑法定主义所借鉴。1871年德国刑法典第2条、1880年日本旧刑法第2条、1889年意大利刑法第1条均规定了这一原则。而1863年巴登违警律第1条第1款规定的“法律无以警察上之刑处罚之正条，无论何种之行为或不行为，不得罚之”，应是法定违警罪主义在法律条文中的最早体现。

在中国古代法律中，虽然可以见到“律无正条”不得定罪的原则，但这与近代西方刑法定主义所确立的包含反对国家滥用刑罚权精神的罪刑法定主义大异其趣。^{〔9〕}罪刑法定主义思想和学说在清末传入中国，被包括沈家本在内的清末立法改革的直接参与者所接受，并被规定于1907年完成的新刑律草案的第10条：“凡律例无正条者，不论何种行为，不得为罪。”尽管该草案因移植确立了包括罪刑法定主义原则在内的西方刑法原则和制度而遭到礼教派的强烈反对，^{〔10〕}而被多次修改，直至1911年才颁布了较原草案更具封建性和妥协性的《大清新刑律》，但由于沈家本等法理派的据理力争，草案的第10条被原封不动地保留了下来，从而成为该刑律最具亮点的内容之一。

《大清违警律》也贯彻了法定违警罪主义，具体体现在其第2条：“凡本律所未载者，不得比附援引”。确立这一原则，既有利于保障公民自由权利的行使，也便于确定立法、司法的界限，同时又有利于维护判决的一致性。由于违警律是在全国范围内通行的法律，而巡警之事项因地而异者甚多，有全国一致之定律，亦必有因地制宜之章程。为此，《大清违警律》在其附则第2条规定：“本律所载之外，直省各督抚得因地方便宜设特别违警章程，但不得与本律相抵触。”此条规定表明，得到违警律承认的仅限于各地督抚所制定的违警章程，而不包括其他机关制定的违警章程。理论上认为，法律既然明确了律禁比附的原则，则比附援引督抚章程也自然属被禁止之列。

由于新刑律直至1911年才被颁布，而颁布之后还来不及实施清政府就告垮台，因此就新刑律而言，罪刑法定主义仅仅是纸上的一个条文而已。而违警律虽然起草于新刑律草案之后，但却颁布于新刑律之前，并于1908年颁布后不久即在全国实施。因此，从这个意义上说，清末传入中国的罪刑法定主义最

早借助于违警律而得以发挥效力的，尽管由于当时各种因素的限制，法定违警罪主义在防止警察擅断及滥用权力方面的实际效用让人不容乐观。

（二）违警罪的管辖权属于警察

《大清违警律》制定之时，关于违警罪的审判管辖，各国基本分为两种：一是属于普通法院管辖，另一是属于警察官署管辖。

当时的公法学者一般主张，科处刑罚权只属于独立的法院。他们认为，不管是违反法律，还是违反命令，也不管是违反普通刑法，还是违反特别刑法，都只能由代表国家统治权的法院才能进行审判，并宣告判决。法国实施的就是由法院管辖违警罪的制度。但违警罪由普通法院管辖也存在一定的弊端：一是由普通法院按照审理普通罪犯的程序来审理违警罪，则会延搁案件的审理；二是普通法院事务冗繁，加上违警行为接连不断，如果把管辖众多违警行为的权力交由审理能力有限的法院行使，普通法院在实际上也难以招架。

正是因为这些原因，一些国家转而开始在法律中承认由警察官署行使违警罪的管辖权。比如，1877年德国《法院组织法》第13条规定：“普通法院，审判民事、刑事案件，但其事件属于行政官厅，或行政法院之权限及依德国法律设置之特别法院，又因许可而设置之者，均不在此限”。这一规定表明，属于行政官厅之权限者，不由普通法院审判。根据同年的德国《刑事诉讼法》，违警罪不另设裁判官，而是把在一定范围内的关于违警事件的即决权赋予警察，其第453条至第456条就是关于警察处理违警事件权限的具体规定。该法施行法第6条更是明确规定，警察在其权限范围之内对于违警罪刑罚处分之宣告，不必遵照刑事诉讼法之成规。

关于违警罪的管辖，日本原来采取的也是法国模式。与旧刑法同时公布的日本《治罪法》规定，专设违警罪裁判所，管辖违警事件。1890年《裁判所构成法》则废止违警罪裁判所，改由区法院管辖违警事件。同年颁布的《刑事诉讼法》的有关规定又发生了变化，该法第49条规定，违警罪可以不进行正式审判，由地方警察官吏即决。这较似德国所实施的制度。此后，由于学者对旧刑法将违警罪列于其中的体例的非难不断，致使1907年新刑法将违警罪从刑法定主义中剔除，从此违警处罚专属于行政处分，名正言顺由警察官署管辖。

而在颁布单行违警律的德国各邦及其他国家，也将违警罪从一般刑法中脱离出来，于是由警察管辖违警罪也便成为必然之事。因此，作为单行法的《大清违警律》也效仿规定了由警察官署行使管辖违警罪的权力，其第4条第1款规定：“未满16岁者犯本律所列事项时，由巡警官署申饬之，且告其父兄或抚

〔9〕 音正权：《罪刑法定主义及其在近代中国的演进》，载韩延龙主编：《法律史论集》第3卷，法律出版社2001年版，第432页。

〔10〕 关于礼教派对新刑律草案的抨击，参见李贵连著：《沈家本传》，法律出版社2000年版，第304-328页。

养人”；第11条第1款规定：“犯本律所列事项者，于未发觉以前自首于巡警官署或被害人时，得酌量减轻一、二等或申饬代之”；第16条第1款规定：“凡现犯本律所列事项者，巡警人员虽不待拘票得径行拘致”。用立法的方式将违警罪的管辖权赋予警察，有利于运用简单便捷的方法处理违警行为，其目的是谋求实际运用的便利。

（三）按照罪的性质划分违警罪

在《大清违警律》制定之时，规定有违警罪（包括在刑法典中规定违警罪和颁布单行违警律）的国家，关于违警罪大致有两种划分依据：一是按照刑罚的轻重划分违警罪，另一是按照罪的性质划分违警罪。

按照刑罚的轻重划分违警罪始于1810年《法国刑法典》。该法典以违警罪列于第4编，按刑罚轻重划分违警罪，除应科以1日以上5日以下拘留之刑外，违警罪还分为3种，即应科1法郎以上5法郎以下之罚金者、应科6法郎以上10法郎以下之罚金者、应科11法郎以上15法郎以下之罚金者，并以此分别罗列违警罪。^{〔11〕}这种分类方法被德国、日本等国效仿。1871年《德国刑法典》第2编“罪及刑”的“违警罪”章，将违警罪按刑罚轻重分为6种。^{〔12〕}1880年日本旧刑法“违警罪”编将违警罪按刑罚轻重分为5种。^{〔13〕}1908年日本的《警察犯处罚令》仍延续旧刑法关于违警罪的划分方法，按刑罚轻重将违警罪分为3种，即应处30日以下之拘留者、应处30日以下之拘留或20元以下之科料者、应处20元以下之科料者。采取这种划分方法的还有1871年墨西哥刑法典等。^{〔14〕}

而按照罪的性质划分违警罪的有1852年奥地利刑法典、1879年匈牙利违

警律、1881年荷兰刑法典、1889年意大利刑法典、1896年保加利亚刑法典、1902年挪威刑法典等。《大清违警律》也依据性质划分违警罪，各种违警罪规定于该法律的第2章至第9章，1章为1种违警罪，共8种。为便于了解起见，列表如下：^{〔15〕}

法典名称	违警罪种类
1852年奥地利刑法典	<ol style="list-style-type: none"> 1. 对于公共安宁秩序之轻罪及违警罪 2. 对于公务所之违警罪 3. 对于公务之违警罪 4. 对于人命安全之轻罪及违警罪 5. 对于健康之轻罪及违警罪 6. 其余加害于身体之安全或与身体以危险之违警罪 7. 对于财产安全之轻罪及违警罪 8. 对于名誉安全之轻罪及违警罪 9. 对于公共风纪之轻罪及违警罪
1879年匈牙利违警律	<ol style="list-style-type: none"> 1. 对于国家之违警罪 2. 对于公务所及公安之违警罪 3. 对于宗教及其信仰之违警罪 4. 对于货币及有价证券之违警罪 5. 对于家族上身份之违警罪 6. 对于静稳之违警罪 7. 对于秩序及风纪之违警罪 8. 关于赌博之违警罪 9. 对于公共健康及人身之安全之违警罪 10. 对于财产之违警罪
1881年荷兰刑法典	<ol style="list-style-type: none"> 1. 关于人身及财产之公安之违警罪 2. 关于公共秩序之违警罪 3. 关于公力之违警罪 4. 关于身份证书之违警罪 5. 关于人命救助之违警罪 6. 关于风俗之违警罪 7. 关于田野警察之违警罪 8. 公务员所犯之违警罪 9. 关于航行之违警罪

〔11〕 关于1810年法国刑法典的具体条文，参见《法国六法》，商务印书馆1913年版。

〔12〕 即应科15马克以下之罚金者（刑法典第365条）；应科150马克以下之罚金者（刑法典第364条）；应科60马克以下之罚金或14日以下之拘留者（刑法典第366条、368条）；应科150马克以下之罚金或4星期以下之拘留者（刑法典第369条）；应科150马克以下之罚金或拘留者（刑法典第363条、第366条之一及第370条）；应科拘留者（刑法典第361条但书）。关于《德国刑法典》的具体条文，参见《德国六法》，商务印书馆1913年版。

〔13〕 即应科3日以上10日以下之拘留或1元以上1元95钱以下之科料者（刑法典第425条）；应科2日以上5日以下之拘留或50钱以上1元50钱以下之科料者（刑法典第426条）；应科1日以上3日以下之拘留或20钱以上1元25钱以下之科料者（刑法典第427条）；应科1日之拘留或10钱以上1元以下之科料者（刑法典第428条）；应科5钱以上50钱以下之科料者（刑法典第429条）。关于日本旧刑法的具体条文，参见《新译日本法规大全》“第14册刑法”，商务印书馆1907年版。

〔14〕 汪有龄：《大清违警律论》，德兴堂印字局1909年刊印，第16-18页。

〔15〕 本表的制作，主要依据汪有龄：《大清违警律论》，德兴堂印字局1909年刊印，第18-24页。

法典名称	违警罪种类
1889年意大利刑法典	<ol style="list-style-type: none"> 1. 关于公共秩序之违警罪 2. 关于公共安宁之违警罪 3. 关于公德之违警罪 4. 关于所有权普通保护之违警罪
1896年保加利亚刑法典	<ol style="list-style-type: none"> 1. 关于兵役义务之违警罪 2. 关于国家安全公共秩序及安宁之违警罪 3. 关于公务所及行政规则之违警罪 4. 关于宗教之违警罪 5. 关于风纪之违警罪 6. 关于人身及健康之违警罪 7. 关于亲族权之违警罪 8. 关于他人财产之违警罪 9. 关于公共危险之违警罪 10. 关于公务及律师职务之违警罪
1902年挪威刑法典	<ol style="list-style-type: none"> 1. 对于国权之违警罪 2. 对于公共秩序安宁之违警罪 3. 对于公共健康之违警罪 4. 关于公共信义之违警罪 5. 对于风纪之违警罪 6. 对于身体之违警罪 7. 对于财产权之违警罪 8. 关于雇佣之违警罪 9. 关于航海之违警罪 10. 据印刷物所犯之违警罪
1908年大清违警律	<ol style="list-style-type: none"> 1. 关于政务之违警罪 2. 关于公众危害之违警罪 3. 关于交通之违警罪 4. 关于通信之违警罪 5. 关于秩序之违警罪 6. 关于风俗之违警罪 7. 关于身体及卫生之违警罪 8. 关于财产之违警罪

上述两种划分违警罪的方法,实际上各有优缺点。前一种划分,“易记刑之轻重,而不能知其罪之性质”,后一种划分,则“易知罪之性质,而不能记其刑之轻重”。因按照刑罚的轻重划分违警罪,“则用法者欲知某种之犯,适用某种之罚,每遇一犯,必通览罚则全部,不能依各犯之种类而求之。人之脑

筋,因同性质而求其类,则记忆甚易,异性质之事项,扯杂汇附,则记忆甚难。”当时各国采用后一种划分方法的为多,其主要原因在于,违警罪的预防、搜查及逮捕,均由警察实施,警察之法学知识未能完备,为使他们易于记忆,按性质划分违警罪更妥。因此,《大清违警律》“关于某种之违警罚则,各依所犯之性质,为分类之标准,此最合于法理,适于实际”。^[16]由于《大清违警律》效法采用按性质划分违警罪,并分章加以规定,因此被称赞为“体例完密,可冀推行无阻。其间范围广狭,实兼采东西制度,增警吏之权限,即所以保阊阖之安定。况刑律虽经告成,颁布尚须时日,而违警律简单易行,于时势亦甚切合”。^[17]

除上述方面以外,《大清违警律》所规定的如责任年龄(第4条)、未遂者不论(第6条)、假释制度(第13条)、诉讼时效制度(第15条)等,都是在广泛参考各国立法的基础上加以规定的。

四、《大清违警律》移植外国法的意义

在清末为了“模范列强”而进行的法律改革中,《大清违警律》由于其条文简单,涉及面窄,从其制定到颁布,都较少受到关注。至于其实施之后的实际效用究竟如何,也很难找得到相关的佐证以作一定的阐述。但也正是由于其不引人瞩目,因此可以在不到1年时间内顺利完成起草、颁布和实施的整个过程,而且从形式到内容,从主要原则到具体规定,都体现了对外国立法成例的移植,这在立法环境极其复杂、守旧势力异常强大的清末是出乎一般常规的。

《大清违警律》的出台,带来了全新的一种法制观念,那就是要使“行政者有所依据,奉法者有所遵循,杜奸宄祸乱之萌,防水火疾役之渐,纳之轨物,进于良善”,^[18]虽然当时的立法者也许更多地是站在为了控制民众、便于警察行政的实施的角度来理解这一立法宗旨,但客观上其所包含的依法行政、以法治理的理念也是不可否认的。同时,《大清违警律》包含了当时各国立法潮流的新原则和新制度,尤其是它所确定的法定违警罪主义,使近代罪刑法定主义原则得到了体现,并随着该法律的实施,而使这一原则在中国法律史上第一次具有了实践意义。这些都是《大清违警律》移植外国法的历史意义所在。

此外,民国初期因急需法律但又没有条件及时加以制定,因此曾发布咨

[16] 汤化龙:《大清违警律释义》,秀光社1908年印刷,第121页。

[17] 汪有龄:《大清违警律论》,德兴堂印字局1909年刊印,第24-25页。

[18] 转引自李贵连:《沈家本传》,法律出版社2000年版,第283页。

文,包括《违警律》在内的清末时期制定的一些法律被批准“暂时适用”。^[19]而且,民国初期所设立的内务部警务学校的章程还明确规定,违警律为学生的学习科目。^[20]这样,《大清违警律》移植外国法的影响延续到了民国初期的警察行政实务和警察教育。

因此,在总结、回顾 20 世纪中国移植外国法的历史时,《大清违警律》不应该被遗漏。

法的移植与民国时期中国刑法的变迁

中华民国成立初期,尽管意识到制定法典的必要性,但由于条件欠缺,包括刑法典在内的重要法典都不可能及时出台。于是,南京临时政府作出决定,暂时适用清末起草或颁布的部分法律法规。^[1]1912年,经对《大清新刑律》(1911年)稍作删改而成的《中华民国暂行新刑律》(以下简称“暂行新刑律”)得到实施。因此,从清末到民国,尽管经历了从封建专制到资产阶级政权的重大历史变革,但从清末开始的以移植外国刑法为主要手段的中国刑法近代化的道路却没有发生大的动荡而奇特地延续了下来。在其后近 40 年的曲折的民国历史中,刑法自然也难保一成不变。除不同时期颁布大量的单行刑事法规外,还先后起草了两个刑法修正案和颁布实施了两个刑法典。从修正案到刑法典,促使这种变迁的自然有内外社会政治经济各方面的原因,但不断趋附刑法潮流也是其中的重要因素,移植外国立法例是其重要的立法手段。

本专题试以两个修正案和两部刑法典的具体规定为切入点,对民国时期趋附世界刑法潮流、移植外国刑法制度作些具体的分析。

一、刑法修正案

1912年开始实施的《暂行新刑律》虽名为“暂行”,但它一直到 1928 年《中华民国刑法》实施才失去效力。其间,中国经历了袁世凯统治和北洋军阀混战,刑法的两个修正案就诞生于此特殊时期。

1914年,法律编查馆成立后,认为刑法的完善最关紧要,故首先提议对它进行修订。为此,还特地聘请曾“帮同考订”《大清新刑律》的日本专家冈田朝太郎参与了此项工作。次年,《刑法第一次修正案》起草完成。该草案分为总则、分则两编,共 55 章,432 条。其结构、章目与前述《暂行新刑律》相比,变化并不大,但在具体内容上还是作了一定的修改。其修正要旨有三方面,即立法自必依乎礼俗、立法自必依乎政体、立法必视乎吏民之程度。

[19] 《新法律未颁行前暂适用旧有法律案》,参见邱远猷、张希坡:《中华民国开国法制史——辛亥革命法律制度研究》,首都师范大学出版社 1997 年版,第 635 页。

[20] 《内务部警务学校章程》,参见邱远猷、张希坡:《中华民国开国法制史——辛亥革命法律制度研究》,首都师范大学出版社 1997 年版,第 459 页。

[1] 谢振民编著:《中华民国立法史》(上册),中国政法大学出版社 2000 年版,第 55 页。

据此,修正案新增改下列内容:在总则中增加亲族加重一章,规定对于直系尊亲属犯罪者,加重本刑二等,对于旁系尊亲属犯罪者,加重本刑一等,并规定因犯这些罪而加重处罚的,最重可加至死刑;将外祖父母列入直系尊亲属范围内;采择《补充条例》,^[2]纂入其中的限制正当防卫及无夫奸两项内容;规定除死罪或兼及无期徒刑以外,其余的一概改适用一种刑,以使司法者有所遵循,犯法者不至枉法;在分则首增侵犯大总统罪一章,并增加私盐罪一章;在尊长对于卑幼奸非一章中,增加强制卖奸之条,在略诱章中规定强卖和卖之罪。^[3]

这些内容的引入,实际上是袁世凯渐有帝制自为之心,思以礼教号召天下、重典胁服人心的体现。因此就这一修正案而言,与同时期颁布的刑事特别法^[4]一样,更多的是当时中国社会政治现实的写照,谈不上对外国刑法潮流的趋附,在内容的进步性方面较《暂行新刑律》只有倒退。但值得庆幸的是,该修正案并未被公布。

1918年,改设修订法律馆,董康、王宠惠任总裁。修订法律馆成立后,鉴于国家社会形势发生了变化,而当时实施的《暂行新刑律》的内容日显陈腐不堪,不同时期颁布的特别法众多,导致法令体系繁杂,且《刑法第一次修正案》又是袁世凯专制统治时代的产物,本身存在相当的欠缺,因此于次年编成了新的刑法修正案,即《刑法第二次修正案》。它是修订法律馆参考各邦立法、斟酌本国情势的结果。该修正案仍分为总则、分则两编,共49章,393条,虽然名为“修正”,总体框架也没有发生大的改变,但它在内部体例和具体内容上并未因袭《暂行新刑律》,与《刑法第一次修正案》也有很大区别,更多地参酌了各国立法,移植了近代西方国家的刑法制度。

总则的编制稍有变化。如关于刑律中用语的意义及定其范围之限制的“文

例”章,《暂行新刑律》列于总则的最后一章(第17章)。制律时之所以如此安排,是有一定考虑的:“盖比较各国刑法,有定明期限计算法及制限公务员名称之范围等例,皆不过散见于一二条文,并不多备。然为便于实施起见,特专设为此种条文者,亦非未见,如挪威及荷兰刑法是。本案亦即仿此。文例之位置,挪威刑法,为总则中之凡例,荷兰刑法,则居总则之后,独立为一章,各有得失。按文例之规定,不仅关于刑律总则之用语,其关于分则之用语为多,故本案仿荷兰刑法,列于总则之后,另成一章”。^[5]《刑法第二次修正案》对“文例”章在总则中的位置作了新的调整,“总则各章,无一不适用于分则,而文例一章之适用于总则者亦不少。故本案从多数国立法例,将文例列为第二章,而以时例次之”。^[6]

对于这种从多数立法例而作的结构上的调整,当时就有学者提出不同意见,认为“文例适用范围,分则最广。总则各章,虽亦多有与文例相关者,然既系释明文之用例,必有文而后有释明,自应以释明者列于文后”,因此主张“仍应以原案取法于荷兰者,以文例列于总则各章之后为宜”,“时例乃计算时期之方法,必有各项时期而后,可以计算。故也不应前列”。^[7]

又如,在《暂行新刑律》中,总则第5章都为“俱发罪”,但该章所规定的并非仅限于数罪俱发,而且对于数罪个别发觉的也得适用。这是仿照日本1880年旧刑法所使用的“数罪俱发”名称的结果。1907年日本新刑法改为“并合罪”,这也对《刑法第二次修正案》产生了一定的影响。但考虑到“并合罪”并非将数罪并合为一罪,其各罪仍独立存在,不过是加以并合处断而已。因此,该修正案将原来的“俱发罪”改为“并合论罪”。^[8]

分则编制上的新特点是增、删、改了一些罪。

在《暂行新刑律》的分则中,专章规定了“漏泄机务罪”(第5章),其具体规定(第133至139条)比较残酷,这在其他国家的刑法中是没有的。《刑

[2] 即1914年颁布、实施的《暂行新刑律补充条例》,它全面贯彻了袁世凯提出的“以礼教号召天下,重典胁服人心”的原则。该条例共有15条,主要包括两个方面:第一,加重对“内乱罪”、“外患罪”等重大犯罪的处罚;加强对伦常、礼教秩序的维护,进一步明确尊长卑幼亲疏男女的等级身份,如将尊亲属划入适用正当防卫范围之外,扩大和奸罪范围,对和奸良家无夫妇女作了处罚规定等。参见朱勇主编:《中国法制通史》(第九卷),法律出版社1999年版,第500页。

[3] 谢振民编著:《中华民国立法史》(下册),中国政法大学出版社2000年版,第888-891页。

[4] 这些刑事特别法有《官吏犯赃条例》(1914年)、《惩治盗匪法》(1914年)、《惩治盗匪法执行法》(1914年)、《私盐治罪法》(1914年)、《陆军刑事条例》(1915年)、《海军刑事条例》(1915年)等。

[5] 《大清刑律草案》,(清)农工商部印刷科刊印,第71-72页。

[6] 谢振民编著:《中华民国立法史》(下册),中国政法大学出版社2000年版,第894页。

[7] 吴宝楨:《对于刑法第二次修正案之意见》,载《法律评论》第14期,1923年。

[8] 参见《提交国会之刑法草案》,载《法律评论》1923年第23期。不过,也有学者提出,起草者所列的将“俱发罪”改为“并合论罪”的理由值得商榷。认为“俱发”二字,从字面上本来就可解释为俱经发觉,因此,无论数罪同时被发觉,还是分别被发觉,都可包括于“俱发”之内。况且,俱发罪不但未将数罪并合论罪,其各个罪亦未并合处断,不过将其数罪个别处断之刑,并合定其应执行之刑罚而已。因此,主张仍使用原来的“俱发罪”为宜。参见吴镇岳:《对于改定刑法第二次修正案之意见(续)》,载《法律评论》1923年第10期。

法第二次修正案)不再设专章规定此类罪,而是将其并入“外患罪”一章,并以有损害于国家之安全致败外患者为限。按其立法理由,这也是仿外国,如德国、奥地利、意大利、荷兰、挪威等国立法例的结果。

《暂行新刑律》分章规定了“放火决水及妨害水利罪”(第13章)、“危险物罪”(第14章)、“妨害交通罪”(第15章)、“妨害饮料水罪”(第24章)及“妨害卫生罪”(第25章),这基本上沿用的是《大清新刑律》从1907年日本新刑法移植而来的模式。^[9]《刑法第一次修正案》的分则也分别专章规定了这些罪。^[10]但这些所规定的都属于妨害公共安全的行为,因此《刑法第二次修正案》仿照荷兰、挪威、意大利等国刑法,及奥地利、瑞士、德国等国刑法准备草案,把这些罪归并为一章,改称为公共危险罪。^[11]

此外,《刑法第一次修正案》为了整顿盐规,以重国计,将1914年颁布的《私盐治罪法》纳入其中,在分则中增加了“私盐罪”(第20章)一章。但犯私盐者,虽然有损国家财权,对社会秩序终无大害,而且各国刑法,对于违背国家专利(盐为国家专利)的罚则,都制定特别法加以规范。基于这些考虑,《刑法第二次修正案》并没有专章规定私盐罪。

根据《刑法第二次修正案》各条的修正理由^[12]可以了解到,该修正案在内容上相对于《暂行新刑律》所作的调整,大多是效法晚近各国新立法例的结果。这些内容主要有下列方面:

1. 《暂行新刑律》规定,于新旧法律有轻重时,概从新法。本修正案则确立从新兼从轻的原则。

2. 关于亲属的范围,《暂行新刑律》以旧律服制图为依据,而本修正案则

改用西方亲等计算法。

3. 《暂行新刑律》沿用《大清新刑律》,确立了无犯意即非犯罪之原则,并规定例外者得以过失处罚。^[13]但对于故意及过失之范围,《暂行新刑律》并没有作出规定。本修正案从各国立法例,明文规定故意及过失的定义。

4. 《暂行新刑律》关于犯某罪因而发生其他结果者得加重其刑的条文颇多,本修正案依照1902年“万国刑法学会决议”及晚近立法例,规定犯人只对于其能预见之结果负责。

5. 关于责任年龄,《暂行新刑律》规定,未满12岁者之行为不为罪。但是,从刑法理论和各国立法趋势看,负刑事责任的年龄有逐渐提高的趋势,因此,本修正案改为14岁。并且同时规定,14岁以上、未满16岁者,得减轻其刑,并于感化教育之外,增加规定由监护人等缴纳保证金自行监督的内容。

6. 关于正当防卫,《暂行新刑律》规定以不正之侵害为准,本修正案则规定以不法之侵害为限;关于紧急避险,《暂行新刑律》规定凡出于不得已者皆得为之,本修正案则规定以救护自己或他人之生命、身体、自由、财产者为限。

7. 关于有期徒刑,《暂行新刑律》采等级制,以五等为标准。本修正案不再采等级制,而是于分则各条明定年月,而加减则以若干分之几为准,认为这既无定刑失当之虞,并免加减相悬之失。^[14]但也有学者认为,修正案改用分数制,虽然“其合于各国通例,便于立法上者,无庸论矣”,但其“不合之处,颇有数点”。^[15]

8. 关于易科监禁日数,《暂行新刑律》规定以3年为限,本修正案缩短为1年。

9. 《暂行新刑律》以四等有期徒刑为缓刑之范围,失之过广。本修正案把此范围改为2年以下有期徒刑。而且,《暂行新刑律》规定的缓刑期限以3年为最短期限,未免过长,本修正案缩短为2年。

10. 本修正案新增罚金也可采用缓刑的规定。

11. 多数国家的立法例规定,自由刑可与罚金并科。《暂行新刑律》虽引

[9] 1911年《大清新刑律》第2编“分则”专章规定了“关于放火决水及水利罪”(第13章)、“关于危险物罪”(第14章)、“关于往来通信罪”(第15章)、“关于饮料水之罪”(第24章)及“关于卫生之罪”(第25章),1907年日本新刑法第2编“罪”则专章规定了“放火及失火之罪”(第9章)、“关于溢水及水利之罪”(第10章)、“妨害往来之罪”(第11章)、“关于饮料水之罪”(第15章)。其中,1907年日本刑法典的章名录自《新译日本法规大全》(第六类刑法)(商务印书馆1910年版)。

[10] 《刑法第一次修正案》分则专章规定了“放火罪”(第13章)、“决水罪”(第14章)、“危险物罪”(第15章)、“妨害交通罪”(第16章)、“妨害饮料水罪”(第26章)、“妨害卫生罪”(第27章)。

[11] 谢振民编著:《中华民国立法史》(下册),中国政法大学出版社2000年版,第898页。

[12] 关于《刑法第二次修正案》的修正理由,可以参见郑爱淑编辑、朱鸿达和邵祖敏增订的《最新增订刑法集解》(世界书局1931年版)一书各条所附的“修正理由”。此外,董康的《刑法比较学》(上海法学编译社1932年版)也可供参考,该书就是以《刑法第二次修正案》为基点,进行纵向和横向的立法比较,在阐述中也罗列了该修正案的修正理由。

[13] 《暂行新刑律》规定:“非故意之行为不为罪,但应论以过失者不在此限。不知法令不得谓非故意,但因其情节得减一等或三等。”(第13条第1、2款)

[14] 参见《刑法草案与暂行新刑律之异同》,载《法学季刊》第2卷第2期,1925年。

[15] 吴宝楨:《对于刑法第二次修正案之意见》,载《法律评论》第14期,1923年。

人此制，但范围过狭，故本修正案将此适用范围扩大，规定其他与贪欲观念有关之罪也采用这一制度。

12. 本修正案规定内乱罪只以着手实行即为成立。这是因为本罪的目的是在根本上推翻国家，若内乱既遂，内乱者即成为新国家的统治者，司法权也归其手，已无法对其进行惩罚。因此，各国立法对于本罪，大多规定一经着手实行便成立内乱罪，至于其目的有没有达到则在所不计。

13. 各国刑法关于伪造文书罪大致分为两派：一派为德国采用的，以证明权利义务之文书为限；另一派为法国所采用的，以足以发生损害于公众或他人之文书为限。《暂行新刑律》采用的是德国模式，但是在实践中，不容易确定证明权利义务之标准，德国在实施这一制度中也遇到困难，因而招致学者们的非议。因此，本修正案改采法国模式。

14. 《海牙禁止鸦片公约》于禁止鸦片外，也禁止吗啡、高根、海洛因及其化合物料等。故本修正案在鸦片罪一章内，于《暂行新刑律》所规定鸦片之外，增加禁止吗啡等字样。

但是，《刑法第二次修正案》也同样规定了一些逆世界刑法潮流的内容。

比如，在《暂行新刑律》中，并没有规定侵犯大总统罪一章，而且在共和国家，如美国、法国等国的刑法中，也都没有对侵犯大总统罪作出专门规定的立法例，若有侵犯大总统的，则与侵犯普通人同罪。《刑法第一次修正案》由于制定于袁世凯主政时期，因此在分则首增侵犯大总统罪一章，具体规定了对加危害或将加危害大总统者、过失致大总统发生危害者及对大总统有不敬之行为者的刑罚，较诸欧洲各国侵犯君主罪，其规定的刑罚更严更重。《刑法第二次修正案》仍沿袭在分则第1章规定“侵犯大总统罪”，虽然规定对大总统予以特别保护者，仅限于生命、身体、自由及名誉，但这显然仍是逆潮流的措施，难免遭到学者的批评：“在共和国的法律之下，人人平等，大总统既与国民有同等遵守国法之义务，则国民对于大总统，自无特别的负刑法上罪责之理由，……若于人人平等之刑法中，开宗明义，即首为侵犯大总统罪一章，几与专制政体下之侵犯皇室罪相同”。^[16]

又如，《暂行新刑律》颁布时，删除了原《大清新刑律》所附的“暂行章程”，因此也就废止了其中的无夫奸规定。但本修正案与《刑法第一次修正案》一样，于妨害风化罪章内，增入无夫奸罪，只是作了一定的限制。其第244条

规定：“和奸未满20岁良家无夫妇女者，处6个月以下有期徒刑，拘役，或300元以下罚金，其相奸者亦同”。

尽管有这些逆潮流的内容，但瑕不掩瑜，《刑法第二次修正案》因广范围地参酌晚近立法例，移植了大量较符合潮流的制度和内容，因此，被认为“实较前有显著之进步，为民国以来最完备之刑法法典”。^[17]“其修正内容，对于学说，法例，既概取其新，而习惯民情，则兼仍其旧，准酌至善，采择极精，诚为一代法典之大观也。”^[18]因此，该修正案的完成，标志着民国前期在刑事立法方面达到了一个新的水平。

《刑法第二次修正案》编成后于1922年秋稍作了修改，并于次年5月由当时的北京政府咨交国会会议决，但没有得到颁行。同时，司法部以新刑律既系暂行，且本体又支离破碎为由，拟请政府作为条例早日颁行此修正案，但这也并没有得以实现。

二、1928年中华民国刑法

1927年，国民政府定都南京后，制定刑法典的工作又一次被提到议事日程。经对前述《刑法第二次修正案》详加研究，并略予增损后，编成《刑法草案》，经对该草案进行一定的讨论、审议，于1928年3月公布，同年9月开始施行。这就是1928年《中华民国刑法》（以下简称“二八年刑法”）。它分为2编，共48章、387条，其编次、章次、章名与《刑法第二次修正案》无大的差异，只是删除了分则第1章“侵犯大总统罪”，其后各章依次递改。此外，原第18章“妨害宗教罪”，改为第17章“亵渎祀典及侵害坟墓尸体罪”，原第19章“妨害商务罪”，改为第18章“妨害农工商罪”。在内容上，二八年刑法也基本保留了《刑法第二次修正案》的大部分规定，其中，后者参酌各国新法例所确立的主要原则和制度也大多成为了正式刑法条款。

1. 确立了从新兼从轻的原则。二八年刑法第2条规定：“犯罪时之法律与裁判时之法律遇有变更者，依裁判时之法律处断。但犯罪时法律之刑较轻者，适用较轻之刑”。这与《暂行新刑律》的概从新律原则不同，完全是移植不同立法模式的结果。

[16] 聂重义：《对于刑法第二次修正案之意见（续）》，载《法律评论》第17期，1923年。

[17] 谢振民编著：《中华民国立法史》（下册），中国政法大学出版社2000年版，第903页。

[18] 吴镇岳：《对于改定刑法第二次修正案之意见》，载《法律评论》第8期，1923年。

《暂行新刑律》的概从新法原则，体现在照搬《大清新刑律》第1条^[19]而规定的“其（本律）颁布以前未经确定审判者亦同（即适用本律）”（第1条第2款）中。关于行为时和行为后的法律都以为罪但所处刑罚却有轻重差异情况下的法律适用问题，制定《大清新刑律》时就对当时各国立法例作了比较，归纳出4种原则：第一，无论新旧法的轻重，概从旧法；第二，从旧法但新法较轻者从轻；第三，从新法但旧法较轻者从轻；第四，不论新旧法的轻重概从新法。尽管起草者已经注意到各国采取第二、第三两种原则的居多，但最后仍选择了第四种原则。这是因为：一方面，中国旧律，如《大明律》和《大清律》等，采用的都是概从新律的原则；另一方面，这也得到了理论上的一定的支撑，具体地说：旧律之适当者，本存入新律，其不入新律而经削除者，正因视为不适当之故，即不复得引用；若必比较从轻，则新旧互用，时期之效力全不明划；刑罚世轻世重，要在禁暴止奸，并非专取轻刑，藉以示惠；即有新律较重，亦因维持现势，不得不然，故概从新律较之新旧从轻处断，为能收整齐划一之效。^[20]

起草《刑法第二次修正案》时，在比较各国关于这一问题所确立的不同原则的同时，对《暂行新刑律》采用的概从新律原则提出了批评。认为适用概从新法原则时，如果新旧法轻重相等或是新法轻于旧法，那概从新法在结果上与前述第二、第三种原则无异。但若新法重于旧法，概从新法时就容易发生弊害。因为近代刑法的基本原则之一是罪刑法定主义，其重要的派生原则即是法不溯及既往。如果允许刑罚溯及既往，民众的生命安全常被立法者所操纵，而且，当政者可以凭借从新主义将政敌深深陷入罪网，为了对付犯人而科以事后的重刑，这不是公平之道。因此，各国刑法逐渐多采用从轻原则。但从轻原则又有上述第二种与第三种的区别，采取第二种原则的，新法原则上不溯及既往，但新法轻时即以从轻为例外，采取这一原则的国家较多。^[21]采取第三种原则的，新法原则上溯及既往行为，但旧法轻时即以从轻为例外，奥地利及瑞士一些州的刑法采取的即是这种原则。起草《刑法第二次修正案》时出于“盖新法既颁，自应收新法之利，但旧法较轻者，从轻，以符合公平之说，才有所

折中”的考虑而选择了第三种原则。这在二八年刑法中得到了正式的确立。^[22]

2. 界定故意、过失的定义。其第26条：“犯人对于构成犯罪之事实，明知并有意使其发生者为故意。犯人对于构成犯罪之事实，预见其发生而其发生并不违背犯人本意者，以故意论”。第27条规定：“犯人虽非故意，但按其情节，应注意并能注意而不注意者，为过失犯。犯人对于构成犯罪之事实，虽预见其发生而确信其不发生者，以过失论”。

如前所述，《暂行新刑律》将犯罪分为故意犯罪与过失犯罪，这是刑事立法上的一大进步，但它没有规定何为故意与过失，这既是立法上的缺陷，同时也导致刑事司法实践中法律适用的混乱。《刑法第二次修正案》作了很大的改进，明确界定了故意与过失的定义，其理由为“原案于故意及过失之范围，未尝确定，解释上一伸一缩，即易出入人罪，其关系非浅。且故意与过失，法家学说各有不同，若不确定其范围，匪独律文之解释不能划一，而犯人之处罚尤患失平。近年立法例，如意大利、俄国、暹罗（即泰国）等国刑法典及瑞士前后各草案、德国刑法准备案与委员会刑法草案，皆于条文规定故意及过失之定义，故本案拟从之。”

关于故意的含义，学者意见不一，^[23]学说上大别为意欲主义和认知主义：意欲主义以意思自体为故意之内容，有直接故意与间接故意之分，此两者的不同在于，直接故意是明知并且使得犯罪的结果发生。认知主义则以为要有认识，如果犯罪构成实施已为犯罪人所认识就是故意，各国立法以及学者多主张采用意欲主义，即使在认识主义的发源国——德国，其刑法修正案也采用意欲主义。^[24]因此《刑法第二次修正案》“以意欲主义为最多数学者所主张及外国立法例所采用，故本案从之”，采用了意欲主义。^[25]二八年刑法也正式加以规定，分故意直接故意与间接故意，其第26条第1款规定的为直接故意，第2款即为间接故意。

3. 明文限制了正当防卫与紧急避险的范围。正当防卫源于自力救济，往昔国家权力未发达时，如遇外来侵害，人类本于求生自卫之本能，得对于侵害行为加以反击，乃属于当然之理，此为自然法的观念。因此正当防卫自古被认

[19] 《大清新刑律》第1条规定：“本律于犯罪在颁行以后者，适用之。其颁行以前未经确定审判者亦同；但颁行以前之法律不为罪者，不在此限”。

[20] 秦瑞玠编：《新刑律释义》，商务印书馆1912年版，第3页。

[21] 如法国、德国、比利时、丹麦、荷兰、挪威、瑞典、西班牙、匈牙利、葡萄牙、瑞士一些州、保加利亚、日本、泰国、埃及、美国一些州、智利、阿根廷、墨西哥等国都采取这一原则。

[22] 朱采真编辑：《中华民国刑法释义》，大东书局1930年版，第3-6页。

[23] 王觀：《中华刑法论》总则中卷，朝阳学院1933年版，第250-254页。

[24] 《暂行新刑律》由于没有确定故意之范围，任由学者解释，但在司法实践中，当时的大理院采用的是认知主义。参见王觀：《中华刑法论》总则中卷，朝阳学院1933年版，第258页。

[25] 郑爱璋编辑、朱鸿达和邵祖敏增订：《（最新增订）刑法集解》，世界书局1931年版，第57页。

为是一种正当行为。只是最初之正当防卫概念，与复仇观念混同，被害者对于侵害者之反击得尽力行使，并无任何限制。至13世纪，在德国的一些城市法规及法律著作中，出现认定某种程度之正当防卫的概念。降至中世纪后期，1532年德国的《加洛林纳法典》明确了正当防卫概念，但仅承认对于侵害身体生命之情形可以行使正当防卫。1810年法国刑法典第328条、1880年日本旧刑法第314条都有相似的规定。从18世纪末19世纪初开始，因受个人主义思想盛行的影响，行使正当防卫的范围逐渐扩张。1810年费尔巴哈所著的《刑法论》，将正当防卫由刑法各论改置于刑法总论中，使之成为一般阻却违法事由。这影响到1871年德国刑法典，该法典也将正当防卫规定于总则中，并广泛承认对于一般权利均得行使防卫权，1907年日本新刑法也仿效作了规定。^[26]

民国初期实施的《暂行新刑律》规定了正当防卫与紧急避险制度。关于正当防卫，体现在其第15条中：“对现在不正之侵害而出于防卫自己或他人权利之行为不为罪，但逾防卫行为过当者，得减本刑一等至三等”，从中可以看出，正当防卫的适用范围还是非常广的。二八年刑法则吸收《刑法第二次修正案》对正当防卫的适用作了一定的限制，其第36条规定：“对于现在不法之侵害，而出于防卫自己或他人权利之行为，不罚，但防卫行为过当者，得减轻或免除本刑”。对比上述两个条文，把“不正之侵害”改为“不法之侵害”，虽然仅是用语之异，但有较大区别。因为，不法固可谓为不正，而不正则非尽不法，此实际上带有若干礼治之思想。对此，晚近各国立法例多规定正当防卫限于针对不法之侵害才能进行，并且只要是对于不法的侵害，便可以行使防卫权，却不问是否为不得已情形。《暂行新刑律》虽规定不法侵害为构成正当防卫的要件之一，但也没有规定必须在不得已情况才能进行，不过在实践中对此的解释往往总不免含有不得已的意义。^[27]至于二八年刑法，也没有规定不得已为正当防卫的必要条件。

与正当防卫相比，紧急避险的观念和立法的出现相对较晚。1810年法国刑法典也仅在其第64条规定心理强制之场合成立紧急避难。其后一些国家的

刑法也相继规定紧急避险制度。1871年德国刑法典第54条规定，唯对于自己或亲属之身体或生命，不能以他方法排除现在之危险时，为紧急状态。1907年日本新刑法第37条则规定，对于自己或他人之生命、身体、自由、财产为避免现在之危难出于不得已之行为者，自其行为所生之害限于不超过其所欲避害之程度时，不罚。^[28]民国初期的《暂行新刑律》第16条第1款规定：“避不能抗拒之危难强制而出于不得已之行为不为罪，但加过当之损害者得减本刑一等至三等”，由此可看出，其适用范围也比较广。《刑法第二次草案》则对紧急避险作了一定的限制，二八年刑法也加以采纳，于第37条第1款规定：“因救护自己或他人生命身体自由财产之紧急危难，而出于不得已之行为，不罚。但救护行为过当者，得减轻或免除本刑”。

此外，罪刑法定主义作为近代刑法的一项重要原则在二八年刑法中继续得到了确立：“行为时之法律无明文科以刑罚者，其行为不为罪”（第1条），这一表述较《暂行新刑律》的“法律无正条者，不问何种行为不为罪”（第10条）更明确和通俗，其中的“行为时”一语尤其能够显示出刑法不追溯既往的意思。这也是二八年刑法较过去的刑律更具进步性的体现。

不过，二八年刑法同样没能脱俗，陈腐的条款也不少。

如其第256条规定：“有夫之妇与人通奸者，处2年以下有期徒刑；其相奸者，亦同”。条文中的有夫之妇专指有夫之妇女而言，凡有夫之妇与人通奸，法律就处以一定的刑罚，而对于有妇之夫与人通奸的行为就没有明文的处罚规定。因此这一条文在当时就遭到了学者的抨击，认为它不符合男女平等原则，建议应将其中的“有夫之妇”改为“有配偶者”。^[29]

又如，关于杀人罪，二八年刑法仍分别规定一般杀人罪与杀害尊亲属罪。关于一般杀人罪，“处死刑、无期徒刑或10年以上有期徒刑”（第282条），而“杀直系尊亲属者，处死刑。杀旁系尊亲属者，处死刑或无期徒刑”（第283条）。显然，后者的法定刑罚较为严厉。这是封建家长制观念在刑法中的体现。

再如，关于亲属之范围，我国旧律以服制图为根据，这是因为我国历来以礼教立国，刑和礼本有密切关系，所以刑罚的轻重都依照服制的远近为转移。如前所述，《暂行新刑律》也是依据服制图确定亲属范围的，至《刑法第二次

[26] 杨建华：《刑法总则之比较与检讨》，三民书局1982年版，第168-169页。

[27] 比如，1913年大理院“上字67号”判例指出：正当防卫按照刑律第15条规定，以现在不正之侵害为条件，“现在”二字含有紧急之意，被害者虽有持蛮举动，非紧要之时，乃遽行殴毙，实不能认为正当防卫。参见朱鸿达编辑：《暂行新刑律汇解》，浙江书局1923年版，第48页。

[28] 林天予：《论刑法上之紧急避难行为》，载蔡墩铭主编：《刑法总则论文选辑》（上），五南图书出版公司1984年版，第398-399页。

[29] 朱采真编辑：《中华民国刑法释义》，大东书局1930年，第324页。

修正案》才改采西方亲等计算法，这也被二八年刑法所吸收。对此，当时的修正理由之一为“礼制为一国所自有，不妨从异。法律则须审取他国之良例以为衡。亲属范围，各国均用亲等计算法，即日本亦适用此法，而废弃旧有之制。故我国亦宜采用，以示择善而从之意”。

但与欧西各国及日本普遍采用罗马法计算法不同，中国采用的是寺院法计算法，其理由为“中国直系亲，由己上数至高祖，下数至元孙，均以四世为止。旁系亲则族兄弟与再从侄，亦认其在亲属范围内。若取罗马法计算法，其直系亲以一世为一等，应以四等亲为限，至旁系亲则须依八等亲为限，于理殊为不合，故不如采用寺院法计算法，直系旁系均以四等亲为限，则与旧律服制宗亲之范围适合”。^[30]由此观之，虽然废弃以服制图为依据，采用寺院法计算法，但仍没有与旧制完全脱离干系。因此，1928年刑法第11条至第16条关于亲属范围的规定，自然也不能与服制图彻底划清界限。比如，其第11条第4项列二亲等内之妻亲为亲属，这在刑法公布前后引起了广泛的关注，有学者认为，此项单列妻亲而不同时列夫亲，也有违男女平等原则。^[31]

二八年刑法虽然是南京国民政府成立不久就颁布的法典，但它实际上是此前10多年民国刑事立法实践演变过程的持续和一个阶段性产物。因此，二八年刑法对外国法律制度的移植实际上是此前刑事立法所采取的广泛参酌外国立法例的手段的必然结果。况且，它是作为这一时期“六法”之一而制定和颁布的，因此，该法典的出台客观上也体现了20年代末30年代初的民国立法对大陆法系模式的追随。

三、1935年刑法

1928年刑法实施不久，国民政府就开始了又一次刑法修订工作。究其原因，主要有下列方面：原刑法成立仓促，条文繁复，施行以后最高司法机关各地纷纷请求而作出了太多的司法解释；由于时势变化，刑事政策也随之变更，在刑法之外，不断颁布各种刑事特别法，这虽然能弥补刑法典的不足，但也造成刑事立法和司法的混乱；随着《中华民国民法》于1931年的全面实施，刑法中的一些内容更暴露出了缺点，如体现传统重男轻女的宗族亲属制与民法所规定的血亲与姻亲制存在矛盾等。

鉴于上述原因，1931年，刑法起草委员会成立，着手刑法修订工作。该委员会在向各方征求改订刑法的意见后，于1933年底完成了《刑法修正案初稿》，并刊印发送至许多机关和团体，征集对该稿的批评或意见。在收集各方意见，并经一系列讨论和审议之后，新刑法终于被立法机关通过，并于1935年元旦获得公布，同年7月1日起施行。这就是1935年《中华民国刑法》（以下简称“三五年刑法”）。

三五年刑法分为2编，共35章，357条。它相对于二八年刑法，作了一定的增、修、删。关于其修正之标准，刑法委员会有明确的表述：“年来刑事学理，阐发益精，国际刑法会议，复年年举行，因之各国刑事立法政策，自不能不受其影响。变动较大者，为由客观主义而侧重于主观主义，由报应主义而侧重于防卫社会主义。然各国社会环境不同，修改法典，自应按照实际需要，在可能范围内力求推进，绝不能好高骛远，标奇立异。现行法施行数年，既已于一般法官及民众心理之中，自不宜多事更动。故本会一方参酌最近外国立法例，如1932年之波兰刑法、1931年之日本刑法修正案、1930年之意大利刑法、1928年之西班牙刑法、1927年之德国刑法草案、1926年之苏俄刑法等，以资借镜。一方复依据考察所得，按照我国现在法官程度、监狱设备、人民教育及社会环境等实在情形，就现行法原有条文，斟酌损益，以期尽善。”^[32]从中可以看出，三五年刑法的起草者试图修订出一部既趋附当时刑法潮流、移植各国最新立法例，又立足反映当时中国国情的刑法典。

其中，趋附当时刑事立法潮流的主要体现在由客观主义转而倾向于主观人格主义，注意贯彻社会化的一般预防政策，尤其着重个别化的特别预防措施的引进。其实，这些立法精神早在《大清新刑律》、《暂行新刑律》及二八年刑法中就已经得到一定的体现，只是由于受立法潮流的更广泛、深入的影响，三五年刑法在此方面作了更多、更具体、更明确的规定。

刑法理论的重要问题之一即是关于刑法规定刑事责任应以犯罪之客观事实还是犯罪人之主观性格为标准的探讨。对此，大抵有客观主义与主观主义之分。所谓客观主义，是指犯罪人内心状况，非法律所能过问，必有外部之行为影响及于他人之利益，法律始可加以干涉。依据这一理论，刑事责任应以犯人的行为为基础，其轻重应视行为所造成的实际危害的大小而定。所谓主观主

[30] 郑爱淑编辑、朱鸿达和邵祖敏增订：《（最新增订）刑法集解》，世界书局1931年版，第30-33页。

[31] 朱采真编辑：《中华民国刑法释义》，大东书局1930年，第27-33页。

[32] 丘汉平、盛振为、孙晓楼合编：《中国历次刑法比较》，东吴大学法律学院法学杂志社1935年版，第2页。

义,是指刑事责任的基础在于犯人的主观性格,具体地说,刑罚所以加诸犯人,并非只是因为其行为已经发生实际危害,而主要是因为其性格违反生活状态,才加以制裁。因此,刑事责任以犯人主观之性格为基础,其轻重应视犯人的恶性及犯罪行为的再发性如何而定。也就是说,应视其心意可受非难之情况及社会危险性如何而定。

客观主义由于以犯人之现实行为为科刑的基础,因此又名现实主义,它经过了三个时期的变迁,即中世纪意大利学派的不法行为论的客观说、法国大革命时代主张的政策论的客观说及19世纪德国学派的纯正哲学的客观说。^[33]从近代开始,客观主义日渐衰微,其主要原因有两个方面:一是从司法实践看,各国累犯皆有增加趋势;已有的体现客观主义的刑法制度对于犯人所生的实际效果甚少;另一方面,从学理上看,龙勃罗梭(Lombroso, 1836-1909)于1876年发表的《犯罪人论》,其所主张的犯罪原因在于犯人之心理、应对于犯人的本身施以适当的处置、不能仅仅按照犯罪事实的外观而定其刑的理论,尽管不免引来各方的非难声,但还是对刑事学产生了莫大的影响,于是主观主义之说逐渐受到关注,并被刑事立法者所采纳。

贯彻主观主义的刑事政策,强调以刑罚为中心,辅之以其他一些针对特殊犯罪者的措施,要求体现刑罚个别主义,重视预防犯罪制度的建立。在主观主义理论的影响下,各国的刑事立法出现了新的动向。比如,主张撤废刑期论而采用不定期刑,这一制度于1876年首先在美国纽约州开始实施;认为刑罚应有三个方面的作用,即对于犯人之威吓作用、对于犯人之匡正作用及对于匡正不能者之隔离作用,因此应废除短期自由刑制度,因为这一制度非但全无此三者之作用,而且往往易使初犯之人感染恶习,而应以罚金、保证、谴责代替短期自由刑;主张实施缓刑,这一制度于1870年始于美国,1887年英国也模仿此制,其后,法国于1891年、德国于1895年都加以采用。

总体上看,19世纪末开始,各国刑法的修订和起草都一定程度地体现主观主义精神。在法国,1810年刑典制定之后,随形势变化,对它作了多次修改,逐渐减轻刑罚,加强对犯罪人的特殊预防。到19世纪后期至20世纪初叶,法国在惩罚制度的改革上,实证主义刑事政策已初露端倪。在德国,1882年刑法学家李斯特(Liszt, 1851-1919)就提出了倡导——教育——社会——特殊预防的目的刑思想,他倡导犯罪人的反社会性格,即通过犯罪行为表现出

来的犯罪人的社会危害性应成为刑罚的对象,最能反映他的这种观点的是其提出的著名的“应当被惩罚的,不是行为,而是行为者”的口号。^[34]这种理论一定程度被1909年德国刑法修改委员会提出的刑法修改草案所采纳。德国魏玛共和国时期提出的刑法修改草案同样也贯彻了这种理论。

在日本,虽然1907年新刑法已一定程度地贯彻了主观主义理论,如第一次确立缓刑制度,进一步完善了假释及自首、累犯等制度,但主观主义对日本刑事立法具有广范围的影响是在20世纪20年代。1922年公布、次年实施的《少年法》主要是针对少年犯的特点,采用特殊惩罚和矫正措施,以便防止少年犯罪,并且教育改造违法少年。该法规定,对不法少年,除刑罚处分外,还可以采用少年法院使用的训诫、写悔改保证书、送感化院、送医院治疗等保安处分。^[35]为配合《少年法》的实施,1922年修订了《感化法》、1923年颁布了《矫正法》。

此外,1926年日本临时法制审议会提出的“刑法修改纲领”,在共40项内容中,虽然一方面主张定罪量刑应维持日本的醇风美俗,但另一方面也包含了若干体现主观主义的原则,如规定以限制居住作为刑罚或刑罚之附带处分(第6项)、以征收惩罚赏金作为刑罚之代替或为刑罚之附带处分(第7项)、对于应处自由刑之罪依情况得处罚金和限制居住(第14项)、不定期刑之宣告(第19项)及对于厌恶劳动者、酗酒者和精神有障碍者采用保安处分(第21项),等等。^[36]

就中国而言,民国初期的《暂行新刑律》就一定程度地贯彻了主观主义,如规定“凡未满12岁人之行为,不为罪,但因其情节,得施以感化教育”(第11条)、“凡精神病人之行为,不为罪,但因其情节得施以监禁处分”(第12条第1款)等。与《暂行新刑律》相比,二八年刑法在这方面有较为完善的规定。^[37]如关于累犯,原来只加重刑一等(第19条),现规定依情形得加重本刑一倍(第66条);新增规定“心神耗弱人之行为,减轻本刑,但因其情节得

[33] 王觐:《中华刑法论》总则中卷,朝阳学院1933年版,第154页。

[34] 何勤华:《西方法学史》,中国政法大学出版社1996年版,第280页。

[35] 关于日本《少年法》的具体内容,参见[日]高柳真三:《日本法制史》(二),有斐阁1968年版,第285页。

[36] 关于1926年日本“刑法修改纲领”的具体内容,参见史尚宽:《刑法之主观主义》(下),载《时代公论》第103号,1934年。

[37] 史尚宽:《刑法之主观主义》(上),载《时代公论》第102号,1934年。

于执行完毕或免除后施以监禁处分”(第31条第2款),^[38]等等。

而三五年刑法在这方面有了更多的进步。比如,《暂行新刑律》曾规定短期自由刑易科罚金制,其第44条第1款规定:“受五等有期徒刑或拘役之宣告者,其执行若实有窒碍,得以一日折算一圆,易以罚金”。这一制度没有被二八年刑法采用,因此刑法实施之后,受短期自由刑之宣告者,不问有何窒碍,均须送监狱执行,致使各监狱轻犯人满为患。而且因偶然犯罪之人,因受短期监禁,刑罚惩处不但起不到应有的效用,反而难免沾染恶习。因此,三五年刑法恢复了易科罚金制度,并对其规定了严格的适用条件。其第41条规定:“犯最重本刑为3年以下有期徒刑以下之刑之罪,而受6个月以下有期徒刑或拘役之宣告,因身体、教育、职业或家庭之关系,执行显有困难者,得以一元以上三元以下,折算一日,易科罚金”。并且,还在第44条规定:“受拘役或罚金之宣告,而犯罪动机在公益或道义上显可宥恕者,得易以训诫”。^[39]

又如,三五年刑法关于教唆犯的规定也体现了主观主义,其第29条规定:“教唆他人之犯罪者为教唆犯。教唆犯依其所教唆之罪处罚之。被教唆人虽未至犯罪教唆犯仍以未遂犯论,但以所教唆之罪有处罚未遂犯之规定者为限”。此条规定表明,教唆犯行为与正犯行为同为独立犯罪行为,教唆犯既着手于教唆行为,即视为着手实行犯罪。这与二八年刑法规定的关于教唆犯的客观主义有所不同。^[40]

[38] 此条为吸收《刑法第二次修正案》的内容,其立法理由是,对于心神耗弱人之行为,“不能不有特别之规定,此为各国刑法家及医学家所公认者也。外国刑法典有类似之规定者,如意大利、挪威、西班牙、丹麦、瑞典、芬兰、希腊、日本等国刑法典,及瑞士、德国刑法准备草案与德国委员会刑法草案,皆有心神耗弱之条文。1905年万国刑法学会议决,亦赞成对于心神耗弱人科以较轻之刑”。参见郑爱璋编辑、朱鸿达和邵祖敏增订:《(最新增订)刑法集解》,世界书局1931年版,第64页。

[39] 此两条规定的易科罚金制与易以训诫制,被有的学者誉为“新刑事政策下之曙光”。参见胡毓寅:《论中华民国刑法修正案初稿之得失》,载《中华法学杂志》第4卷第9、10号合刊,1933年。

[40] 关于教唆犯,其学理基础也有客观主义与主观主义之分。前者谓教唆行为对于正犯仅有从属的性质,教唆行为之为罪与否,以正犯行为之为罪与否定之。有教唆行为而无正犯之实行行为,不能谓犯罪着手于实行,是则有教唆行为而未足以使被教唆者为犯罪之决意,或决意后而不着手实行时,皆不成立教唆犯,教唆未遂在法律上无罪。后者谓犯罪因教唆行为而发生,正犯与教唆犯自己实施犯罪无异,以是教唆犯实为独立犯,而且教唆者恶性甚大,从刑事政策上看,应使其负独立犯罪之责。28年刑法采取的是客观主义,规定教唆他人使之实施犯罪之行为者为教唆犯,教唆犯处以正犯之刑。参见陈文彬编著:《中国新刑法总论》,商务印书馆1936年版,第183-184页。

此外,三五年刑法将刑事责任年龄由13岁提高到14岁,将宥减年龄由16岁提高到18岁。同时,该刑法还新增了科刑时应考虑犯罪动机、犯罪手段、犯人的生活状况等因素。这些也是三五年刑法体现主观主义的重要内容。

而三五年刑法趋附主观主义立法潮流最为明显的体现,乃是在总则中专章(第12章,第86至99条)详细规定了保安处分制度,以加强对于特定犯罪和犯罪人的特别预防。

保安处分是指对于犯人所采取的于刑罚以外的制度,它是19世纪末各国刑法普遍规定的。保安处分制度是体现主观主义、侧重社会防卫的刑事政策的重要组成部分,其目的大别之有两个方面:一是以犯罪人之改善为目的,另一是以犯罪人与社会隔离为目的。最早确定保安处分作为一种刑事制裁的是1893年瑞士刑法草案。^[41]1908年瑞士刑法草案和1909年澳大利亚刑法改正草案也都采纳这一制度。

综合各国刑法典和刑法草案,关于保安处分制度的立法例有两种:一为一元论,即认为刑罚与保安处分有合一之倾向,欲以保安处分代替刑罚,甚至主张根本废除刑罚制度,如1921年意大利刑法预备草案、1926年古巴刑法草案、1926年苏俄刑法典等。另一为二元论,即承认刑罚与保安处分存有差别,一方面对刑罚制度进行改革,另一方面于刑罚之外另行制定有异于刑罚之保安处分,以使两者相依为用而维持社会秩序,此以1893年瑞士刑法草案为嚆矢,此后一些国家的立法加以效仿。

1926年于布鲁塞尔举行的国际刑法学会,宣称单刑罚不敷社会防卫之实际需要,刑法中应当也有保安处分的规定,以正犯罪者之人格,使其能重新适合社会生活。^[42]1930年第十届国际刑罚会议^[43]作出关于保安处分的决议,规定“保安处分,足以补充刑罚之不及,而保障社会之安全,对犯人能改善者改善之,否则隔绝之,使不至危害社会,司法者得按其情节选用之”,并列举

[41] 1893年瑞士刑法草案系瑞士刑法学者Stooss所拟,草案的第2章为“刑及保安处分”。关于该草案规定的保安处分的具体措施,参见翁胜环著:《世界刑法保安处分比较学》,商务印书馆1935年版,第174-178页。

[42] 翁胜环:《世界刑法保安处分比较学》,商务印书馆1935年版,第91-92页。

[43] 国际刑罚会议起源于1872年美国发起召开的万国监狱会议(Congrès Pénitentiaire International),1930年于捷克的布拉格召开的第十届会议始更名为国际刑法及监狱会议(Congrès pénal et Pénitentiaire International),简称为国际刑罚会议。此次会议对于保安处分之方法及其体系均完全确立,也可称为保安处分完成国际化的时期。中国派刘克俊出席了此次会议。参见翁胜环:《世界刑法保安处分比较学》,商务印书馆1935年版,第79-80页。

了限制自由处分、非限制自由处分、有经济性质之处分的具体措施。这一决议明确了保安处分作为补充刑罚而实施、与刑罚并存的性质，这对于其后各国刑法产生了直接的影响。1930年法国刑法草案、1930年捷克刑法草案、1931年日本刑法改正案、1930年意大利刑法及1932年波兰刑法等都采纳了这一模式。^[44]

其中，1930年意大利刑法关于保安处分的规定颇为周密，具体包括对于习惯性职业性之重罪犯，或有犯罪性癖者之保安处分；对于责任能力不完全之人之保安处分；对少年人之保安处分；对于一般犯罪者之保安处分；对于国家或社会有危险之犯人之保安处分；对酒醉者之保安处分；对外国人之保安处分；对物之保安处分。其中，对人的保安处分分为剥夺自由的保安处分与限制自由的保安处分，前者具体有送交农业惩治场及工业场、收容治疗所及监护所、收容刑事精神病院、收容刑事感化院，后者具体有自由监视、禁止居住于一个或数个县或省、禁止进入酒馆、驱逐出境等。

1931年日本刑法改正案关于保安处分分为：对于心神障碍者及哑人之保安处分；对于习惯性饮酒或麻醉剂使用者之保安处分；对于常习性懒惰或厌恶劳动者之保安处分；对于有社会危险性者之保安处分；对于财产之保安处分；对于特定人之保安处分。其中，对人所采取的保安处分也包括剥夺自由保安处分与限制自由保安处分两种，前者具体有监护处分、矫正处分、劳作处分、预防拘禁处分；后者主要为保护观察。

1927年德国刑法草案则把保安处分分为：对于幼年人犯罪之保安处分；对于游手好闲者或厌恶劳动者之保安处分；对嗜酒者之保安处分；对于犯罪无责任能力人之保安处分。其中，剥夺自由的保安处分有强制感化、收容劳工场、收容酒精中毒病院及监禁处分，限制自由为禁止出入酒店。

1932年波兰刑法则规定了对缺乏责任能力者、酗酒者、累犯职业犯习惯犯、厌恶劳动者、特定犯罪者等保安处分。其中，收容于疯人院、戒酒医院、工作所、疗养院、顾人院为剥夺自由的保安处分，对人采取的剥夺其他权利的保安处分有剥夺业务权、家族权及监护权。^[45]

20世纪30年代前后，贯彻主观主义精神将保安处分制度引入刑法之中已

成为一种立法潮流，这自然影响了三五年刑法。^[46]该刑法关于这一制度的内容比较详细，规定保安处分共有7种：感化教育、监护、禁戒、强制工作、强制治疗、保护管束、驱逐出境。

感化教育处分的适用对象为有违法犯罪行为，但因年龄未满14岁而依法不给予刑事处罚及因未满18岁而减轻处罚者。对于后者，若其宣告刑为3年以上有期徒刑的，对其感化教育处分可在刑罚执行完毕或赦免后执行；若其宣告刑为3年以下有期徒刑、拘役或罚金的，得在刑罚执行前执行感化教育处分。对于后一种情况，如果认为无执行刑罚之必要者，也得免其刑罚的执行。感化教育处分于感化教育处所执行，感化教育处分的期限为3年以下。未满14岁与未满18岁者均系少年，虽有触犯刑法之行为，但其智识尚未达到普通人的程度，因此与普通人之犯罪还是有所不同，不应置诸监狱，而应置诸感化处所，使其品性得到改善。这与1930年意大利刑法的少年收容感化院、1932年波兰刑法的少年感化教育、1922年日本少年法的少年感化的有关规定相似。

监护处分实施于心神丧失之不法行为人及因精神耗弱或哑而减轻其刑者。对于后者，得于刑之执行完毕或赦免后实行监护处分。监护处分的期限也为3年以下。此三者精神上和生理上不如普通人健全，若不施以监护，将有危害社会之虞。因此外国刑法之保安处分皆有类似的规定，虽然在形式上有收容精神病院、医院及监护所之分，但实质上并无差异。

禁戒处分适用于两类犯罪者：犯吸食鸦片或施打吗啡或使用高根、海洛因或其化合质料之罪者；因酗酒而犯罪者。对于前者的禁戒处分于执行刑罚前执行，期限为6个月以下。禁戒处分执行完毕后，若法院认为无执行原判刑罚之必要的，可免于执行原判刑罚。对于因酗酒而犯罪者，于刑罚执行完毕或赦免后执行禁戒处分，期限为3个月以下。此类犯人由于有不良嗜好，对其仅处以刑罚难以奏效，应令其进入戒毒医院或戒酒医院，戒绝不良嗜好。对此，1927年德国刑法草案、1930年意大利刑法、1931年日本刑法修正案及1932年波兰刑法也都有相似的内容。

强制工作处分的适用对象为有犯罪之习惯，或以犯罪为常业，或因游荡或懒惰成习而犯罪者。对于此类犯罪者，在其刑罚执行完毕或赦免后，将其送入劳动场所强制工作，期限为3年以下。大多数国家刑法所定之保安处分皆有此

[44] 孙德耕：《我国刑法上之保安处分制度》，载蔡墩铭主编：《刑法总则论文选辑》（下），五南图书出版公司1984年版，第1068页。

[45] 陈文彬编著：《中国新刑法总论》，商务印书馆1936年版，第339-354页。

[46] 值得一提的是，曾出席前述1930年国际刑罚会议的刘克俊，即是起草三五年刑法的刑法修正委员会的5名委员之一。

种规定。

强制治疗处分实施于犯传染花柳病、麻风病罪的罪犯，对于这些犯罪者，于原判刑罚执行之前实施强制治疗处分，期限为至治愈时为止。各国刑法之保安处分，关于此项规定尚属少见，大多定于单行行政法规中。

保护管束的适用对象包括：一为被宣告处以感化教育处分、监护处分、禁戒处分、强制工作处分者，在实施上述处分之前，可根据情形施以保护管束以代替原宣告的处分，保护管束期限为3年以下。二为受缓刑宣告及获准假释者，在其缓刑或假释期内施以保护管束。由警察官署、自治团体、慈善团体、本人之最近亲属或其他适当之人实施。本法的规定与意大利刑法之自由监视、日本刑法修正案及波兰刑法之监督处分等相似。

驱逐出境的适用对象为被判处有期徒刑以上刑罚的外国人，在原判刑罚执行完毕或被赦免后，得对其给予驱逐出境处分。对此，虽然第十次国际刑罚会议认为此种保安处分非完善之方法，有妨国际排除犯罪之合作，但意大利刑法、德国刑法草案皆规定了这一保安处分，三五年刑法也作了规定。

保安处分制度在实施过程中具有较大的灵活性，在当时的中国政治形势下，易为统治阶级用来镇压敌对分子的手段，故招来了政治上的反对声。同时，由于保安处分制度在实施中需要一定的配套措施，如对于在实施这一制度中有决定作用的法官自由裁量权的训练、实施场所的规范化管理等，这些在财政极度支绌、政局动荡的中国环境下是很难及时得以进行和改善的。因此，当时就有学者认为，三五年刑法“条文虽有最新最美之规定，而在实际上它们却亦几等于虚设。”〔47〕

然而，正是主要因为新设“保安处分”一章，刑法修正案初稿一出来，还是获得了一定的好评，认为它“能了解犯罪是一种社会上的病态，想尽方法治疗它”，它“是注重实际而非学理上之条文”，认为其中关于强制工作处分的规定“最合理化”，因为“强制工作，磨练犯人的筋骨，使生活入常规，得有一技之长，则谋生有道，也可除绝一切的邪念”。〔48〕有学者认为这是三五年刑法相对于二八年刑法的“比较有价值的改变”。〔49〕可以说，无论出于何种目的，

三五年刑法专章规定保安处分这一制度，至少从表面上反映出南京国民政府立法者曾有过紧跟这一时期世界刑事立法潮流的努力。

当然，三五年刑法并没有也不可能完全抛弃客观主义，如关于内乱罪、外患罪、公共危险罪、妨害风化罪、杀人罪、抢夺强盗罪等的规定，以及未遂犯之处罚以有特别规定者为限、从犯以正犯之实施犯罪为前提等内容，都体现了客观主义的精神。

此外，虽然三五年刑法仍然专章规定了“妨害风化罪”（分则第16章），专条规定杀害尊亲属罪（第272条）、意图陷害直系血亲尊亲属罪（第170条），以特定身份关系作为加重或减免刑罚之原因，等等，这些都体现了其不能完全与时代合拍的特征。〔50〕但较二八年刑法而言，三五年刑法在这方面还是有一定的改进，主要体现在贯彻平等原则方面有一定符合时代潮流的举措。如二八年刑法第256条仅科有夫之妇与人通奸之罪，对于有妇之夫与人通奸者则没有明文规定处罚。三五年刑法则改而规定有配偶而与人通奸者一律处罚（第239条）。虽然有学者认为，无论就现代立法趋势言，还是实际效用言，刑法中都没有必要规定这一条，因为“夫妻间之贞操，自宜保持，但此事仅宜诉诸道德情感，而法律殊难为力”。〔51〕但也有学者认为，此条规定，“当为立法上求男女之平等而设，用意至佳；惟事实上，有未尽善者。盖吾国妾制初废，已置有妾者比比皆是，民法明乎此，故于妾之地位生活及妾生子女之前途，均间接有救济之道（参见民法第1123条、第1114条、第1065条）”，而新刑法“未顾及实际，突然改革原有之条文，势必将置有妾者均绳以通奸罪”，因此提出“斯条之改易，有斟酌之必要”。〔52〕从学者对于通奸罪这一法条的不同观点可以看出，20世纪30年代的中国，也存在着刑事立法应趋附潮流还是立足本土的观念分歧和冲突。

四、结语

从《暂行新刑律》到两个刑法修正案，再至二八年刑法、三五年刑法，在短短20多年的时间里，民国时期的刑法确实走过了一条多变的道路。但从以上的分析可以了解到，在这种多变的刑事立法演变史中，除《第一次刑法修正

〔47〕梅汝璈：《对于刑法修正案初稿之意见》，载《中华法学杂志》第4卷第9、10号合刊，1933年。

〔48〕胡毓寅：《论中华民国刑法修正案初稿之得失》，载《中华法学杂志》第4卷第9、10号合刊，1933年。

〔49〕梅汝璈：《对于刑法修正案初稿之意见》，载《中华法学杂志》第4卷第9、10号合刊，1933年。

〔50〕也有学者认为，刑法中规定这些内容，是以保护民族利益为目的，均为实现民族主义的重要措施。参见翁国梁：《中国刑法总论》，正中书局1970年版，第29-30页。

〔51〕梅汝璈：《对于刑法修正案初稿之意见》，载《中华法学杂志》第4卷第9、10号合刊，1933年。

〔52〕胡毓寅：《论中华民国刑法修正案初稿之得失》，载《中华法学杂志》第4卷第9、10号合刊，1933年。

案》外，其他的基本上都贯穿着一项不变的立法措施，即移植外国立法例、力求与世界立法潮流合拍。尽管我们可以猜忌这一时期立法者采用这种立法措施的真正用意，也完全可以怀疑这种立法措施的真实效果，但无法否定的是，民国时期的刑事立法领域曾有移植外国法这一历史事实。

附：1935年《中华民国刑法》颁布之前各国主要刑法典（草案）年表〔53〕

颁布(起草)时间(年)	法典(草案)名称
1810	法国刑法典
1834	希腊刑法典
1852	奥地利刑法典
1858	土耳其刑法典
1863	秘鲁刑法典
1865	瑞典刑法典
1866	丹麦刑法典
1867	比利时刑法典
1871	德国刑法典
1871	墨西哥刑法典
1871	西班牙刑法典
1874	罗马尼亚刑法典
1875	智利刑法典
1875	摩洛哥刑法典
1879	卢森堡刑法典
1880	哥斯达黎加刑法典
1880	洪都拉斯刑法典
1880	匈牙利刑法典

颁布(起草)时间(年)	法典(草案)名称
1880	英国刑事条例纂集
1880	日本刑法典
1883	埃及混合裁判所刑法
1884	葡萄牙刑法典
1884	墨西哥补充条例
1884	菲律宾刑法典
1884	圣多明各刑法典
1886	葡萄牙补充条例
1886	荷兰刑法典
1887	阿根廷刑法典
1888	刚果刑法典
1889	危地马拉刑法典
1890	塞尔维亚刑法典
1890	意大利刑法典
1890	波斯尼亚刑法典
1890	哥伦比亚刑法典
1891	澳大利亚刑法典
1893	瑞士刑法草案
1894	芬兰刑法典
1896	巴西刑法典
1902	挪威刑法典
1903	瑞士刑法草案
1904	埃及本族刑法典
1906	阿根廷刑法草案
1907	阿根廷刑法草案
1907	日本刑法典

〔53〕 本表的制作，主要参考了陈文彬编著的《中国新刑法总论》，商务印书馆1936年版，第36-40页。

颁布(起草)时间(年)	法典(草案)名称
1908	暹罗刑法典
1908	瑞士刑法草案
1909	美国修正联邦刑事法规的法律
1909	纽约刑法典
1909	澳大利亚刑法改正草案
1910	塞尔维亚刑法草案
1912	澳大利亚政府刑法草案
1921	捷克刑法草案
1926	苏俄刑法典
1927	德国刑法草案
1927	奥地利刑法草案
1928	西班牙刑法典
1930	意大利刑法典
1930	法国刑法草案
1930	捷克刑法草案
1931	日本刑法改正案
1932	波兰刑法典

50-60年代中国刑事立法移植苏联模式考

一、引言

与其他法律领域一样,新中国的刑法也是在彻底否定旧法统,抛弃民国时期形成的大陆法系刑法模式,转而接受苏联的刑法理论,学习苏联刑事立法经验的基础上开始起步的。

新中国成立不久,1949年12月至1950年11月,中央政法干部学校顾问、苏联法学家苏达里可夫和贝可宁,应邀为中央政法系统各部门的干部开设了共15讲的系列讲座——《苏维埃国家和法律的基础》。其中第9讲即为“苏维埃刑法”。^{〔1〕}在此讲座中,苏联专家具体介绍了刑法的阶级本质、苏维埃刑事立法概况、犯罪的概念及刑罚的概念和目的等基本问题,并阐述了苏维埃社会主义刑法在这些基本问题上与资产阶级刑法的本质差异。

同时,从1950年开始,苏联开始向中国人民大学及其他部分政法院校派遣法律专家,担任包括刑法在内的各法律主干课程的授课教师。这自然对新中国的刑法教学产生影响,当时一些政法院系所开设的刑法课程主要就是系统地讲授苏联刑法。此外,中国也向苏联派遣法学留学生,赴苏联的莫斯科大学及列宁格勒大学等学习包括刑法在内的苏联法律。如北京大学的甘雨沛、中国政法大学的曹子丹、中国社会科学院法学所的曾庆敏,就是当时赴苏学习刑法的留学生。

这种主动的“请进来”、“送出去”的措施的实施,表明了新中国积极学习苏联刑法的姿态和愿望。

50年代初期,苏联的刑事法规也被不断翻译为中文。其中,最系统的是1953年由中央人民政府法制委员会编印的《刑法资料汇编》的第1辑和第2辑。此两辑汇编都是苏联的刑事立法资料,前者包括《苏俄刑法指导原则》(1919年)、《苏俄刑法典》(1922年)、《苏联及各加盟共和国刑事立法基本原

〔1〕关于此讲座的具体内容,参见《中央政法公报》第14期,1950年7月31日。

则》(1924年)、《苏俄刑法典》(1926年)及《苏联刑法典总则(草案)》(1950年)。后者包括苏联及苏俄刑事单行法令130余个,具体分为关于修改苏联及各盟员共和国刑事立法基本原则的法令、关于适用刑罚方法的法令、关于适用假释的法令、关于废止适用最高刑罚方法(死刑)的法令等21个部分。此两辑资料汇编几乎网罗了50年代以前苏联各个时期的所有刑事法典和法规、法令。虽然同时翻译汇编了各人民民主国家以及主要资本主义国家的刑法典,但苏联的刑事法规是最多、最全的。

除积极翻译苏联刑法典、相关刑事立法资料外,50年代还翻译出版了大量的苏联刑法著作。其中,大东书局于1950年出版的《苏联刑法总论》(上、下册)^[2]及法律出版社于1955年、1956年分别出版的《苏维埃刑法总则》、《苏维埃刑法分则》^[3]因由权威机关编著,且内容详尽和系统,因而不仅在苏联本国具有较高的权威性,而且翻译成中文出版后在中国也有很大的影响。

此外,1956年创刊的《政法译丛》是当时专门刊载外国法论文的较有影响的杂志,发表在该杂志上的大多是苏联法的译文或者是与苏联法有关的文章。其中,苏联学者撰写的刑法方面的文章就有《共同犯罪学说的几个问题》、《关于预防犯罪的问题》、《苏维埃刑法中的缓刑》、《苏维埃刑事立法编纂的基本问题》等。

通过翻译苏联刑法法条及有关的刑法论著,使苏联的刑法系统地展现在中国的理论界面前,这直接影响了当时中国法学界关于刑法学观念和理论的形成。具体体现在,中国学者所撰写的刑法论文从内容上基本可以分为两类:一部分文章是对国民党刑法及其他资产阶级刑法的内容和实质进行揭露和批判,另一部分则是颂扬以苏联刑法为代表的社会主义刑法内容和刑法理论。而从1956年-1957年新学年开始,由于形势的变化,包括中国人民大学在内的我国当时主要的培养法学人才的学校,对刑法课程加以改革,开始全面讲授中国

[2] 该书分为上、下两册,由苏联司法部全苏法学研究所主编,经苏联高等教育部特准法学研究所与大学法学院采作教本,译者影仲文。它为50年代初期我国翻译出版的“苏联法学丛书”(共13种)的一种。

[3] 《苏维埃刑法总则》由苏联司法部全苏法律科学研究所集体编著,契希克瓦节任主编,由中央人民政府法制委员会编译室和中国人民大学刑法教研室翻译。《苏维埃刑法分则》由苏联司法部全苏法律科学研究所编著,中国人民大学刑法教研室翻译。

刑法,因而相继编写了中国刑法教材。^[4]在编写这些教材的过程中,虽然力求结合中国的实际情况,但学习苏联的经验仍是重要的指导思想。从总体看,这个时期的刑法教科书还明显地留有模仿苏联刑法教科书的痕迹,无论在体系上还是内容上都是这样。^[5]

比如,前述东北人民大学的《中华人民共和国刑法》在每一章后面都列举了参考资料,虽然这些参考资料中不乏当时我国国家领导人的重要讲话和指示、已经颁布的刑事条例和法规,但所列的苏联刑法论著也不少。其中有些章节所列举的参考资料全部都是苏联刑法论著。其中“第三章犯罪构成”共列举了4种主要参考书,^[6]它们是:古梁斯基的《苏维埃刑法理论中关于犯罪构成学说的几个问题》;沙哈洛夫的《关于犯罪构成的概念问题》;毕昂特科夫斯基的《社会主义法制的巩固与犯罪构成学说的基本问题》;特拉依宁的《论苏维埃刑法中作为刑事责任基础的犯罪构成的问题》。

深受苏联模式影响的刑法教科书,为培养50年代我国刑法学人才作出了巨大贡献,而且它们还为1977年以后我国刑法学理论的复苏和发展奠定了基础。

当然,苏联刑法对新中国的影响不只是体现在理论上,其实还表现在刑事立法上。

新中国建立之初,便致力于社会主义刑法的创制。除颁布实施单行刑事法规外,也开始了刑法的起草准备工作。1950年7月,中央人民政府法制委员会主持拟定了《中华人民共和国刑法大纲草案》。1954年9月,又拟定了《中华人民共和国刑法指导原则草案(初稿)》。后因国家政治形势等因素,刑法典的起草工作历经曲折,至1957年6月底,写出了22稿。到1963年10月,虽拟定出当时较为成熟的刑法草案第33稿,但最终未能通过和实施。^[7]其后,这一工作因形势变化再一次长时期处于停顿状态,直至1979年才重新开始启

[4] 比如,1957年出版或编印的刑法教材就有:中央政法干部学校刑法教研室编著的《中华人民共和国刑法总则讲义》(法律出版社出版),中国人民大学法律系刑法教研室编印的《中华人民共和国刑法总则讲义(初稿)》(上、下册),西南政法学院刑法教研室编印的《中华人民共和国刑法总则讲义(初稿)》,东北人民大学法律系刑法教研室编印的《中华人民共和国刑法》等。

[5] 高铭暄主编:《新中国刑法科学简史》,中国人民公安大学出版社1993年版,第21页。

[6] 参见该书第44页。

[7] 关于50、60年代中国起草刑法典的历程,参见高铭暄著:《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》,法律出版社1981年版,第2-3页。

动。

50年代起草刑法草案,虽然其最根本的是以我国的实际情况为出发点,但同时也吸取了中国历史上和国际上在刑事立法方面对人民有益的经验,特别是苏联和各人民民主国家在这方面的先进经验。^[8]在起草刑法草案过程中,不仅曾邀请过苏联专家协助这一工作,^[9]而且还曾有人主张,既然我们的刑法是社会主义类型,因之就应当和苏联的刑法一样,采取苏联刑法的所有原则,采取苏联刑法的体系,甚至连名称也应该叫“刑法典”,而不应该叫“刑法”。^[10]

在十月革命前,俄国的法律更多的是具有大陆法系的传统和特征。从刑法领域看,也不例外。如1903年的俄国刑法典,不仅在体例上与近代大陆刑法典一样,也分为总则与分则,而且它还模仿1810年法国刑法典,将全部罪行分为重罪、普通罪与轻罪三种。^[11]

但是,十月革命之后,虽然编纂刑法典的传统仍然保留,但建立在马列主义理论基础之上的刑法学得到建立,特别是列宁与斯大林创造的关于社会主义国家与法律的学说,包含着苏维埃刑法理论的基本立场,主要揭示了阶级斗争与犯罪之间的联系,确定在社会主义国家为同犯罪斗争而必须实施制裁方法,指出社会主义建设不同阶段阶级斗争与犯罪形式的变化,阐述关于社会主义国家及其职能发展阶段的学说,揭示了资本主义国家的包围与人民意识中的资本主义残余乃是苏联犯罪发生的基本因素。^[12]

这些不仅是苏维埃刑法理论的基础,而且也成为十月革命后苏联进行刑事

立法的基础。建立在这些理论上相继制成的1919年《苏俄刑法指导原则》、1922年《苏俄刑法典》、1924年《苏联及各盟员共和国刑事立法基本原则》(下简称为“1924年苏联刑法基本原则”)、1926年《苏俄刑法典》、1939年《苏联刑法典总则(草案)》,以及各个时期颁布的单项刑事法规,都确立了一些有别于传统大陆刑法典的原则和内容。这些具有社会主义刑法特色的制度一定程度地被新中国刑事立法实践所移植。

下面,我们将主要以我国50-60年代完成的若干刑法草案为基点,对中国移植苏联刑法具体制度作些回顾和探究。

二、强调刑法的阶级性,明确规定刑法任务、犯罪概念及刑罚目的

承认刑法和犯罪的阶级本质,是苏联刑法理论与资产阶级刑法理论的最显著的区别。

这在苏联有关法的理论和苏联刑法的论文、教科书和一些专著中都进行过探讨。这种理论被贯彻到刑事立法中,就是必须明确规定刑法任务、犯罪概念和刑罚目的。

(一) 关于刑法任务

按照苏联刑法理论,刑法的主旨是与犯罪作斗争,其实现的方法是使用刑罚。刑法并不是永久存在的现象,犯罪与刑罚是社会发展到某种阶段才发生的。刑法伴随着国家的产生而出现,其自身的任务就是保护国家组织,排除一切触犯统治阶级利益与其所创造之社会秩序的犯罪行为。据此,明确刑法任务就非常重要和必要。苏联各个时期的主要刑事法规都在显要的条文中规定了刑法的任务。这在法国、德国等资产阶级刑法典中是没有的。

1919年《苏俄刑法指导原则》第2条规定:刑法是以法律规范和其他法律措置为其内容,用来保护该阶级社会的社会关系制度,以镇压方法(刑罚)来制止违法行为(犯罪)。其第3条规定:苏维埃刑法所具有的任务,是以镇压方法来保护符合于劳动群众利益的社会关系制度,而这种劳动群众就是在由资本主义过渡到共产主义的无产阶级专政时期所组成的统治阶级。

1922年《苏俄刑法典》也有这方面的内容:苏俄刑法典的任务,是在法律上保卫劳动者国家,防止各种犯罪行为及社会危险分子,并对于危害革命法律秩序之人适用刑罚或其他社会保卫方法,以实现此种保卫(第5条)。

[8] 参见全国人大常委会法律室:《关于〈中华人民共和国刑法草案(初稿)〉草拟经过和若干问题的说明》,载高铭喧、赵秉志编:《新中国刑法立法文献资料总览》(下),中国人民公安大学出版社1998年版,第1940页。

[9] 全国人大常委会曾于1954年底聘请苏联专家叶夫根尼耶夫,专门协助起草刑法草案。参见全国政法院校刑法教学座谈会秘书组:《有关草拟〈中华人民共和国刑法草案(初稿)〉的若干问题——李琪同志在刑法教学座谈会上的报告(节录)》,载高铭喧、赵秉志编:《新中国刑法立法文献资料总览》(下),中国人民公安大学出版社1998年版,第1943页。

[10] 参见全国政法院校刑法教学座谈会秘书组:《有关草拟〈中华人民共和国刑法草案(初稿)〉的若干问题——李琪同志在刑法教学座谈会上的报告(节录)》,载高铭喧、赵秉志编:《新中国刑法立法文献资料总览》(下),中国人民公安大学出版社1998年版,第1943页。

[11] [苏]苏联司法部全苏法学研究所主编:《苏联刑法总论》上册,彭仲文译,大东书局1950年版,第102页。

[12] [苏]苏联司法部全苏法学研究所主编:《苏联刑法总论》上册,彭仲文译,大东书局1950年版,第240页。

其后苏联的重要刑事法规也都明确了刑法的目的和任务,^[13]只是其具体规定并不相同罢了。这是因为,苏维埃刑法的任务是以国家的任务为转移的,刑法必须配合国家在各个时期的中心工作。

在刑法典中明确规定保卫国家和防止、惩罚犯罪行为的刑法任务,也是受苏联革命影响而建立起人民民主政权的国家所颁布的一些刑法典的一项相似的内容。如1942年蒙古刑法典、1950年捷克刑法典、1950年匈牙利刑法典总则都在第1条对此作了规定。^[14]

这种立法模式也同样影响到新中国。1950年刑法大纲草案第1条规定:中华人民共和国刑事立法的目的为保卫人民民主主义的国家,人民的人身和其他权利及人民民主主义的法律秩序,防止犯罪的侵害,对于实际侵害之人适用本大纲所规定的刑罚或其他处分。这一时期其他的刑法草案也大多规定有这方面的内容。如1957年刑法草案第21次稿和第22次稿、1962年刑法草案第27次稿、1963年第30次稿及第33次稿的总则编的第1章都为“刑法的任务和适用范围”。当然,由于这些草案先后不断被修改,且此时中国正处于政治形势不断变化的时期,因此这些草案关于刑法任务的具体规定并不相同,而是随国家斗争任务的变化而变化。

在新中国的刑法草案中明确规定刑法任务,这与当时理论上接受苏联观点认为刑法具有鲜明的阶级性是分不开的。作为我国第一本公开出版的新中国自己的刑法讲义,《中华人民共和国刑法总则讲义》(法律出版社1957年版)在阐明刑法的性质、任务等基本问题的第一部分“导言”中,第一讲即是“刑法的阶级性”,第二讲为“中华人民共和国刑法的概念和任务”。该书明确提出,

[13] 1924年苏联刑法基本原则的首句就是“苏联及加盟共和国刑事立法的任务,是依司法来保卫劳动人民的国家而防止破坏劳动人民政权,或违反其所确立的法律秩序的社会危险行为”。1926年苏俄刑法典第1条规定:苏俄刑事立法的任务,是保卫工农社会主义国家,及其国内所建立的法律秩序,而防止社会危险行为(犯罪),对于实施此行为者,适用本法所规定的社会保卫方法。1950年苏联刑法典总则(草案)第1条规定:苏联刑事立法所负有的任务为保卫工农的社会主义国家,公民的人身和权利及社会主义法律秩序以防止犯罪的侵害,而对于实施犯罪侵害之人适用本法典所定的刑罚。

[14] 蒙古刑法典规定,蒙古人民共和国刑事立法之任务是,保卫共和国劳动者的人民革命政权、国内所建立的法律秩序、蒙古人民的自由与独立、国家财产、公共财产及个人财产并维护公民的人身权及财产权、防止危害社会行为。捷克刑法典规定,刑事法律保护人民民主共和国、社会主义的建设、劳动人民利益及个人,并教育其遵守社会主义共同生活规则。匈牙利刑法典总则规定,刑事法律的任务为保卫国家和公民以防止社会危险行为。

刑法是保护一定统治阶级利益的工具,是统治阶级进行阶级斗争的武器,属于社会主义类型刑法的我国刑法是巩固人民民主专政,保护人民民主权利和保障我国胜利地建成社会主义社会的有力工具。并具体阐述了我国的刑法任务及其与剥削阶级国家刑法的本质上的差异。在阐述我国的刑法任务时,也提到了我国刑法是人民民主专政的有力工具。但即便如此,也有学者批评该讲义“对无产阶级专政工具这一点,却没有集中地、明确地加以阐述”。^[15]可见,这一时期理论上强调刑法的阶级性的程度之甚。

(二) 关于犯罪概念

苏联学者认为,关于犯罪的本质问题,是刑法学上最重要的问题之一,资产阶级理论家们总是细心地把犯罪的阶级本质掩盖起来,总把犯罪看作是与社会的阶级构成无关的现象,把犯罪描绘为一种侵害整个社会利益的行为,而不认为它是仅仅侵犯统治阶级利益的行为。故资产阶级刑法理论不能阐述产生犯罪的真正原因,未能揭露犯罪的阶级实质,绝大多数学者在著作中阐述犯罪定义时,反复强调的是“法律无明文规定不为罪”的原则。同样,资产阶级刑事立法也不能给犯罪下一个正确的定义。^[16]

因此,有的资产阶级刑法典虽有关于犯罪概念的条文,但都只是犯罪的形式定义,把犯罪看成是实施时即为法律所禁止、并应受惩罚的行为。^[17]如1810年法国刑法典和1871年德国刑法典分别在法典的第1条,将犯罪分为违警罪、轻罪和重罪。1937年瑞士刑法典则在其第1条规定,犯罪为应受刑罚制裁之确实被禁止之行为。苏联学者认为,资产阶级刑法典不明确规定犯罪的实质定义,掩盖了资产阶级刑法关于犯罪概念的阶级内容,隐瞒了资产阶级刑法的严重的反人民的性质。^[18]

苏维埃刑事立法则与剥削阶级刑法不同,它能明确规定犯罪的实质概念。这一概念初次体现在1919年《苏俄刑法指导原则》中,即犯罪是“危害某项社会关系制度的作为或不作为”。1922年《苏俄刑法典》第6条则完整地规

[15] 范明:《对“中华人民共和国刑法总则讲义”的几点意见》,载《政法研究》1958年第4期。

[16] 参见《“苏维埃国家和法律的基础”讲座——“第九讲苏维埃刑法”》,载《中央政法公报》第14期,1950年7月31日。

[17] [苏]皮昂特科夫斯基等:《苏联刑法科学史》,曹子丹等译,法律出版社1984年版,第19-20页。

[18] [苏]契布克瓦节主编:《苏维埃刑法总则》,中央人民政府法制委员会编译室、中国人民大学刑法教研室译,法律出版社1955年版,第196页。

定：凡威胁苏维埃制度基础及工农政权于迈向共产主义制度过渡时期内所建立的法律秩序的一切社会危险的作为或不作为，均认为犯罪行为。此条规定表明了犯罪的最重要特征之一，即作为或不作为的社会危险性。该刑法典的起草者曾明确指出，这一犯罪概念是整部法典的指导概念，它“揭示了苏维埃刑法——新的最高类型的国家、社会主义国家的刑法的阶级内容”。苏联学者也认为，“这个概念揭示出，苏维埃刑法和任何一个剥削者国家的刑法有原则上的阶级对立性”。^[19] 其后的苏联刑法虽然不断发生变化，但从阶级本质上对犯罪概念作出明确的规定却一直延续下来。^[20] 所有这些刑事法令都强调指出，对苏维埃制度、对工农政权和劳动人民的国家建立的法律秩序有危害的行为是犯罪。

受苏俄刑法典明确规定犯罪概念的影响，一些建立人民民主政权的国家所制定的刑法典也从实质上规定了犯罪概念。如1942年蒙古刑法典第6条规定：凡意图反对革命制度或破坏人民革命政权所建立的法律秩序之一切危害社会的作为或不作为，均认为犯罪。1950年匈牙利刑法典总则第1条规定，凡一切作为或不作为使匈牙利人民共和国的国家的、社会的、或经济的法律秩序，以及公民的人身或权利遭受威胁，或使其受有损害者，皆为社会危险行为。并规定，凡依法处罚之社会危险行为皆认为犯罪。

明确规定犯罪的实质概念也同样影响了中国的刑事立法。

早在解放战争时期，华北人民政府公布的《华北人民政府通报重大案件量刑标准》（1949年）就初次规定了犯罪定义：“凡危害新民主主义国家及由国家所制定的法律秩序，或危害个人权益致对社会有严重影响者，即为犯罪”。这个定义，按其政治的、阶级的内容，规定了何种行为在人民民主政权中被认为是犯罪，直接指出犯罪最本质的特征之一的行为社会危害性——对人民民主

[19] [苏] 契希克瓦节主编：《苏维埃刑法总则》，中央人民政府法制委员会编译室、中国人民大学刑法教研室译，法律出版社1955年版，第188页。

[20] 1924年《苏联刑法基本原则》虽无关于犯罪概念的专门条款，但其导言首句即规定，苏联刑事立法的任务“是依司法来保卫劳动人民的国家而防止破坏劳动人民政权，或违反其所确立的法律秩序的社会危险行为”。1926年《苏俄刑法典》第6条规定：凡意图反对苏维埃制度，或破坏工农政权在向共产主义制度过渡时期所建立的法律秩序之一切作为或不作为，均认为社会危险行为。1950年《苏联刑法典总则（草案）》第9条规定：凡侵害工农的社会主义国家，公民的人身和权利或违反社会主义的法律秩序，应受法律惩罚之社会危险的作为或不作为均认为犯罪。本文提及的苏联刑事法规的具体条款，均引自中央人民政府法制委员会于1953年所编印的《刑法资料汇编》第1辑和第2辑，此两辑为苏联刑事立法资料的汇编。

国家和社会有危险的行为。^[21]

新中国刑法草案也大多规定了犯罪的实质定义。

1950年《刑法大纲草案》第7条第1款规定：凡反对人民政权及其所建立的人民民主主义的法律秩序的一切危害社会行为，均为犯罪。

1954年《刑法指导原则草案（初稿）》第1条第1款规定：一切背叛祖国、危害人民民主制度、侵犯公民的人身和权利、破坏过渡时期的法律秩序，对于社会有危险性的在法律上应当受到刑事惩罚的行为（包括作为和不作为），都认为是犯罪。

1956年刑法草案第13次稿的第8条第1款规定：一切危害人民民主制度，破坏法律秩序，对于社会有危害性的，依照法律应当受刑罚处罚的行为（包括作为和不作为），都是犯罪。

1956年刑法草案第22次稿的第9条规定：一切危害工人阶级领导的人民民主专政制度、破坏社会秩序、对于社会有危害的、依照法律应当受刑罚处罚的行为，都是犯罪；但是情节显著轻微危害不大的，不以犯罪论处。

1962年刑法草案第27稿的第9条规定：一切危害工人阶级领导的、工农联盟为基础的人民民主专政制度、破坏社会主义革命和社会主义建设、破坏社会秩序、侵犯公共财产、侵犯公民的人身和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪；但是情节轻微危害不大的，不以犯罪论处。

1963年刑法草案第33次稿的第10条规定：一切危害工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政制度、破坏社会主义革命和社会主义建设、破坏社会秩序、侵犯国家所有的和集体所有的公共财产、侵犯公民所有的合法财产、侵犯公民的人身和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪；但是情节轻微危害不大的，不以犯罪论处。^[22]

尽管以上草案关于犯罪概念的规定并不完全相同，从一个侧面反映了这一时期政治形势的不同特点，但犯罪的阶级实质都得到了表述。

新中国的刑法理论也同样接受了犯罪具有阶级性的观点，认为犯罪的产

[21] 杨琪：《试论新民主主义阶段人民刑法的发展（续上期）》，载《法学》1957年第4期。

[22] 关于本文所引用的五六十年代所起草的刑法草案的条款，均引自高铭喧、赵秉志编：《新中国刑法立法文献资料总览》（上），中国人民公安大学出版社1998年版，第136-364页。

生,其根本原因在于生产资料私人占有制的存在。^[23]学者们都普遍从实质上对犯罪下定义。有的认为,犯罪是指一切危害我国人民民主制度、破坏社会秩序、对于社会有危害性的、依法当受到刑法处罚的行为。^[24]有的认为,犯罪是破坏人民民主制度,破坏法律秩序,有罪过的、违法的并依法应受刑事惩罚的行为。^[25]有的认为,一切危害工人阶级领导的人民民主专政制度、破坏社会秩序、对于社会有危害的、依照法律应当受到刑罚处罚的行为,都是犯罪。^[26]虽然这些关于犯罪定义的表达不尽相同,但都认为,行为的社会危害性在犯罪概念中占据重要地位。

50年代中期围绕犯罪概念引起的争论之一,即是社会危害性在犯罪概念中的意义。对此,有两派不同的观点:一派认为,社会危害性是犯罪的本质特征,它是犯罪行为所特有的,只有犯罪才具有危害性,行为的社会危害性的有无是从性质上区分犯罪与其他违法行为的标志;^[27]另一派则认为,社会危害性不仅是犯罪行为的基本特征,也是其他违法行为的重要特征和实际内容,它们之间只是社会危害性程度不同而已,主张区分犯罪行为与其他违法行为,不应该从社会危害性的有无出发,而应该从社会危害性的程度出发。^[28]这两派的争论实际上都受到了苏联学者对此问题不同观点的影响,^[29]而且双方都对《苏俄刑法典》第6条规定的犯罪定义的理解作为立论的依据,因此有学者明确提出,在实际工作中,苏联先进的刑法科学理论起着重要的指导作用,也

是我国研究刑法理论的主要参考资料。^[30]

此外,50年代我国理论界还展开了与犯罪概念有关的关于犯罪的因果关系问题的争论。^[31]对此,主要是围绕怎样将辩证唯物主义的因果关系观点具体运用到刑法科学、是否应将犯罪的因果关系区分为必然因果关系与偶然因果关系、犯罪的因果关系的具体内容是什么等方面进行探讨。这些讨论在一定程度上也受到苏联刑法学界关于犯罪因果关系讨论的影响。^[32]

(三) 关于刑罚目的

犯罪与刑罚是刑法的两个有机组成部分。在苏联刑法中,与强调犯罪的阶级性一样,也强调刑罚的阶级性。

苏联学者认为,资本主义国家的刑罚与社会主义国家的刑罚之间存在着根本的差异,这主要表现在,资本主义国家的刑罚在于保护剥削者少数人的利益,而以反对劳动者为目的,是其与一切威胁资本主义生存的行为进行斗争所最爱用和最主要的方法。社会主义国家的刑罚则是为保护劳动者多数人的利益、全部人民的利益而存在,其目的是为了广大劳动者的利益,用来反对敌对阶级残余,反对因存在资产阶级恶习的残存势力的结果所发生的犯罪,它是社会主义国家与犯罪作斗争所必要的、但仅仅是辅助的斗争方法。正因为如此,资本主义国家的刑法要掩饰刑罚的实际的阶级性质,而在社会主义国家内,则决不需要对刑罚的本质与基础进行掩饰。^[33]

在苏联,1919年3月通过的联共党纲,依据列宁关于苏维埃刑罚双重任务的学说,确定苏维埃刑法中的刑罚的原则性特征。刑罚双重任务的指示成为苏维埃刑事立法的基础。同年的《苏俄刑法指导原则》规定,刑罚是政权为保障该社会关系秩序,防止破坏秩序的罪犯所采用的强制制裁方法,其任务是保卫社会秩序,防止实施犯罪的人或企图实施此种犯罪的人,防止这些人或其他人等将来再有犯罪的可能(第7、8条)。《法院组织法》(1938年)第3条也规

[23] 50年代后期,那些主张犯罪的产生,除阶级原因以外,还有历史原因和认识原因的观点,被作为右派谬论而受到批评,认为这种观点是贩运而来的资产阶级谬论,其真正用意是在于抹杀产生犯罪的原因的阶级性。参见李保民:《驳右派分子梅泽波关于犯罪产生原因的谬论》,载《政法研究》1958年第2期。

[24] 中央政法干部学校刑法教研室编著:《中华人民共和国刑法总则讲义》,法律出版社1957年版,第56页。

[25] 东北人民大学法律系刑法教研室:《中华人民共和国刑法》,1957年编印,第32页。

[26] 西南政法学院:《中华人民共和国刑法总则讲义(初稿)》,1957年编印,第44页。

[27] 张仙根:《关于犯罪概念中社会危害性问题的商榷》,载《华东政法学报》1956年第2期。

[28] 汪仁宝、曾绍棠:《关于犯罪概念中社会危害性问题的讨论》,载《法学》1957年第2期。

[29] 在40年代末,苏联学者杜尔曼诺夫在阐述犯罪概念时就提出,犯罪的实质特征是行为的社会危害性,只有犯罪所固有的社会危害性是区分犯罪行为和其他违法行为的基础,这种观点受到当时一些学者的附和。但另一部分作者则认为,所有的违法行为都是危害社会的行为,区分犯罪行为与其他违法行为的基础乃是危害社会的程度。参见[苏]皮昂特科夫斯基等:《苏联刑法科学史》,曹子丹等译,法律出版社1984年版,第22页。

[30] 张仙根:《关于犯罪概念中社会危害性问题的商榷》,载《华东政法学报》1956年第2期。

[31] 仅发表在当时由华东政法学院主办的《华东政法学报》(1957年开始改称为《法学》)上的有关因果关系的论文就有梅泽波的《哲学上的因果关系及其在刑法中的运用》(《华东政法学报》1956年第1期)、姜焕宸的《什么是刑法科学中的因果关系问题》(《华东政法学报》1956年第2期)、马克的《如何解决刑法科学中的因果关系》(《法学》1957年第1期)、杨兆龙的《刑法科学中因果关系的几个问题》(《法学》1957年第1期)、周原冰的《如何把哲学上的因果范畴应用到刑法科学中来》(《法学》1957年第1期)等。

[32] 高铭喧主编:《新中国刑法科学简史》,中国人民公安大学出版社1993年版,第30页。

[33] [苏]苏联司法部全苏法学研究所主编:《苏联刑法总论》下册,第474-475页。

定：苏维埃法院采取刑事惩罚方法时，不仅是在惩罚犯罪者，而且是以矫正与改造犯罪者为目的。在其后各个刑事立法的基本法规中，刑罚的双重任务都得到了明确表述。只是在社会主义国家发展的每一阶段，社会主义刑罚的基础具有不同的内容，第一阶段主要是镇压国内已被推翻的各阶级的反抗，第二阶段主要是保护社会主义财产，因此，与此相适应，关于刑罚目的的具体规定前后有所不同。

新中国初期起草的一些刑法草案也明确表明了刑罚目的。如1950年《刑法大纲草案》第16条规定，刑罚目的有3个方面，即“一、惩罚犯罪人，尤其对于一切反革命活动、一切勾结帝国主义背叛祖国、反对人民民主事业的国民党反革命战争罪犯，和其他怙恶不悛的反革命首要分子；二、改造犯罪人，使其对于国家企求政治、经济与文化发展的秩序，养成尊重的精神；三、警戒社会上其他不稳和不良分子”。1954年《刑法指导原则草案》第8条规定，刑罚目的是“惩罚和改造一切犯罪分子，使他们不再犯罪；同时通过对罪犯的惩罚和改造，教育公民，预防犯罪”。

1954年之后完成的刑法草案，虽然都没有专条规定刑罚目的，但在起草过程中曾有人主张规定“刑罚的目的”一节，其主要理由是，苏联刑法规定了刑罚目的，因此我们的刑法草案也应规定这一方面的内容。虽然这种主张没有被采纳，但还是从一个侧面反映了苏联刑法对部分起草者的影响。

而从50年代后期编印的教科书中也可以看出，理论上关于刑罚目的和任务的论述与苏联的相关论述如出一辙。比如，认为我国社会主义刑罚与剥削阶级刑罚在阶级本质及在同犯罪作斗争的地位都有原则的区别。从阶级本质上说，剥削者国家的刑罚是少数剥削者用来保护自己利益和镇压广大劳动人民的工具，而社会主义国家的刑罚则是广大人民用以保卫自己利益，惩罚少数人民敌人和犯罪分子的工具；剥削者国家的刑罚是用来同犯罪作斗争的惟一或主要方法，而社会主义国家的刑罚在同犯罪作斗争中则是一种辅助方法；剥削者国家刑罚的基本任务是镇压劳动人民，具有无比的残酷性，而社会主义国家刑罚则贯穿着革命人道主义的精神，不是单纯惩罚犯罪分子，同时还为了达到预防犯罪的目的。正是因为我们社会主义刑罚具有人民性、革命性、人道性，我们

才敢公开其阶级性，而这些是任何剥削者国家所不能办到的。^[34]

直至1979年重新启动刑法起草工作时，还有人主张应在刑法中明确刑罚目的，规定“人民法院适用刑罚的目的，是惩罚和改造犯罪分子，警戒有犯罪可能的分子，并且教育公民同犯罪作斗争，预防犯罪”。^[35]

三、反对罪刑法定主义，规定类推制度和刑法具有溯及力

近代刑法的重要原则之一即是罪刑法定主义，最早规定该原则的刑法典是1810年法国刑法典，其后，受法国刑法典影响的大陆法系国家所制定的刑法典都确立了这一原则，如1871年德国刑法典第2条、1880年日本旧刑法第2条、1889年意大利刑法第1条等。近代中国的主要刑事立法，如《大清新刑律》（1911年）、《暂行新刑律》（1912年）、1928年民国刑法及1935年民国刑法，也都贯彻规定了罪刑法定主义原则。

但是，在苏联早期的刑法理论中，反对罪刑法定主义原则，主张类推制度和刑法具有溯及力的观点却占据了主流地位，并且，这种理论也被贯彻到苏联的刑事立法中，其理论和立法内容都产生了一定的域外影响力。

（一）关于类推

从一般意义上说，罪刑法定主义的基本要求之一是对法律进行严格解释或缩小解释，而不容许扩张解释或类推解释。因此，确立罪刑法定主义原则的资产阶级刑法典一般都不会规定采用类推。^[36]

在苏联，早期的一些刑法学者是反对罪刑法定主义的，认为这一原则是以保护资产阶级秩序为目的的资产阶级形式民主在刑法方面的表现，虽然它在反抗封建专制的斗争中曾经发挥了历史作用，具有进步意义，但在资本主义时期这一原则事实上是经常遭到破坏的。一些学者在反对罪刑法定主义的同时，主张适用类推。认为在缺乏直接规定该种罪行的法律的情形下，可将规定最相类

[34] 西南政法学院：《中华人民共和国刑法总则讲义（初稿）》，第157-159页；东北师范大学法律系刑法教研室：《中华人民共和国刑法》，第57-58页；中国人民大学法律系刑法教研室：《中华人民共和国刑法总则讲义（初稿）》下册，第226-229页。

[35] 高铭喧编著：《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》，第58页。

[36] 在资产阶级刑法典中，一般都没有采用类推制度。但1935年希特勒时期的德国刑法典抛弃了罪刑法定主义，而规定了类推：“任何人实施法律宣布应当受处罚的行为，或者根据某一法律的基本精神或者根据人民的健全感觉应当受处罚的行为，应当受处罚。如果某一特定的刑事法律不能直接适用这一行为的时候，这一行为应当按照它的基本精神最能包括这一行为的那个法律来处罚”。参见曹国卿：《在我国刑事立法中是否要“类推”的问题》，载《政法研究》1957年第3期。

似的罪行的法律,援用于该种社会危险行为。提出类推的适用是为了弥补刑事立法上的可能的遗漏,保证与那些没有经现行刑事立法规定的危害社会的行为作斗争。认为在苏维埃刑法中,类推的存在是由社会主义国家在其发展的一定阶段中的实际需要所决定的,是特定历史条件下的产物,是填补法律空白的一种必要手段。

从苏联的刑事立法看,类推问题是同犯罪概念紧密联系的最重要问题之一。^[37]最早规定类推的是1922年《苏俄刑法典》。其第10条规定:凡本刑法典对于个别种类犯罪行为无明文规定者,其刑罚或社会保卫方法得比照本刑法典所定犯罪之重要性及种类最为近似的条款并遵照本刑法典总则判处之。这一规定表明,只要行为具有社会危害性,即使法律条文没有规定这一具体的犯罪行为,仍然可以适用类推,作为犯罪予以惩罚,这实际上是其关于犯罪的实质定义的第6条规定的延伸。

当时苏俄司法委员库尔斯基在报告刑法草案时曾就此作了说明:“没有哪一部刑法典是能够包罗所有各种各样可能实施的和实际上正在实施着的犯罪行为的,——如果我们要编纂一部法典,可以藉助它来很顺利地同危害苏维埃制度的各种现象作斗争,那末,我们就应当制订一些条文让审判员有可能依照类推进行审判工作,以便从这种情况中找到出路”。^[38]

此后,1924年《苏联刑法基本原则》也于其第3条第3款规定:如有某种社会危险行为未经刑事法律直接规定时,其责任的根据和范围,以及社会保卫方法,应由法院比照刑法典依犯罪轻重与种类所定最相类似的条文决定之。1926年《苏俄刑法典》及1927年至1928年间所颁布的其他加盟共和国刑法典,依据此条款都规定了类推。

对于适用类推的实际效用,苏联学者大多持肯定态度。他们认为,在苏联的刑事司法实践中,类推的适用使社会主义司法机关得灵活与迅速地适用于因阶级斗争变化所产生的新的犯罪形态之上,保证了对严重罪行的适时斗争。^[39]

[37] 早在20世纪20年代初期苏联制定刑法典草案时,关于类推问题就发生了第一次激烈的争论。1921年苏维埃法学研究所草拟的刑法典总则草案并没有类推的规定,该草案第5条规定:“只有在本法典分则规定的和今后将要补充规定的情况下,才能对社会危害行为适用刑罚和社会保卫方法”。参见[苏]皮昂特科夫斯基等:《苏联刑法科学史》,曹子丹等译,法律出版社1984年版,第30页。

[38] 转引自[苏]契希克瓦节主编:《苏维埃刑法总则》,第148页。

[39] [苏]苏联司法部全苏法学研究所主编:《苏联刑法总论》(上册),第278页。

但在1936年苏联宪法颁布之后,依据宪法准备起草苏联刑法典草案时,于1939年至1940年间引起了类推应否在未来的刑法典中加以保留的争论。主张保留者所据的理由,包括类推可以使法庭灵活适用于新发生的罪行,它与法律的固定性并不相矛盾等方面。但这种观点受到了主张取消类推制度的学者的批驳。许多苏联刑法学者虽然承认类推在过去的苏联刑法实践中所起的作用,但他们认为,1936年宪法实施之后,应强调法律的固定性,因此刑法典草案中再也不能保留类推制度,而应明确规定罪刑法定主义。

反对类推制度的学者还认为,审判官在适用类推时,其自身即成为立法者,代替了苏联最高苏维埃的职权,而当新的罪行出现时,立法者本身就可随时颁布适当的刑事法律或指令,宣布此为犯罪而加以惩罚。^[40]1939年全苏法学研究所制订的苏联刑法典草案取消了类推,在规定犯罪概念的第9条,明确了只有法典规定的危害社会的作为或不作为,才是犯罪。

1950年《苏联刑法典总则(草案)》也吸取了反对类推制度的观点,其第3条明确规定:无论何人对于未经苏联法律规定刑事责任的作为或不作为,不得受到处罚。在50年代准备编纂苏联和各加盟共和国刑事立法前夕,苏联的刑法理论更多的是主张不保留类推制度,^[41]而应当确立法律无明文规定不为罪、不惩罚的原则,认为这不仅符合苏维埃刑法的社会性质,而且将有助于保障不使任何一个苏联公民因实施了未经法律作为犯罪而加以规定的行为而承担刑事责任。^[42]在1958年通过的《苏联和各加盟共和国刑事立法纲要》中再也找不到允许类推的规定。

与苏联刑事立法规定的其他制度一样,类推制度在人民民主国家中也产生了一定的域外影响力。比如,1942年蒙古刑法典规定,如某种犯罪系刑法典未经直接规定者,对于此种犯罪的惩罚,依分则规定犯罪种类最相类似之条款决定之(第15条)。1950年朝鲜刑法规定,某种犯罪行为,如果是本法没有明文规定的,按某犯罪的严重性与种类,依照本法中最相似的条款,来决定其刑

[40] [苏]苏联司法部全苏法学研究所主编:《苏联刑法总论》(上册),第278-279页。

[41] 当然,即使是这一时期,也仍有人主张类推。比如,著名的维辛斯基就坚持认为,苏联应保留类推制度,那种主张应制定把一切可能犯罪的情况都作出规定的刑法典的观点是法学上的错误。参见[苏]彼昂特科夫斯基、契克瓦节:《巩固社会主义法制和苏维埃刑法与刑事诉讼的几个理论问题》,杨文良译,载《政法译丛》1956年第6期。

[42] [苏]罗马什金:《苏维埃刑事立法编纂的基本问题》,王仲东译,载《政法译丛》1957年第5期。

事责任的根据、范围和刑罚(第9条)。

从50年代中国的刑法理论上,批评和排斥罪刑法定主义原则、肯定类推制度,是一种普遍的倾向。

比如,有的学者撰文批判民国刑法所规定的“罪刑法定主义”,认为这一刑法原则对于劳动人民来说,完全是一种欺骗。因为在国民党实行统治时期,为镇压人民的革命运动,不惜采用最野蛮的法西斯的恐怖手段来对付劳动人民,只要他们高兴,不管法律有无明文规定,他们都可以随便捉人、杀人。^[43]有的认为,罪刑法定主义原则只是资本主义形式民主的口号,而且在资本主义国家中,事实上这一原则也经常遭到破坏,到帝国主义时期,资产阶级便进一步抛弃了这个原则,采用公开的恐怖手段来维护自己的统治。

与此同时,学界普遍认为,在50年代中国的政治经济形势,应该允许类推。有的认为,在社会主义国家中,类推是作为在一定条件下巩固法制的一种辅助手段,其任务是在复杂多变的社会生活中弥补立法之不足,保证加强同犯罪作斗争。有的认为,不管法律如何完备,它终难以把现实生活中所可能发生的具体情况全部包括进去,因此如果当某种新的犯罪行为出现,实际危害了人民利益,但法律却未直接规定时,就必须用类推的方法给予及时的制裁,而不应当以“法无明文不为罪”的绝对原则缚住自己的手脚。^[44]

还有学者认为,我国刑法草案应该规定类推,这是依据当时我国国内外政治经济情况、审判实践经验以及党在过渡时期的刑事政策等实际因素的结果,而不能以某些人的主观愿望出发,更不能以苏联在第二次世界大战后起草新的刑法典过程中,某些法学家对于在苏联刑事立法中取消类推的主张为转移。认为社会主义制度下的类推与资本主义制度下的类推的法官任意专横和任意破坏法制是不同的,它是在维护最大多数劳动人民的利益。^[45]50年代后期,随着我国政治形势的变化,那种认为随着国家社会主义建设的发展,和同犯罪作斗争的经验日益丰富,可考虑废除类推制度的观点受到责难,^[46]而曾经主张罪刑法定主义原则可以作为我国刑法基本原则的学者更是被作为右派分子而受到

攻击。^[47]

如果说排斥罪刑法定主义原则完全是受苏联早期刑法理论影响所致,这未免有些牵强,因为彻底废除旧法统的训令^[48]所产生的对民国刑法规定的原则的否定也是其中不能忽视的一项因素。但新中国对类推制度的接受主要是受到苏联早期刑法理论的影响,则是可以断定的。

而从立法实践上看,早在1934年公布的《中华苏维埃共和国惩治反革命条例》中就确立了类推:凡本条例所未包括的反革命犯罪行为,得按照本条例相类似的条文处罚之(第38条)。1951年公布的《中华人民共和国惩治反革命条例》^[49]也确立了这一制度,其第16条规定,以反革命为目的之其他罪犯未经本条例规定者,得比照本条例类似之罪处刑。虽然在起草刑法草案的过程中,也有主张不应规定类推条文的,^[50]但50年代完成的所有刑法草案,都规定了类推制度。^[51]

即使到了60年代,我国的社会主义改造已基本完成,苏联也已于1958年废止了类推,其他曾受苏联影响规定类推制度的国家,如阿尔巴尼亚、罗马尼亚、保加利亚、民主德国等(蒙古、朝鲜除外),都于1957年以前废止了此项制度,^[52]但我国刑法草案仍保留规定了类推。如1962年刑法草案第27次稿的第86条规定:本法分则没有明文规定的犯罪,可以比照本法分则最相类似的条文定罪判刑;但是应当报请上级人民法院核准。1963年刑法草案第33次稿的第86条也有相似的内容,只是其但书部分改为规定“应当报请高级人民法院或者最高人民法院核准”。

(二) 关于刑法的溯及力

罪刑法定主义原则的派生原则之一是刑法不溯及既往。法、德等大陆法系

[43] 宋光、江振良:《国民党伪“六法”的反动实质》,载《法学》1958年第2期。

[44] 中央政法干部学校刑法教研室编著:《中华人民共和国刑法总则讲义》,第60页,69-70页;中国人民大学法律系刑法教研室:《中华人民共和国刑法总则讲义(初稿)》(上册),1957年编印,第70页;东北师范大学法律系刑法教研室:《中华人民共和国刑法》,第35页。

[45] 曹国脚:《在我国刑事立法中是否要“类推”的问题》,载《政法研究》1957年第3期。

[46] 范明:《对“中华人民共和国刑法总则讲义”的几点意见》,载《政法研究》1958年第4期。

[47] 徐一志等:《揭穿右派分子孔剑篡改我国刑法基本原则的阴谋》,载《政法研究》1958年第2期。

[48] 1949年,华北人民政府依据中共中央的指示颁发了《废除国民党的六法全书及一切反动的法律的训令》,规定了“废除国民党的六法全书及一切反动法律”及“以蔑视与批判态度对待国民党六法全书及欧美、日本等资本主义国家一切反人民的法律……”

[49] 关于该条例的全文,参见中央人民政府法制委员会编:《刑法资料汇编》第4辑(新中国部分),1953年编印,第4-8页。

[50] 其主要理由是:在社会主义建设时期,法律的稳定性应比以往时期加强,应该从罪刑法定主义原则出发,而且,如果刑法典规定了类推条文,则变相地赋予了人民法院在实行审判权之外还有立法权,存在很大的流弊。参见冯世名:《关于量刑问题》,载《政法研究》1957年第4期。

[51] 高铭喧编著:《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》,第126页。

[52] 中央政法小组:《关于修改〈中华人民共和国刑法草案(草稿)〉情况和意见的报告》(1963年1月8日),载高铭喧、赵秉志编:《新中国刑法立法文献资料总览》(下),第1987页。

国家的刑法典,都规定新法原则上不追溯既往,但新法规定的处罚较轻时例外。也就是说,采取的是从旧兼从轻主义。而美国也许是禁止刑法追溯既往最为彻底的国家,在1789年的判例中,就明确宣布了四种立法,即将行为时无刑法禁止之行为科以刑罚的立法,事后减少犯罪构成要件而增加行为之犯罪可能性之立法,事后将刑度增高之立法,改变刑事证据法则而事后容许较少或较简单之证据作为判罪根据的立法为违反宪法对“事后法”之禁令。^[53]一般而言,资产阶级国家刑法在关于这一问题的规定方式和具体内容上虽然有所不同,但始终贯穿着断罪定刑以有利于被告为准,行为之处罚以行为时法有明文为必要条件的罪刑法定主义精神。

但是,在苏联,关于刑法溯及力问题有了新的内容和特点。苏联学者认为,随着社会政治环境的变化,苏联刑法也不断修改,目的是为了与敌人及其他破坏苏维埃社会主义法律秩序的罪犯作斗争。在这种情况下,如果在适用刑事法律时,主张概从立法者已认为是陈腐的、不适合已改变的具体社会政治环境的旧法的观点是错误的,因为新法更确实地反映了立法者的意思,它适合于该时期的特征,因此其效力应该最大。而当旧法律认为无罪、新法律认为有罪,或新法律加重罪刑的场合,比较正确的方式是,对于加重刑罚的刑事法律的溯及力要由立法者在法律中加以特别规定;当与该种罪行作斗争的一般任务要求刑罚加重时,立法者就要考虑主要依照较重罪行或依别种罪行处罚。也就是说,在一些特殊场合,为打击比较严重的罪行,加重刑罚或规定新罪行与刑罚的新法律,在法律规定的条件下应具有溯及既往的效力。

从苏联刑事立法看,根据《苏俄刑事诉讼法典》(1922年)第2条,一般情况下,如果实施犯罪时施行的是某一种刑事法律,而在审判时已施行了另一种刑事法律,应当适用实施犯罪当时有效的那项法律。但新法所规定的刑罚较轻或完全免除刑事责任的,该项新法具有溯及力。因此此条规定表明,苏联原则上采用的也是从旧兼从轻的原则。但是,1922年《苏俄刑法典》第23条规定:本刑法典对于施行前未经审判的一切案件均适用之。此后,也颁布了一些明确规定有溯及力的刑事法规。如1929年关于不肯返回苏联者应负刑事责任的法律,就在其第6条规定了“本法令具有溯及力”。^[54]

[53] 陶龙生:《论罪刑法定原则》,载蔡墩铭主编:《刑法总则论文选辑》(上),五南图书出版公司1984年版,第125页。

[54] [苏]契希克瓦节主编:《苏维埃刑法总则》,第157页。

50年代前期,在新中国刑法起草过程中,刑法领域的一个争论热点就是关于溯及力问题。对此,主要有3种观点:一是认为刑法具有溯及力,即我国刑事法律适用于发生在中华人民共和国成立以前的人民革命根据地的未经审判的犯罪行为,以及发生在国民党反动统治时期的一切犯罪行为;^[55]二是认为加重刑罚的刑事法律在任何情况下都不应适用于它颁布以前的行为;三是认为应当按照原则性和灵活性相结合的办法来解决我国刑法的溯及力问题,原则上规定新罪和加重刑罚的法律对于以前的行为没有溯及力,但也不排除在某些特殊情况下适用处罚较重的新法。^[56]上述第一、第三种观点实际上都承认刑法具有一定的溯及力。

而从刑事立法实践看,建国以后所颁布的刑事法规,有的明文规定具有溯及力。如《中华人民共和国惩治反革命条例》第18条规定:本条例施行以前的反革命罪犯,亦适用本条例之规定。有的虽然没有明文规定,但在该法规的立法说明中指出其具有溯及力。比如,《中华人民共和国惩治贪污条例》(1952年)并没有规定具有溯及力的条款,但关于该条例的说明则明确指出,这个条例对于过去犯本条例之罪的,是要加以追究的。追究的时限,应自中华人民共和国成立之日算起,但对其中贪污或盗窃情节严重恶劣或民愤甚大者,可追查至各地大城市和省城解放之日。^[57]

而这一时期有的刑法草案也规定了溯及既往的原则。如1950年《刑法大纲草案》第2条第1款规定:本大纲对于施行后,解放后,及解放前的犯罪行为均适用之。但解放前的犯罪,仅以对于国家或人民权益造成严重损害、法院认为有罪之必要者为限。1957年刑法草案第21次稿的第9条规定:本法施行以前的犯罪,依照本法总则第四章第八节(时效)的规定应当追诉而没有经过审判或者判决的,都适用本法;但是中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为,如果当时的政策、法律、法令不认为是犯罪的,适用当时的政策、法律、法令。其后的1957年的刑法草案第22次稿、1962年第27次稿及1963年的第30次稿、第33次稿均有相似的规定。

这些刑法草案之所以规定刑法具有溯及力,除接受苏联理论和立法经验外,还有一些其他的实际因素。这些因素包括,解放后明令废止了民国政府的

[55] 朱育璜:《我国刑法的溯及效力问题》,载《政法研究》1956年第5期。

[56] 高铭暄主编:《新中国刑法科学简史》,第13页。

[57] 中央政法干部学校刑法教研室编著:《中华人民共和国刑法总则讲义》,第45页。

刑法,因此对于解放前的犯罪不能以民国刑法为依据,而当时各解放区虽然制定有一些刑事法律,但既不完备,而且大多具有地方性的特征,也难作为国家对解放前的犯罪行为的量刑依据。同时,解放后虽然制定了一些刑事法律,但只限于惩治反革命犯和贪污犯,很少有惩治其他犯罪的法律。因此刑法草案对于时间效力问题,大多规定了一般从新原则,目的就是为打击犯罪,更好地保护国家和人民的利益。

除规定类推制度和刑法具有溯及力外,这一时期的一些刑法草案还规定,个别情况特殊的犯罪案件,也可以在法定刑以上或者以下判处刑罚。比如,1962年刑法草案第27稿的第63条第2款规定:犯罪分子不具有本法规定的减轻处罚情节,但是根据案件的特殊情况,判处法定刑的最低刑还过重的,经过上级人民法院核准,也可以在法定刑以下判处刑罚;第64条规定:对于个别特殊案件的犯罪分子,判处法定刑的最高刑还是过轻的,经过最高人民法院核准,可以在法定刑以上判处刑罚。1963年刑法草案第30次稿、第33次稿等也都有相似的内容。这被认为是为了适应实际情况的需要而体现灵活性的立法精神。^[58]但是,这些内容显然也反映了对罪刑法定主义原则的排斥。

四、苏联刑法对我国具体犯罪规定的影响

在大陆法系国家,如法、德等国的刑法典中,虽然关于具体罪的规定不尽相同,但其刑法典分则基本上是基于将法划分为公法与私法,把所有的犯罪划分为侵犯整个社会利益罪与侵犯个人利益罪而安排的。1810年法国刑法典在其规定具体重罪、轻罪的第3编中,设立“妨害公共利益之重、轻罪”与“妨害私人利益之重、轻罪”两章。自此之后,这种将犯罪分为侵犯公共利益罪与侵犯个人利益罪的分类成为现代资产阶级刑法典的基础。

苏联刑法理论认为,各资产阶级刑法典分则的这种体系,是为维护资产阶级的阶级利益服务的。资产阶级刑法典在保护“全”社会和“所有”人的幌子下,竭力要确保资产阶级政权、私人所有制和统治阶级所需要的秩序不发生动摇。提出编制社会主义刑法典分则不能采取这种体系,否则将意味着把社会利益和个人利益对立起来。编制社会主义刑法典的理论的前提,是个人利益与社会主义国家利益的结合。苏联社会主义刑法分则体系应当反映出苏维埃刑法的积极服务作用,反映出苏联刑法在保护工人阶级专政、保护社会主义所有

制和社会主义经济体系、保护个别公民的权益、保护社会秩序和国家管理机关的正常工作方面的任务。苏联公民把社会主义国家的利益、全体苏维埃人民的利益看得高于一切。^[59]

基于这种理论,苏联刑法在关于具体罪的安排和规定上具有自己的一些特色,这也一定程度地被移植规定于新中国的刑事立法中。

(一) 突出规定反革命罪

在苏联刑法理论中,认为与侵害国家基本利益、苏联社会结构和国家结构基础的犯罪作斗争,是头等重要的大事,在社会主义刑法分则的体系中,关于这些罪及其刑罚的规定应居于首要的地位。基于此,苏联一直重视与反革命犯罪行为作斗争,各个时期颁布了一些有关的单行法规,并且于刑法典分则的第1章对此作出规定。

早在1917年,苏维埃政府曾颁布“关于法院的第一号法令”,提到设立革命法庭是为了与反革命势力作斗争。1917年至1918年间还颁布了其他一些法令,规定了要与反革命的煽动与宣传行为进行斗争。1919年颁布《革命军事法庭条例》,列出了革命军事法庭所管辖的反革命罪罪名表。1922年《苏俄刑法典》分则的第1章为“国事罪”,分为反革命罪与妨害管理秩序罪两节,其中第一节“反革命罪”(第57条-73条),明确了反革命罪的一般概念及对具体反革命行为所处的刑罚。1927年颁布《国事罪条例》,对反革命罪作了更加详尽的规定。此后,又颁布了其他一些与祖国的叛徒们作斗争的法律。^[60]

受苏联刑法理论和刑事立法的影响,一些人民民主国家的刑法典也都在分则的显要章节中规定了反革命罪。比如,1942年蒙古刑法典分则的第1章即为“反革命罪”,1950年捷克刑法典分则的第1章为“对于共和国的犯罪”,后者虽然没有冠以“反革命罪”的章名,但其规定的具体内容与其他刑法典“反革命罪”之下的内容相似。受苏联影响,重视颁布法律文件,同反革命犯罪行为作斗争,也逐渐成为我国人民民主法制的传统。

早在1934年,中央苏区就公布施行了《中华苏维埃共和国惩治反革命条例》。该条例在揭示出反革命罪的主观特征和客观特征的基础上,给反革命罪下了一个实质定义,即“意图推翻或破坏苏维埃政府及工农民主革命所得到的

[58] 中央政法小组:《关于补充修改〈中华人民共和国刑法草案(初稿)〉的报告》(1963年3月23日),载高铭喧、赵秉志编:《新中国刑法立法文献资料总览》(下),第1992页。

[59] [苏]苏联司法部全苏联法律科学研究所编:《苏维埃刑法分则》,中国人民大学刑法教研室译,法律出版社1956年版,第25-26页。

[60] [苏]苏联司法部全苏联法律科学研究所编:《苏维埃刑法分则》,第60-61页。

权利,意图保持或恢复豪绅地主资产阶级的统治”。^[61]新中国成立后,这方面的法规法令相继出台,主要包括:《国务院、最高人民法院关于镇压反革命活动的指示》(1950年),《政务院关于没收战犯、汉奸、官僚资本家及反革命分子财产的指示》(1951年),《中华人民共和国惩治反革命条例》(1951年),《政务院关于没收反革命罪犯财产的规定》(1951年),《管制反革命分子暂行办法》(1952年),等等。

而50-60年代起草的各刑法草案,在规定具体犯罪及其刑罚的分则部分,无一例外地将反革命罪规定于首章,这种体例与《苏俄刑法典》相同。因为反革命罪侵犯的客体是无产阶级专政的政权和社会主义制度,关系到国家和人民的根本利益,它是最危险的犯罪。只是前后各草案在关于反革命罪的定义、反革命罪的种类及其刑罚的具体规定上并不完全相同,这主要是由于不同时期我国阶级力量对比关系的不同及反革命活动形式的变化在各个草案中得到了一定的反映。

此外,有些刑法草案还规定了针对反革命罪犯的一系列从严处罚的原则。比如,1962年的刑法草案第27次稿规定:刑罚执行完毕或赦免以后的反革命分子,在任何时候再犯反革命罪的,都以累犯论处(第67条);对于反革命罪,不适用缓刑(第74条);中华人民共和国成立以前进行反革命活动,中华人民共和国成立以后,经过宽大处理没有判处刑罚,又犯反革命罪或者窝藏反革命分子的,不论过去罪行轻重,都应当追诉(第82条);中华人民共和国成立以后犯反革命罪的,不受追诉期限的限制(第83条)。而且,该草案分则规定可以处死刑的共为22条,其中反革命罪就占了12条。规定这些针对反革命罪犯从严处理的内容,主要是为了加强打击反革命犯罪活动,巩固国家政权。而为了在实践运用过程中能够更好地惩处反革命犯罪,还有学者专门依据苏联学说对如何认定反革命罪作了详尽的理论探讨。^[62]

(二) 重视规定侵犯社会主义公共财产之犯罪

苏联刑法一直重视保护公共财产。1922年《苏俄刑法典》在规规定窃盗罪及诈欺罪等方面,就特别维护公共财产。比如,在规规定窃盗罪的第180条中,其第1项规定:未用任何技术手段窃取私人财产者(普通窃盗),处6个月以下的强迫工作或剥夺自由。其第4项规定:在国家或公共仓库与机关中,实施

普通窃盗行为者,处1年以下的剥夺自由或强迫工作。从上述两项规定可以看出,窃盗公共财产的刑罚重于窃盗私人财产的刑罚。此外,其第187条规定:诈欺,即以获得财产或财产权利为目的,而滥用委任或实行欺骗者,处6个月以上的强迫工作或剥夺自由。第188条规定:诈欺的结果,致使国家机关或公共机关蒙受损失者,处1年以上的剥夺自由。显然,对后者的惩处较重。

1926年《苏俄刑法典》具体规定了故意毁灭或损坏各种国家财产或公共财产罪(第79条)、过失损毁或破坏拖拉机和农业机器罪(第79条2)及其他一些侵犯公共财产的犯罪。此后,还颁布了一些决议及单行法规,如《关于防止公务人员侵蚀及不经心管理行为的工作报告的决议》(1927年)、《关于侵蚀、侵占及盗窃国家机关及企业、合作社、职工会与公共团体财产的损失赔偿程序》(1927年)。

1932年苏联又颁布了《关于保护国营企业、集体农庄与合作社的财产及巩固公共的(社会主义的)所有制》,它规定:“苏联中央执行委员会及人民委员会认为,公共财产(国家的、集体农庄的、合作社的),是苏维埃制度的基础,是神圣不可侵犯的,凡侵犯公共财产者,均视为人民的公敌,因此,与盗窃公共财产者作斗争,便成了苏维埃政权机关首要的任务”。^[63]这个法规的颁布对于巩固和发展社会主义所有制方面具有重大的意义,被斯大林称为当时“革命法制的基础”。^[64]这些决议和法规的颁布,同样也是为了打击侵犯公共财产的犯罪行为。这些法规的实施在保护、巩固和进一步发展社会主义所有制方面,也确实发挥过巨大的作用。

1936年苏联宪法将社会主义所有制分为国家所有制(全民财产)及合作社集体农庄所有制(第5条),强调社会主义公有财产是苏维埃制度神圣不可侵犯的基础、祖国富强的源泉,全体劳动者富裕文明生活的源泉(第131条)。在社会主义所有制中,国家所有制占主导地位,苏维埃国家是国家社会主义所有制唯一的和统一的主体。个人财产是由社会主义所有制派生出来的,它与社会主义所有制存在着不可分割的联系,公民参加社会主义经济是公民个人财产的源泉。因此,苏联第二个阶段的国家主要职能是保护社会主义国家财产。这种保护自然离不开运用刑事立法措施。

[61] 杨琪:《论新民主主义阶段人民刑法的发展》,载《法学》1957年第3期。

[62] 李猛:《如何认定反革命罪》,载《政法研究》1957年第3期。

[63] 关于这些法规的具体内容,参见中央人民政府法制委员会编:《刑法资料汇编》第2辑,1953年编印,第116-121页,134-136页。

[64] 王作富:《苏维埃刑法在实施新经济政策时期中的作用》,载《政法研究》1955年第3期。

与1936年宪法对国家财产的重点保护相适应,苏联相继颁布了惩处侵犯社会主义公共财产犯罪行为的刑事法令。比如,苏联最高苏维埃主席团颁布了《关于生产上的轻微盗窃和无赖行为的刑事责任》(1940年)、《关于在机器拖拉机站、国营农场窃取燃料的责任》(1942年)等。而在各加盟共和国境内,还施行过各该加盟共和国刑法典中关于对盗窃社会主义财产的刑事责任的个别规范。这些法规对于保护社会主义公共财产起了一定的作用,但由于它们关于主体和惩罚等方面规定的不统一,导致了不能充分保证在与侵犯社会主义公共财产的斗争中取得胜利。

这样,制定一个统一的立法并加强惩罚办法的新的刑事法令,就被提到了议事日程。1947年6月4日,苏联最高苏维埃主席团颁布了《关于盗窃国家和社会财产的刑事责任》,实现了这一目标。该法令的序言明确指出,颁布这一法令的目的即是“为了统一关于盗窃国家和社会财产的刑事责任的立法和加强对此种犯罪的斗争”。该法令同时再次强调了对国家财产的特殊保护。这一点结合同日颁布的《关于加强保护公民的个人财产》可以看得更清楚。

比如,《关于盗窃国家和社会财产的刑事责任》第1项规定:窃取、侵占、侵蚀或其他盗窃国家财产的行为,处7年至10年劳动改造营的监禁并没收其财产。第2项规定:盗窃国家财产如系再犯行为、组成团伙(结伙)实行或数额巨大者,处10年至20年劳动改造营的监禁并没收其财产。

《关于加强保护公民的个人财产》第1项规定:窃取,即公开或秘密盗窃公民个人财产者,处5年至6年劳动改造营的监禁。结伙窃取,或再犯窃取者,处6年至10年劳动改造营的监禁。

从上述规定可以看出,对盗窃国家财产的行为,规定了较严厉的刑罚。之所以如此,主要是因为盗窃社会主义财产具有高度社会危害性,这种犯罪行为能够对苏维埃社会主义国家,对整个苏维埃社会造成莫大损失,它既侵害社会主义社会所有制关系,还会使苏维埃社会主义国家、合作社、集体农庄及其他公共组织或社会团体遭受物质上的损失,因而会妨碍社会主义企业进行正常的经济活动,影响其经济计划的完成。^[65]

苏联刑法重视保护国家公共财产的立法模式也影响到了中国。建国初期,中央及地方就颁布了一些旨在保护公共财产、惩处侵犯国家利益的法令。而这

[65] [苏] 谢尔盖耶娃:《苏维埃刑法对社会主义所有制的保护》,薛秉忠、王更生、高铭喧译,法律出版社1957年版,第19-20页。

时期完成的若干刑法草案,也重视规定侵犯公共财产罪。

比如,1950年《刑法大纲草案》的分则部分具体规定了9类犯罪,每一类为一章,其中,“妨害国有或公有财产罪”置于“反革命罪”与“妨害国家统治秩序罪”之后,列在分则的第3章。而“侵害私有财产罪”则位居分则的最后第2章,仅列在“妨害婚姻与家庭罪”之前。这种体例安排,明显表明了对保护国有或公有财产的重视。这种分别专章规定侵犯公共财产的犯罪与侵犯私人财产的犯罪,并且将前者列于后者之前的体例,在50年代前期完成的刑法草案中是比较常见的。1954年《刑法指导原则草案》及1956年刑法草案第13次稿等都采取这种体例。

而50年代后期以后完成的刑法草案,如1957年刑法草案第21次稿、1962年第27次稿及1963年第33次稿等,则多合并规定“侵犯财产罪”一章。^[66]但是在这些草案的讨论修改过程中,还是有人主张分章规定侵犯公共财产罪与侵犯公民财产罪。其理由是,公共财产是社会主义制度的物质基础,公民财产只是公民个人所有的生活资料以及依法归个人所有的一点生产资料,两者的重要性不同。如果把侵犯公共财产和侵犯公民财产的犯罪合并规定,就会轻、重不分,分两章加以规定就能把保护公共财产、保护社会主义所有制的任务凸显出来。^[67]认为侵犯公共财产罪所侵犯的客体是社会主义制度的基础,社会危害性较大,处刑应重一些,侵犯公民财产罪所侵犯的客体是公民的私人权益,社会危害性较小,处刑应轻一些。因而对情节大致相同的犯罪,侵犯公共财产的量刑应当重于侵犯公民个人财产罪的观点,不仅在立法过程中有人提议,在理论上也被认为是理所当然的。^[68]

(三) 规定投机倒把罪

以计划经济为依存的苏联刑法,非常重视对计划经济体制和秩序的维护。

[66] 其实,在50年代末、60年代初完成的苏联各加盟共和国的刑法典草案中,有些加盟共和国,如乌兹别克、阿塞拜疆等的刑法典草案,将侵犯社会主义所有制和侵犯个人所有制应负的责任合在一章规定,名为“关于财产上的犯罪”。有学者对此作出了解释,认为主要是为了能够根据行为的方式确定犯罪危害性的统一标准,从而强调了用加重惩罚这些犯罪的方法来保卫社会主义所有制的重要性。参见[苏]皮昂特科夫斯基等:《苏联刑法科学史》,曹子丹等译,法律出版社1984年版,第123页。

[67] 高铭喧编著:《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》,第204页。

[68] 参见《对中华人民共和国刑法草案(初稿)的修改意见(1962年6月7日)》的修改意见报告,载高铭喧、赵秉志编:《新中国刑法立法文献资料总览》(下),中国人民公安大学出版社1998年版,第1981页;东北师范大学法律系刑法教研室:《中华人民共和国刑法》,第137页。

因此,投机行为在资本主义社会是备受嘉奖的事情,而在社会主义国家中却是受打击的犯罪行为。早在苏维埃政权成立初期,就不断颁布法令和决议,与投机行为和投机者作斗争。这是因为,资本主义的投机、囤积居奇是一种非常严重的罪行,特别是在国民经济异常困难的条件下,这种罪行就具有更大的危害性,它不仅使人民遭受重利盘剥,而且更严重的是破坏国家贸易的正常进行,造成市场的混乱,破坏国民经济发展的基础。因此,苏维埃国家从一开始就特别注意同投机罪作斗争。^[69]

比如,1917年发布《关于取缔投机行为》的通知,建议军事革命委员会采取最坚决的办法根除投机等行为。1918年颁布《关于取缔投机行为的法令》,规定了对贩卖、批购或以贩卖为目的而囤积应由共和国专卖的食品为常业的人所应负的刑事责任。1919年又颁布法令,^[70]宣布要与从事应登记的商品与制品的一切巨大投机犯罪行为作斗争,并规定成立各机关特别联合委员会,目的是为了调查投机行为及与其有关的职务犯罪行为的一切根源,为了经常监督对投机行为所进行的继续斗争,也为了统一防止投机行为的一切办法得到实施。

1922年《苏俄刑法典》也规定了惩治投机行为的内容。法典规定,凡以收购、隐藏商品或不向市场抛货种种方法恶意抬高物价,以及以散布指责物品缺点及买卖条件的不实消息或采用其他手段,而恶意减低国家机关所规定的卖价者,处6个月以上的强迫工作或剥夺自由(第137条)。

为使上述关于与投机作斗争的决议和法令能发挥作用,苏联还于1932年5月发布决议,明确指出,不准私商开设商店和小铺,并且全力肃清企图以损害工人和农民利益而发财致富的投机倒把分子。同年8月,又发布《关于取缔投机行为的决议》,规定必须设法彻底肃清投机行为,对投机倒把分子判处5年以上10年以下的监禁,并不得适用大赦。同时,依据这些决议,各加盟共和国刑法典对投机行为的有关规定作了修改。比如,对1926年《苏俄刑法典》进行修改,在其第107条明确了投机罪的定义及处罚:以营利(投机)为目的,私人收购及转卖农产品及群众消费品者,处5年以上的剥夺自由并没收被告人全部财产。

此外,苏联最高法院全体会议为加强同投机行为作斗争,还于1946年作出了《关于投机案件的审判实践》的决议,明确提出了各级法院在审理有关投机行为的定罪量刑时所应注意和遵守的原则。^[71]

正是因为投机行为具有严重破坏国家计划经济的危害性,因此如同苏联一样,新中国建国初期就很重视取缔和惩处这种行为。1949年《中国人民政治协商会议共同纲领》第37条就明确了“对于扰乱市场的投机商业必须严格取缔”的原则。据此,1950年贸易部颁布《关于取缔投机商业的几项指示》,全国各地也根据这一指示颁布了关于取缔投机商业的办法。此外,为了进一步与投机商业作斗争,我国还于1953年、1954年前后颁布决议、命令,实行了粮、油、棉统购统销办法。此后,又发布了一些相关的命令。即使在国家政治生活极不正常时期,还不忘发布指示,打击投机倒把行为。如1970年《中共中央关于反对贪污盗窃投机倒把的指示》就重申了打击投机倒把犯的若干原则和纪律。^[72]

同时,有些刑法草案也规定了对投机倒把犯罪行为的刑罚。比如,1950年《刑法大纲草案》第99条规定:投机倒把或囤积居奇,致市场紊乱者,处1年以上5年以下监禁,并酌处罚金。情节特别严重者,处5年以上10年以下监禁,并没收其财产之全部或一部。有的刑法草案对此方面的规定极为详尽,如1963年刑法草案第33次稿将投机倒把分为3种,即违反金融、外汇、金银管理法规的投机倒把罪,违反市场管理法规的投机倒把罪,违反工商管理法规私设工厂的投机倒把罪,并分别作了具体的规定(第124条至第126条)。

五、结语

从以上分析可以看出,苏联刑法对新中国初期的刑事立法的影响是广泛的。从强调阶级性的刑法任务、犯罪概念和刑法目的,到反对罪刑法定主义原则而肯定类推制度和刑法具有溯及力,以及刑法分则具体罪的规定上,苏联刑法都被50-60年代我国的刑事立法所接受,依据苏联刑法理论对这些内容的合理性和先进性进行阐述也便成了这一时期我国刑法理论界的主要潮流。之所以出现这一状况,主要有中苏两国双方意识形态的完全一致、相同的阶级斗争环境、我国创建国家和法制时的紧迫政治形势、中苏关系良好等方面的因素,

[69] 王作富:《苏维埃刑法在实施新经济政策时期中的作用》,载《政法研究》1955年第3期。

[70] 即《关于防止投机行为、国家仓库中的盗窃行为以及经济机关与分配机关中的伪造和其他渎职行为》。

[71] [苏]苏联司法部全苏联法律科学研究所编:《苏维埃刑法分则》,第346-347页。

[72] 关于50年代至70年代发布的有关打击投机倒把行为的指示、通知和决议,参见中国社会科学院法学研究所刑法研究室:《中华人民共和国刑法资料汇编》下册,1980年编印,第318-334页。

这些也是这一时期其他法律领域移植苏联法的大致相同的原因。

但是,新中国对苏联刑法的接受是有选择的。这主要表现在新中国主要移植的是苏联早期的刑法内容。这方面最为明显的就是关于类推制度。早期的《苏俄刑法典》及其他一些单行法令规定了类推,而从30年代末期开始,主张废止类推的观点已逐渐在苏联占据了主流地位,其后起草、制定的苏联刑法草案和法规都不再有关于允许类推的内容,但50年代我国的刑事立法及刑法理论仍规定和肯定类推制度。此外,在对待刑法溯及力、犯罪概念、犯罪的因果关系等立法实践和理论等方面的态度,也同样是如此。

之所以在选择上会有这样的偏重,是有一定原因的。一方面,苏联早期的刑法模式较早地被新民主主义时期的中国刑事立法所接受,新中国刑法的主要历史渊源即是这一时期的立法经验。另一方面,新中国的政治经济形势与早期的苏联更为相似,建立在那一时期社会环境基础上的刑法理论和刑事立法内容更加适合建国初期的中国形势。而从40年代开始,苏联的刑法理论观点逐渐趋于多样化,原来的阶级斗争至上的理论受到了一定程度的挑战,刑事立法内容也相应发生了一定的变化。但建国初期的中国环境,决定了刑事立法仍主要是以苏联早期的刑法为参考依据,对于苏联后来不断出现的新的刑法观点只是有一定的理论介绍而已。

当然,在学习、移植苏联刑法的同时,我国在刑法制度和刑法理论上也有自己的一些创新。

从具体制度上说,管制与死缓的创立即是例证。

管制是我国人民民主法制形成过程中具有创造性的产物,是我国刑法中一项独特的刑罚。在老解放区,这种强制处分就已被采用。新中国成立后,各地人民法院在审判实践中继续使用这种刑罚。1952年颁布的《管制反革命分子暂行办法》,把管制作为公安机关的治安行政处分而在法律上肯定下来。同年颁布的《中华人民共和国惩治贪污条例》则把管制列为刑种之一。此外,管制在1952年颁布的《政务院关于“五反”运动中成立人民法庭的规定》、《政务院关于“三反”运动中成立人民法庭的规定》等法令中都有一定的具体规定。^[73]自此之后,管制作作为一种刑罚,被建国初期完成的各刑法草案作为刑罚的一种而加以规定。

[73] 萧常轮:《对管制问题的初步探讨》,载《政法研究》1957年第2期。

死缓制度也是新中国刑事立法上一个重要的创造。^[74]在1951年镇压反革命运动中,对于罪大恶极不判死刑不足以平民愤的反革命罪犯,为了尽量少杀,根据中央指示,在死刑方面发展了“判处死刑,缓期二年执行,强迫劳动,以观后效”的制度。^[75]在起草刑法草案时,是否应当规定这一制度,曾发生一定的争论。赞成者认为,死缓制度是完全符合我国刑法原则、刑罚目的以及我国与刑事犯罪作斗争的刑事政策,如果在刑事立法上没有规定死缓,则在体现这方面的内容上将会有有一定的缺陷。^[76]这一主张被刑事立法所支持,表现在这一时期完成的刑法草案都规定了死缓制度。

从理论上说,虽然新中国刑法学发端时深受苏联的影响,但这一时期的刑法理论也有自己的特色。比如,新中国刑法学界的第一本专著——《共犯论》,^[77]作者在分析苏联刑法学者关于共犯学说的同时,还结合中国的实际情况作了一些阐述,对共犯问题进行了难能可贵的探索。

而这一时期最具有中国特色的刑法理论应是关于犯罪与两类矛盾的广泛讨论,对此问题,理论上主要有3种观点:一种观点认为,一切犯罪都是敌我矛盾性质,一切犯罪分子都是专政对象;另一种观点认为,并非一切犯罪都属于敌我矛盾性质,其中少数犯罪应属于人民内部矛盾;还有一种观点认为,敌对分子实施的犯罪属于敌我矛盾性质,人民中间某些人实施的犯罪属于人民内部矛盾性质,但一切犯罪分子都是专政的对象。

上述争论及形成的观点固然与所接受的苏联的阶级斗争法学理论有关,但其直接的起因则是1957年毛泽东发表《关于正确处理人民内部矛盾的问题》一文所致。该文发表之后,中国刑法学界在学习的过程中,把两类矛盾学说引入刑法学领域,在《政法研究》、《法学》等刊物上相继发表了约50篇论文,形成了激烈的争论。^[78]在当时的学术氛围下,基于国家领导人的一篇文章,引起如此广泛而深入的讨论,并形成这些不同的主张,不能不说是当时中国刑法理论界非常具有中国特色的创举。

[74] 需要说明的是,也有极个别的学者认为,这一制度是“采用外国的刑事立法例而来,而缓刑名称是中国古代所固有的”。参见郭日齐:《就“死刑的缓刑问题”一文驳卢蔚乾》,载《政法研究》1957年第6期。

[75] 李琪:《我国刑法中应规定哪些刑种》,载《政法研究》1957年第1期。

[76] 望楚:《谈谈刑罚中的几个问题》,载《政法研究》1956年第5期。

[77] 该书由法律出版社于1957年出版,作者为李光灿,其内容曾在《法学》1957年第2、3期刊载。

[78] 高铭喧主编:《新中国刑法科学简史》,中国人民公安大学出版社1993年版,第25页。

当代国际刑法新潮流与 1997 年中国刑法

改革开放以来,我国的刑事立法活动频繁,在颁布众多的单行刑事法规之外先后颁布实施 1979 年刑法与 1997 年刑法即是明显的例证。较之新中国成立之后近 30 年没有颁布一部刑法典、民法典至今没有出台而言,当代中国对刑法制定工作的重视从中可见一斑。

在起草 1979 年刑法(以下简称“旧刑法”)过程中,立法者基于“要多思,多研究,要采取‘古今中外法’”的比较开放的态度,试图制定出一部兼具国际性和民族性的刑法。^[1]但由于该刑法主要是基于对 1963 年完成的刑法草案第 33 稿进行修改而成,因此,后者效法早期苏联刑法而确立的原则和制度大多被保留了下来。^[2]比如,在刑法总则中分别规定刑法的任务、效力范围、犯罪、刑罚、刑罚的运用,保留类推制度,在分则中将“反革命罪”列为第一章,专门规定投机倒把罪等,旧刑法所规定的这些内容都是五六十年代起草刑法草案移植苏联模式的延续。与刑事立法相同,旧刑法实施初期的中国刑法学界也仍一如新中国初期,受到苏联刑法理论的影响,对于刑法基本问题,诸如刑法的本质和任务、犯罪概念、刑罚目的等方面,仍然注重从阶级性质上去分析和阐述。^[3]

正是因为受制定时的历史条件和立法经验的限制,旧刑法在体系结构、规范内容和立法技术上都存在一定的缺陷,因此实施之后,为适应形势发展需要,相继制定了几十个单行刑事法律,并在上百个非刑事法律中设置附属刑法规范,补充和修改了旧刑法的规定。与此同时,早在 1982 年,就开始提出修改刑法典的动议,在经历了酝酿准备、初步修改、重点修改、全面系统修改、立法审议通过等阶段,终于颁布实施了 1997 年刑法(以下简称“新刑法”)。新刑法的许多原则和制度都是旧刑法所没有的,其特色之一就是既立足于我国国情,坚持实事求是,又充分考虑当代世界刑事立法的发展趋势,注意吸取人类社会在刑事法制方面的许多文明成果,使规定的内容具有时代性和科学性。^[4]为紧扣主题,在此本专题仅就新刑法吸取当代世界刑事立法潮流而增加规定的新原则和新制度作些具体的阐述。

一、明确确立罪刑法定原则;取消类推制度

新刑法区别于旧刑法的重要内容之一就是明确规定了刑法的三大基本原则:罪刑法定、法律面前人人平等、罪刑相适应。^[5]罪刑法定原则所体现的法治思想、法律面前人人平等所昭示的平等理念、罪刑相适应所蕴含的公正精神,代表了现代社会先进的价值取向。将当代各国普遍规定的刑法三大原则的内在要求和基本精神贯穿于整个刑事立法过程中,用于指导刑事司法实践,这是中国刑事立法史上的一次巨大进步。其中,罪刑法定原则被认为是刑法的第一原则,^[6]新刑法明确确立这一原则,集中体现了对当代刑法理念和潮流的趋附。

旧刑法由于受早期苏联刑法的影响,虽然具体规定了刑法的指导思想、任

[1] 1978 年 10 月 30 日,陶希晋在《刑法》草案修订组全体会议上的讲话中指出:“我们的法既有它的国际性,又有它的民族特色。要设立一个资料室,把美国的、法国的、苏联的、日本的以及唐律和国民党的六法全书都可以搞来,给大家参考或比较。”关于该讲话的具体内容,见高铭喧、赵秉志编:《新中国刑法立法文献资料总览》(下),中国人民公安大学出版社 1998 年版,第 1994-1998 页。

[2] 关于旧刑法制定经过的概况,参见高铭喧编著:《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》“前言”,法律出版社 1981 年版,第 1-7 页。

[3] 这从 1982 年由法律出版社出版的《刑法学》(高铭喧任主编)的有关阐述中就能看出。由于该书的参编者均是当时我国的刑法权威,而且该书又是全国统编教材,在 80 年代曾被各主要政法院所采用,因此它的体系编排及其理论观点在当时极具代表性,且对后来的刑法教学及刑法理论都具有广泛的影响。

[4] 高铭喧:《〈刑法〉施行十七年的科学总结》,载《法学家》1997 年第 3 期。此外,王汉斌在 1997 年第八届全国人大第五次会议上所作的《关于〈中华人民共和国刑法〉(修订草案)的说明》对此也有明确的说明:“这次修订,在进行调查研究、广泛征求意见的基础上,会同公检法等有关部门和法律专家,认真总结 17 年来实施刑法的实践经验,研究国外有关刑事法律规定和现代刑事立法的发展趋势,草拟了刑法修订草案,……”。

[5] 有的学者将后两个原则分别表述为罪刑平等原则、罪刑均衡原则。参见陈兴良主编:《新旧刑法比较研究——废、改、立》,中国人民公安大学出版社 1998 年版,第 166-170 页。

[6] 事实上,在修改刑法过程中,早期的刑法草案,如 1995 年 8 月、1996 年 6 月、1996 年 8 月分别完成的刑法总则修改稿、1996 年 8 月刑法修改草稿都只规定罪刑法定原则。从 1996 年 12 月完成的刑法修订草案开始规定三大基本原则,其后各草案一直沿用,直至最终颁布的新刑法。关于这些草案的具体内容,参见高铭喧、赵秉志编:《新中国刑法立法文献资料总览》(中),中国人民公安大学出版社 1998 年版。

务等基本内容,但并不包含任何关于刑法基本原则的条款。因此,作为近现代各国刑法普遍加以明确确立的罪刑法定原则,在旧刑法中没有得到明确的规定。相反,旧刑法却保留规定了五六十年代完成的刑法草案都加以规定的类推制度:^[7]本法分则没有明文规定的犯罪,可以比照本法分则最相类似的条文定罪判刑,但是应当报请最高人民法院核准(第79条)。这既是沿袭移植苏联模式的结果,更是当时我国刑事立法指导思想与价值定位上的社会保护为本位的必然产物。^[8]

旧刑法颁行以后,对于罪刑法定是否为我国刑法的基本原则,刑法学界有不同的观点。持肯定说者认为,我国刑法明确规定了什么是犯罪,有哪些犯罪,各种犯罪的构成条件是什么,有哪些刑种,各个刑种如何适用,以及各种具体罪的具体量刑幅度如何,等等,这基本是以罪刑法定为基础的,也即认为罪刑法定是我国刑法的基本原则之一。持此种观点者还同时提出,虽然旧刑法规定了类推,但适用这一原则必须报经最高人民法院核准,适用条件极为严格,因此在实践中适用类推定罪判刑只能是极个别的。^[9]言下之意,旧刑法规定类推与其实际包含的罪刑法定原则并不冲突。而持否定说者则认为,罪刑法定和法律类推是根本对立的,那种认为我国刑法是采取了在罪刑法定的基础上实行有控制的类推的观点,从理论上说不通。^[10]

旧刑法颁布以来,学术界围绕罪刑法定原则是不是和应不应作为我国刑法的基本原则,类推制度能不能和应不应被废除等问题,曾展开了热烈的争论。其中,有的学者以“法有限,情无穷”来论证不能也不应废除类推制度,自然,与类推相排斥的罪刑法定原则也就不能和不应成为我国刑法的基本原则。^[11]但是,随着刑法理论研究的深入,越来越多的学者认为,类推制度的

[7] 关于是否应保留规定类推制度,在起草旧刑法过程中就曾有争论。反对保留类推制度者认为,刑法应明确规定罪刑法定主义,规定类推将后患无穷。但主张保留类推制度者占多数,他们认为,在我国当时的历史条件下,应允许类推作为罪刑法定原则的一种补充,这有利于司法机关能及时有效地同刑法虽无明文规定、但实际上确属危害社会的犯罪行为作斗争,可以使刑法不必朝令夕改,可以积累经验为将来修改、补充刑法提供实际根据。参见高铭喧编著:《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》,法律出版社1981年版,第126页。

[8] 蔡道通:《类推制度的当代命运》,载陈兴良主编:《刑事法评论》第1卷,中国政法大学出版社1997年版,第227-337页。

[9] 高铭喧主编:《刑法学》,法律出版社1982年版,第38页。

[10] 周密:《罪刑法定还是法律类推》,载《法学研究》1980年第5期。

[11] 赵秉志主编:《刑法争议问题研究》上卷,河南人民出版社1996年版,第42-49页。

规定在实质上与法无明文规定不为罪、不处罚的罪刑法定原则是水火不相容的,在新刑法出台之前理论上要求废除类推制度、明确罪刑法定原则的呼声不断。^[12]他们提出这一主张的主要理由之一就是,罪刑法定是当今世界各国公认的刑法原则,取消类推是大势所趋。

从近代开始,罪刑法定原则就已经成为许多国家刑法的共同原则。至现代,罪刑法定原则本身的含义发生了一定的变化,从而使这一原则走向科学化,也使这一原则更为现代社会所接受,使刑法的人权保障机能和社会保障机能都能得到实现。第二次世界大战之后,罪刑法定原则得到更大的发展,许多国家都把它作为保障人权的重要原则在刑法或宪法上加以规定。并且,罪刑法定原则还成为国际人权公约的内容。1948年的《世界人权宣言》规定:任何人的任何行为或不行为,在其发生时依国家法或国际法均不构成刑事犯罪者,不得被判为犯有刑事罪。刑罚不得重于犯罪时适用的法律规定(第11条第2款)。1966年的《公民权利和政治权利公约》也规定:任何人的任何行为或不行为,在其发生时依照国家法或国际法均不构成刑事罪者,不得据以认为犯有刑事罪,所加之刑罚也不得重于犯罪时适用的规定。如果在犯罪之后依法规定了应处较轻的刑罚,犯罪者应予减刑(第15条第1款)。

因此,在当今世界各国,除了某些政教合一国家、军人独裁国家和处于动乱中的国家以外,大都明确规定了罪刑法定原则。90年代实施的《法国刑法典》(1994年)^[13]及《俄罗斯联邦刑法典》(1996年)^[14]等新刑法典自然也都明文确立了这一原则。尤其是后者,在规定罪刑法定原则的同时明确宣布不允许类推适用刑事法律,这从立法上清楚表明了类推与罪刑法定的不相容。而且,在俄罗斯,在刑法典中明确宣布不允许类推适用刑事法律还有特别的意义。因为,在现代社会中,最早规定类推的是1922年《苏俄刑法典》,正是受这一刑法典的影响,一些人民民主国家,如阿尔巴尼亚、罗马尼亚、保加利

[12] 中国法学会刑法学研究会召开的1996年年会的主题即是刑法的修改和完善,会后编辑出版了《刑法修改建议文集》(高铭喧任主编,中国人民大学出版社1997年版)。其中,被该文集收录的有关建议修改刑法应明确罪刑法定原则、取消类推的文章就有近10篇。

[13] 《法国刑法典》第111-3条规定:构成要件未经法律明确规定之重罪或轻罪,不得以其处罚任何人;或者要件未经条例明确规定之违警罪,不得以其处罚任何人。如犯罪系重罪或轻罪,法律无规定之刑,不得以其处罚任何人。如犯罪系违警罪,条例无规定之刑,不得以其处罚任何人。

[14] 《俄罗斯联邦刑法典》第3条规定:①行为是否构成犯罪,以及是否应受刑罚以及发生其他刑法后果,只能由本法典规定。②不允许类推适用刑事法律。

亚、民主德国、蒙古、朝鲜等国的刑法典也都规定了类推制度。从30年代末开始,反对类推制度的刑法理论在苏联逐渐占据主导地位,50年代初,苏联大部分学者力主在刑事立法中取消类推,他们的主要理由是苏联30年代的肃反扩大化证明了类推制度的弊病。受此影响,1958年通过的《苏联和各加盟共和国刑事立法纲要》中不再有允许类推的条文。而在此立法纲要通过之前,前述这些国家(除蒙古、朝鲜外)也都废止了类推制度。而新的《俄罗斯联邦刑法典》关于“不允许类推适用刑事法律”的规定,则明确宣告了其与传统苏联刑法的脱离,也表明了废止类推是符合当代社会潮流的必要举措。

明确规定罪刑法定原则,废止类推制度,以防止国家刑罚权的滥用,从而保障人权,这已是各法治国家的共识。因此,我国新刑法不再保留类推制度,明确罪刑法定原则,其第3条规定:法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑。这一原则,与刑法典同时规定的法律面前人人平等、罪刑相适应,一起成了新刑法的精髓所在。^[15]这也反映了我国刑事立法已开始融入世界刑法潮流之中。

为贯彻罪刑法定原则,新刑法还重申了从旧兼从轻的原则(第12条);对过失犯罪和单位犯罪再次强调法无明文规定不为罪(第15条第2款、30条);对相对责任年龄人应当负责的犯罪种类明确加以规定;^[16]将酌定减轻的决定权收归最高法院;将旧刑法中的投机倒把、流氓、玩忽职守等弹性较大的所谓“口袋罪”,进行了解和明确;对于原来一些罪状、法定刑较为笼统的罪种,尽量作细化处理;在增设的新罪种中,尽量采用叙明式罪状和多档次的法定刑。这些规定,标志着罪刑法定原则在中国刑法中开始真正生根,从而对于中国刑事法治走向现代化,走向世界具有决定性的作用。^[17]

[15] 需要说明的是,极个别的学者认为,新刑法所规定的此三大原则,在我国古代法律文化中早有精辟的论述和明确的规定,刑法确立这些原则是我国此前多年法律古文化和现代法律新文化发展的必然结果,绝不是国外西方法律文化的翻版或复制品。参见周密:《新刑法三大原则溯源》,载《检察日报》1998年12月14日。

[16] 1979年刑法第14条第2款规定:已满14岁不满16岁的人,犯杀人、重伤、抢劫、放火、惯窃罪或者其他严重破坏社会秩序罪,应当负刑事责任。此条中的“其他严重破坏社会秩序罪”是一个含义模糊的概念。1997年刑法对这个问题重新作了规定:已满14周岁不满16周岁的人,犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的,应当负刑事责任(第17条第2款)。后者的这种规定更加符合罪刑法定原则的精神。

[17] 赵秉志、赫兴旺:《论刑法典总则的改革与进展》,载《中国法学》1997年第2期。

二、新增规定普遍管辖权原则

所谓刑事管辖权,是指国家对刑事犯罪进行起诉、审判和处罚的权力,它是一个国家司法主权的重要组成部分。现代各国在关于刑事管辖权方面所主张的原则不尽相同,归纳起来大致有属地原则、属人原则、保护原则和普遍管辖原则。我国旧刑法关于刑法的空间效力,规定了属地原则、属人原则、保护原则。新刑法在这方面的重大变化即是增加规定了普遍管辖原则。这一原则又称世界性原则,它起源于欧亚地中海沿岸某些国家的国内法的一种传统法律理论,后逐渐在国际法上获得承认。^[18]该原则是指以保护国际社会的共同利益为标准,凡发生国际条约所规定的侵害国际社会的共同利益的犯罪,不论犯罪人是本国人还是外国人,也不论犯罪地在本国领域内还是本国领域外,都适用本国刑法。这一原则是世界各国在刑事领域进行合作的产物。

由于不同国家对于犯罪有不同的理解,普遍管辖原则极易成为干涉他国内政的帝国主义者和霸权主义者的借口,因而,长期以来,我国刑法学界一直否定这一管辖原则。但是,普遍管辖原则本身是有一定条件限制的,它是处于属地原则、属人原则和保护原则辅助地位的一项管辖原则,没有哪个国家的刑法或哪个国际公约将普遍管辖原则适用于所有的犯罪,而总是将其严格限制在一些国际犯罪的范围之内。而20世纪后半叶以来,国际性的犯罪日益严重,为了国际社会的安全和全人类的整体利益,各国必须相互合作,严厉打击此类国际犯罪。^[19]为此,缔结了一系列旨在加强国际合作、有效防止和惩治恐怖主义行为的国际公约。随着改革开放政策的实施及对外交流的增加,我国相继加入了一些如《关于制止非法劫持航空器的公约》(1970年)、《关于制止危害民用航空安全行为的公约》(1971年)、《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》(1973年)及《反对劫持人质公约》(1979年)等。这些公约无一例外地规定了普遍管辖原则。^[20]我国加入这些国际公约后,就必须履行它们所规定的义务,因此也就承担了对条约规定的罪行予以管辖的义务。

由于旧刑法没有规定普遍管辖原则,为将国际义务与国内刑法有机地衔接

[18] 陈兴良:《本体刑法学》,商务印书馆2001年版,第127-128页。

[19] 田彦群:《刑法中增设普遍管辖原则的必要性》,载高铭喧主编:《刑法修改建议文集》,中国人民大学出版社1997年版,第173-174页。

[20] 王建军:《国际公约对刑法修订的影响及其意义》,载陈兴良主编:《刑事法评论》第1卷,中国政法大学出版社1999年版,第455-456页。

起来,1987年6月,全国人大常委会通过了《关于对中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行行使刑事管辖权的决定》,该决定指出:对中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行,中华人民共和国在所承担的条约义务范围内,行使刑事管辖权。这是中国立法机关首次宣告对国际犯罪行使普遍管辖权。此后,我国立法机关在涉及国际犯罪的立法中,就比较注意体现这一原则。比如,1990年全国人大常委会通过的《关于禁毒的决定》^[21]第13条第2款规定,外国人在我国领域犯走私、贩卖、运输、制造毒品罪进入我国领域的,我国司法机关有管辖权,除依照我国参加、缔结的国际公约或者双边条约实行引渡的以外,适用本决定。这些关于普遍管辖权的有关规定,明确表明了中国将在反对恐怖主义、国际禁毒^[22]等国际事务中发挥作用的立场。

为打击国际犯罪,履行我国承担的国际义务,新刑法第9条吸纳规定了普遍管辖原则的内容,将这一原则进一步明确化、具体化。同时,在刑法分则的具体规定中也一定程度地体现了这一原则。比如,为适应惩治国际恐怖活动的需要,第120条规定了组织、领导、参加恐怖活动组织罪;第123条参照我国已经加入的《海牙公约》和《蒙特利尔公约》,将对飞行中的航空器上的人员使用暴力的行为规定为危害航空安全罪,等等。刑法分则中的这些规定为普遍管辖权的行使提供了实体刑法的依据。^[23]总之,新增普遍管辖权原则,这既有利于适应我国对外开放的新形势,也有利于进一步发挥中国在国际事务中的作用,为我国刑法增添了现代色彩。

三、增设单位犯罪

单位犯罪问题在新刑法总则中的立法突破和在分则中的扩大,反映了我国犯罪主体观念的新变化和单位犯罪理论的研究领域的新开拓。

新中国建立初期,仿效苏联模式建立了高度统一的计划经济体制。在这种体制下,企业违法犯罪的情形很少,即使有少量偷税、诈骗等违法犯罪案件发

生,一般也仅以自然人犯罪予以处罚。五六十年代完成的各个刑法草案也与苏联早期的刑事立法一样,所明确规定的犯罪主体都只有自然人,而没有法人。^[24]在起草旧刑法时,虽然有学者曾建议法人应成为刑事犯罪的主体,但是最终仍沿袭以前完成的刑法草案而没有规定法人犯罪。旧刑法实施之初,占主流地位的刑法理论仍然认为,犯罪主体只能是自然人,法人不能作为承担刑事责任的犯罪主体,其理由主要有:犯罪是人的有意识和有意识的行为,而法人的一切活动都是通过领导人或代表进行的,它本身不可能进行任何有意识、有意识的罪恶活动;如果把法人当作犯罪主体,这与教育改造犯罪分子的刑罚目的相违背;如果把法人作为犯罪主体,就有可能使利用法人名义实施犯罪活动的犯罪分子逃脱惩罚,使在法人组织中与犯罪无关的人受到犯罪的牵连。^[25]

但是,随着改革开放、搞活经济政策的推进,经济领域出现了大量以法人名义实施的经济犯罪,这样,法人是否可以成为犯罪主体并处以刑罚就引起了争论。^[26]肯定法人为犯罪主体的主要理由归纳起来有若干方面,包括法人犯罪是客观的事实,承认并惩罚法人犯罪不违背我国法人的性质和特征,法人能够具备犯罪的主观要件,承认法人作为犯罪主体并不违背我国刑法中的罪责自负原则,惩罚法人犯罪符合我国刑罚的目的。当然,肯定法人为犯罪主体的学者还有一个重要的理由,即主张应参考借鉴外国立法例和外国关于肯定法人为犯罪主体的刑法理论。^[27]

从各国刑法来看,英美法系国家原则上都承认法人有犯罪能力,承认法人犯罪是英美普通法的原则。大陆法系的刑法,则恪守罗马法以来的“法人无犯罪能力”的传统原则,认为法人不能构成犯罪。但19世纪以来,随着商品经济的发展,法人犯罪问题日益突出,理论上主张法人可以为犯罪主体的呼声增多,大陆法系国家在立法上也采取了一系列灵活变通的规定。

在20世纪,各国法人刑事责任的发展呈现出一定的趋势。其中,一种趋

[21] 这一“决定”草案的起草本身就参照了《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》的规定。参见顾昂然:《关于禁毒的决定(草案)的说明》,载高铭喧、赵秉志编:《新中国刑法立法文献资料总览》(上),中国人民公安大学出版社1998年版,第624页。

[22] 关于为打击国际毒品犯罪而缔结的重要的国际公约的制定情况,参见陈光中、[加]丹尼尔·普瑞方廷主编:《联合国刑事司法准则与中国刑事法制》,法律出版社1998年版,第318页。

[23] 陈兴良主编:《新旧刑法比较研究——废、改、立》,中国人民公安大学出版社1998年版,第174页。

[24] 苏联学者认为,只有自然人(有生命之人)才可以成为犯罪的主体,法人不能成为犯罪的主体,以法人名义所实行的某种犯罪行为不会将法人变为犯罪的主体,法人不对犯罪行为负刑事责任。而根据苏俄刑法典及各加盟共和国刑法典,法人无论在何种条件之下,也均不负刑事责任。参见苏联司法部全苏法学研究所主编:《苏联刑法总论》(下册),彭仲文译,大东书局1950年版,第346页。

[25] 高铭喧主编:《刑法学》,法律出版社1982年版,第137页。

[26] 关于这方面的争论,参见高铭喧主编:《新中国刑法学研究综述(一九四九—一九八五)》,河南人民出版社1986年版,第199—215页。

[27] 高铭喧主编:《新中国刑法科学简史》,中国人民公安大学出版社1993年版,第107—110页。

势是,法人刑事责任在各国刑法上的范围不断扩大。在英美法系国家,法人刑事责任最初只限于少数不履行法定义务造成危害的犯罪,现已发展为绝大多数的犯罪都可以追究法人的刑事责任。在大陆法系国家,这种趋势主要表现为在附属刑法或特别刑法中规定法人刑事责任的犯罪条款不断增加,犯罪的种类也越来越多。

另一种趋势是,法人刑事责任的法典化。在英美法系的印度、加拿大等国,很早就刑法上规定了法人的刑事责任。在大陆法系国家,这方面的起步较晚,但现已已经有了一些立法举措。^[28]20世纪70年代,日本在进行全面修改刑法典的工作中,曾有过将法人处罚在刑法典中立法化的努力,虽然至今并没有取得实质性的结果,但在当前日本的刑法理论中,肯定法人有犯罪能力和刑事责任能力的主张已属主流观点。^[29]在法国,早在20世纪30年代即曾主张规定法人的刑事责任,1938年提交议会的刑法草案就规定有法人应承担保安处分责任的内容,这反映出法国社会惩罚法人犯罪的初步要求。1978年,所提出的法国刑法典总则修改草案再一次确认了法人与自然人一样都可以成为犯罪主体。1994年经全面修订而生效的法国新刑法典非常明确地规定了法人的刑事责任。^[30]有关法人刑事责任的规定,被认为是法国新、旧刑法典之间最引人注目的“断裂”。^[31]

此外,20世纪以来,法人犯罪也引起了国际社会的广泛关注,成为各种国际性会议的重要议题,在刑法上追究法人犯罪的刑事责任,已逐步成为国际性会议的共识。早在1929年召开的第二届国际刑法学会大会上,就提出了针对法人犯罪的各种保安处分对策。1953年召开的第六届国际刑法学会在讨论法人犯罪的制裁问题时开始倾向于承认对法人组织可以追究刑事责任和判处刑罚。关注法人犯罪问题也同样是20世纪50年代开始召开的各届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会的重要议题。1975年召开的第五届大会所作出的报告就把法人犯罪作为国内犯罪和跨国犯罪的一种新形式加以研究。1985年召开的第七届大会在所提出的《从发展角度和新的国际经济秩序来看预防犯罪和刑事司法的指导原则》中,不仅明确提出了对法人犯罪实行两罚制,而且还提出了有效地制裁法

[28] 何秉松主编:《法人犯罪与刑事责任》,中国法制出版社1991年版,第61-62页。

[29] 何秉松主编:《法人犯罪与刑事责任》,中国法制出版社1991年版,第200页。

[30] 1994年《法国刑法典》第121-2条第1款规定:除国家外,法人依第121-4至121-7条所定之区别,且在法律或条例有规定之场合,对其机关或代表为其利益实施的犯罪行为负刑事责任。

[31] 参见《法国刑法典》“序”,罗结珍译,中国人民公安大学出版社1995年版,第7页。

人的刑事政策、原则和方法,提请各国政府在制定相应的立法措施和政策指示时要以此为指导。^[32]

这些国际会议对法人犯罪的关注从一个侧面反映出法人犯罪已日益成为世界性的社会问题,同时,它们所作出的肯定法人犯罪及对其进行具体处罚的决议,又对各国在刑事立法上承认法人为犯罪主体并承担刑事责任起到了指导和推进作用。

在我们国家,从民法领域看,肯定法人为民事主体,这在理论上几乎没有什么争论,而立法上的起步也较早,^[33]《经济合同法》(1981年)、《国营工业企业暂行条例》(1983年)等都规定了法人,1986年颁布的《民法通则》则对法人制度作了专章规定。但从刑法领域看,如前所述,80年代前期否定法人犯罪仍占据了理论上的主流地位,不过,在这一时期也已经不断有人提出肯定法人犯罪的主张。80年代中期,因中共中央的《关于经济体制改革的决定》(1984年)明确使用了“法人”的概念,《民法通则》专章规定了法人制度,及受肯定法人犯罪的国际潮流的影响,对法人犯罪持肯定态度的理论渐居优势,终于导致在立法上采取了一定的措施。1987年《海关法》首次在立法上明确规定法人犯罪及其刑事责任。其后,我国立法机关又颁布了《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》(1988年)和《关于惩治走私罪的补充规定》(1988年)等一系列法律,都明确规定了法人犯罪(也称单位犯罪)及其刑事责任。除刑事立法外,一些民事、行政、经济等非刑事法律中的刑法规范也规定了法人刑事责任。此外,最高司法机关在所作出的司法解释中也确定了法人的刑事责任。

新刑法就是在总结这些立法和司法实践,考虑当代刑法潮流的基础上,在总则中专节规定了“单位犯罪”,^[34]首次规定了单位犯罪的概念及其惩罚措

[32] 何秉松主编:《法人犯罪与刑事责任》,中国法制出版社1991年版,第57-61页。

[33] 早在1950年,当时的政务院批准公布的《机关、国营企业、合作社签订合同契约暂行办法》就使用了法人一词,其第5条规定:合同或契约之签订必须以法人为对象。

[34] 早在1988年9月由全国人大常委会法制工作委员会完成的《中华人民共和国刑法(修改稿)》就在总则中专节规定了“法人犯罪”,共有4个条文。而1995年8月完成的《中华人民共和国刑法(总则修改稿)》专节规定了“单位犯罪”,只有1个条文,此后的草案一直使用“单位犯罪”的称谓。关于这两个草案的详细内容,参见高铭喧、赵秉志编:《新中国刑法立法文献资料总览》(中),中国人民公安大学出版社1998年版。

施。并在分则的一些具体条文中,对单位犯罪的主体作了一些列举式的规定。^[35]除了刑法第5章侵犯财产罪和第10章军人违反职责罪没有条文规定单位犯罪外,分则其余各章均有关于单位犯罪的规定。新刑法采取总则与分则相结合的方式规定单位犯罪,使单位犯罪的立法趋于体系化。^[36]当然,新刑法以“单位犯罪”来取代其他国家普遍使用的“法人犯罪”概念,这是否妥当尚有待商榷,^[37]而且,新刑法颁布后,关于单位犯罪是否等同于法人犯罪在理论上也有不同见解。^[38]但根据新刑法,实施危害社会行为的公司、企业、事业单位、机关、团体,一定条件下应当负刑事责任;这是非常确定的。相对于旧刑法而言,新刑法在犯罪主体上的拓展,是符合当代国际刑法潮流的重大调整,使得新刑法关于这方面的规定不再落伍。

四、将反革命罪更改为危害国家安全罪

趋附国际刑法潮流,导致刑法内容发生变化,这不仅体现在新刑法总则部分新增了一些当代各国刑法普遍规定的原则和制度,而且也表现在其分则部分新设了一些与国际刑法接轨的罪名。

新刑法的分则,是基于对旧刑法实施10多年以来全国人大常委会颁布的22个有关刑法的修改补充规定和决定,130个民事、经济、行政法律中追究刑事责任的条款以及《惩治军人违反职责罪暂行条例》(1981年)进行修改,并总结了司法实践的情况,而规定了数倍于旧刑法的罪名。^[39]新刑法因此被认为是世界上规定罪名最多的刑法之一。^[40]在新增的罪名中,有些是因加入国际公约所致,有些是出于对外交流的需要所作调整的结果。

新刑法新增或完善规定的战争罪、环境罪、毒品犯罪、文物犯罪、劫持民

用航空器罪、侵犯知识产权罪、关于恐怖主义组织和黑社会组织的犯罪、关于核材料的犯罪、关于侵犯民族种族权利的犯罪等,其中有些是对修订刑法典之前已经颁布的特别刑事法规对国际公约刑事条款的确认部分的全部吸收,有些是修订时新增的国际公约规定的典型犯罪。这些规定为中国与世界各国国际刑事司法协助的建立与拓展提供了国内法的依据。

而将旧刑法的“反革命罪”更改为“危害国家安全罪”规定于新刑法中,则是新刑法为与国际接轨在分则的具体罪名上所作的重大调整。

近现代各国的刑法,大多将危害国家领土完整、颠覆国家政权、从事间谍活动等行为,作为危害国家安全的犯罪(有的国家称之为“国事罪”)予以规定。但在我国,自新中国初期完成的刑法草案至1979年的旧刑法,由于受苏联的强调法的阶级性的理论及早期刑事立法模式的影响,都将“反革命罪”规定于分则的第一章,而不使用“危害国家安全罪”的称谓。

在新刑法出台之前,对于应否取消反革命罪的罪名问题,刑法学界有不同的意见。^[41]其中,主张取消反革命罪这一罪名的理由主要有:“革命”一词具有强烈的阶级性、政治性,它所包含的内容比较含混、笼统,缺少法律概念的严密性、准确性;反革命罪的犯罪客体十分广泛,难以区分它与其他犯罪的界限;从主观方面看,行为人具有反革命目的才能构成此罪,司法机关在认定行为人是否犯有反革命罪时容易导致主观归罪。主张取消反革命罪的学者还进一步建议,用各国刑法通用的国事罪或危害国家安全罪来取代反革命罪,以保证法律用语的准确性和周密性,并有利于司法机关的具体操作,与国际间的刑事立法趋势相适应。^[42]还有的学者从对外交流的角度提出,在刑法中使用“反革命罪”,一则造成误解,致使国外将危害国家安全的犯罪误认为是政治犯而按国际公约和国际惯例加以庇护;二则造成口实,被一些别有用心的人作为攻击我国无政治信仰自由的借口;三则造成疑惑,怀疑我国对所签订的公约不予履行;四则造成犯罪分子脱逃惩罚;五则与国际公约的要求相冲突。^[43]

新刑法最终以危害国家安全罪取代了反革命罪,除了考虑学者们提出的关于取消反革命罪的上述种种理由以外,还考虑了一项重要的因素,那就是借鉴

[35] 据统计,除总则外,分则涉及单位犯罪的条文共计106个,其中涉及对单位适用罚金的条文100个,罪名116个,另有6个条文只列了单位犯罪的罪状,但对单位不适用刑罚,只处罚单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员。马长生、胡凤英:《论新刑法对单位犯罪的规定》,载《政法论坛》1997年第6期。

[36] 游伟主编:《刑法理论与司法问题研究》,上海文艺出版社2001年版,第55-59页。

[37] 有学者提出,刑法典使用“单位犯罪”的称谓并不妥当,其主要理由包括:单位是个模糊的概念,刑法中使用这一用语与民法所使用的法人不协调,这与国际上普遍使用的法人概念不衔接因而不便于国际交流与合作。参见陈泽宪主编:《新刑法单位犯罪的认定与处罚——法人犯罪新论》,中国检察出版社1997年版,第11页。

[38] 阮方民:《论单位犯罪的概念与构成》,载高铭喧、赵秉志主编:《刑法论丛》第3卷,法律出版社1999年版,第49-50页。

[39] 李漳、王尚新主编:《中国刑法修订的背景与适用》,法律出版社1998年版,第1页。

[40] 周其华:《中国刑法罪名释考》“前言”,中国方正出版社2000年版,第1页。

[41] 关于这方面争论的概况,参见高铭喧主编:《新中国刑法科学简史》,中国人民公安大学出版社1993年版,第199-201页。

[42] 关于这些方面的理由,参见梁华仁、周荣生:《论反革命类罪名的修改》,载《政法论坛》1990年第4期。

[43] 田宏杰:《中国刑法现代化研究》,中国方正出版社2000年版,第326页。

世界上一些国家立法的经验,比如苏联、蒙古、罗马尼亚等国家在建国初期的法律中也使用反革命罪的罪名,[44]随着阶级关系的变化,这些国家的法律分别取消了反革命的罪名。[45]

放弃使用包括反革命罪等在内的传统罪名,改采各国通用的罪名,这既是促进中国刑法与国际刑法相互衔接的需要,有利于实现我国刑法由封闭性向开放性和国际化的转变,也有助于维护我国在对外交流中的国家安全。

五、结语

我国1997年刑法,在基本原则和制度、具体罪及其处罚等方面的许多新规定,都与当代国际刑法新潮流的立法理念和立法模式有紧密的关系,这在上文已作了一定的阐述。在中国实施改革开放政策近20年,对外的经济、文化交流日益频繁,刑法学术研究已初步呈现价值取向的民主化、理论视野的国际化的20世纪末,制定刑法典必然要受到国际刑法潮流的影响。虽然新刑法在趋附国际潮流、移植外国制度的深度与广度上,不及同时期出台的另一重要的刑事法律——《刑事诉讼法》(1996年),更不能与这一时期颁布的《合同法》(1998年)等民法领域的重要法规相比拟,但从纵向角度看,新刑法在借鉴外国立法经验方面的视野的开阔、对当代刑法新理念的关注等方面,毕竟作出了新中国成立以来从未有过的努力。

当然,新刑法在与外国刑法、国际刑法的接轨与兼容方面尚存在一定的缺陷,还有待于今后的改进。其中,最为典型的是,新刑法仍具有一定的逆潮流的重刑主义。比如,虽然新刑法在广泛适用罚金刑方面有了明显的改善,但仍然为过失犯罪、非贪利性犯罪及部分贪利性犯罪保留了无限制罚金制,这与当代法治国家纷纷废除无限额罚金制、[46]以实现罪刑法定原则的大趋势有些格格不入。而新刑法规定的死刑罪名的增加,则更与限制和削减死刑适用的刑法

[44] 早期苏联刑法理论认为,与侵害国家基本利益、苏联社会结构和国家结构基础的犯罪作斗争,是头等重要的大事。基于此,苏联一直重视与反革命犯罪行为作斗争,各个时期颁布了一些有关的单行法规,并且在《苏俄刑法典》分则的第1章对此作出规定。受苏联刑法理论和刑事立法的影响,一些人民民主国家的刑法典也都在分则的显要章节中规定了反革命罪。我国旧刑法采用的也即是延续新中国初期的刑法草案效法苏联模式在分则第1章规定反革命罪的体例。

[45] 周其华:《中国刑法罪名释考》,中国方正出版社2000年版,第2页。

[46] 无限额罚金制,是指在刑法总则部分规定罚金的最低限额和最高限额,但对分则中或单行法规中某些严重的犯罪规定无最高额限制的罚金,具体判处多少罚金,根据犯罪行为、犯罪情节和犯罪分子本人的情况,由法院自由裁量。参见马克昌著:《刑法理论探索》,法律出版社1995年版,第360页。

发展的国际潮流背道而驰。[47]

此外,新刑法也与旧刑法一样,不包含当代各国刑法普遍规定、[48]修改刑法之前我国许多学者主张的关于保安处分制度的专章内容,[49]这不能不说是新刑法在与国际接轨方面尚有欠缺的又一明显例证。[50]

[47] 田宏杰:《中国刑法现代化研究》,中国方正出版社2000年版,第331-333页。

[48] 从19世纪末开始,受主观主义刑法理论的影响,许多国家相继在刑法典(或刑法修改草案)中规定了保安处分制度。第二次世界大战结束以来,这一制度得到更广泛的普及,现代西方主要国家,以及东欧、亚洲等大多数国家,我国的台湾地区、澳门地区的刑法典都规定了保安处分制度。

[49] 早在80年代中期,就有学者建议在我国刑法中建立保安处分制度。90年代,提出这方面主张的学者就更多。他们力主在修改刑法时应考虑引入保安处分制度,并提出了一定的理由,其中之一即是顺应当今世界刑法发展潮流、提高我国刑法的国际威信。参见苗有水:《中国刑法改革的难题:保安处分之取舍》,载高铭喧主编:《刑法修改建议文集》,中国人民大学出版社1997年版,第421页。

[50] 有学者提出,在我国现行社会控制体系中虽无保安处分之名,但却有保安处分之实,其具体措施按性质和内容可以分为剥夺人身自由的保安措施、限制人身自由的保安措施和非人身强制的保安措施三类,但这些措施缺乏必要的功能协调和配合,因此主张实现保安处分制度的全面刑法化,将其纳入刑法典。参见梁根林:《保安处分制度的中国命运》,载《中外法学》2001年第6期。

第四章 司法制度

【按语】 本章通过4篇专题论文，论述了20世纪中国移植外国司法制度的历史过程及其经验和教训。司法制度一词，有多种解释，在本章中的含义就是指法院（包括检察院）的组织机构体系及其作用和功能，民、刑事和行政诉讼程序，以及为完成上述作用、功能和程序所需要的法律职业者阶层的培养机制。由于中国在传统上并无司法权力的独立以及对程序法的忽视，因此，相对于其他部门法而言，近代以后中国在司法制度方面移植外国法的范围要更广一点，力度也更大一点。这是本章的特色所在。

西法东渐与中国司法的近代化

延续了近两千年的中国封建司法制度，至19世纪末20世纪初随着西法东渐和清末修律运动的展开，终于全部瓦解。在全国人民反清革命势不可挡、清王朝不得不进行司法制度改革的基础上，沈家本（1840—1913）等法学界志士，大刀阔斧地进行改革，全方位地移植外国的司法制度和观念，从而开始了中国司法制度近代化的艰难历程。

一、清末移植外国司法制度的宗旨

在清末修律过程中，对如何改革中国传统的司法体制，如何借鉴和引进外国先进的制度，当时负责修订法律馆的大臣沈家本以及主管董康（1867—1947）都有充分和清醒的认识。沈家本在《修律大臣奏呈刑事民事诉讼法折》中，^{〔1〕}就集中表达了这方面的思想：

〔1〕 该折（摺）的全文，载《东方杂志》1906年（第3年）第9期。

第一，关于实体法与程序法的关系。沈家本指出：“法律一道，因时制宜。大致以刑法为体，以诉讼法为用。体不全无以标立法之宗旨，用不备无以收行法之实功。二者相因，不容偏废。”^{〔2〕}

第二，关于民事诉讼与刑事诉讼分开的思想。在中国古代，不仅实体法与程序法不分，而且在程序法中，也是民事诉讼与刑事诉讼合在一起的。而这一传统，已经远远落后于世界法律发展的潮流了。对此，沈家本强调：“泰西各国诉讼之法，均系另辑专书，复析为民事刑事二项。凡关于钱债房屋地亩契约及索取赔偿者，隶诸民事裁判；关于叛逆伪造货币官印谋杀强劫窃盗诈欺恐吓取财及他项，应遵刑律定拟者，隶诸刑事裁判。”

第三，学习外国的司法制度，先以日本为模式。沈家本指出：“日本旧行中律，维新而后踵武泰西，于明治二十三年间先后颁行民事刑事诉讼等法，卒使各国侨民归其衿束，藉以挽回法权，推原其故，未始不由于裁判诉讼咸得其宜。”

第四，华洋诉讼的增多需要全方位地引进外国的诉讼法制。沈家本指出：自1840年鸦片战争以来，中国受到西方列强的欺凌，华洋诉讼也日渐增多。“外人以我审判与彼不同，时存歧视。商民又不谙外国法制，往往疑为偏袒，积不能平，每因寻常争讼细故，酿成交涉问题。比年以来更仆难数，若不变更诉讼之法，纵令事事规仿，极力追步，真体虽充大用，未妙于法政，仍无济也。”

第五，中国封建的诉讼体制已到了非改不可的地步了。“中国旧制，刑部专理刑名，户部专理钱债田产，微有分析刑事民事之意，若外省州县，俱系以一身兼行政司法之权，官制攸关，未能骤改。然民事刑事，性质各异，虽同一法庭而办法要宜有区别。”因此，当务之急，就是要采各国先进经验，制定和颁布简明扼要的民事和刑事诉讼法。

第六，在引进外国司法制度中，沈家本最为看重的是律师制度和陪审制度。此点，因为比较重要，我们在下面具体制度中再展开论述。

总结以上各点，沈家本的基本观点是，中国封建的传统司法制度已经不能适应目前形势发展的需要，必须全面引进外国先进的经验，外国经验中，以日

〔2〕 在宣统二年十二月二十四日沈家本、俞廉三联合上呈之《大清刑事诉讼律草案》奏折中，进一步强调了程序法尤其是刑事诉讼法的重要性：“查诸律中，以刑事诉讼律尤为切要。西人有言曰：‘刑律不善，不足以害良民；刑事诉讼律不备，即良民亦罹其害。’”

本的最为适合中国的国情,而外国司法制度中,对当时中国最有贡献的是律师制度和陪审制度。在修订法律馆当了多年总管的中国近代著名法学家董康,在回忆清末修律引进外国司法制度时,也阐述了与沈家本相类似的观点。

在《民国十三年司法之回顾》一文中,^{〔3〕}董康在讲了中华法系的种种弊端之后,阐述道:“余痛斯积弊,抱除旧布新主义。所拟草案,如法院编制法,民律,商律,强制执行法,刑律,民、刑诉讼律,俱采各国最新之制。凡奏折公牍及签注辩论,其中关于改革诸点,阳为征引载籍,其实隐寓破坏宗旨。当时引起新旧两党之争,被人攻击,亦以余与归安沈公(家本)为最烈。”这里,“阳为征引载籍,其实隐寓破坏”一语,确实道破了当时沈家本与董康等法学界改革派志士,全身心废除传统的封建的司法制度,通过引进外国的先进经验来建设中国近代司法制度的苦心。

二、司法制度之立法的移植

在沈家本等的努力下,中国政府移植外国司法制度的立法工作比较迅速。

首先,为了使中国的立法有所参考,修订法律馆在组织人员大量翻译西方国家的诉讼法典和著作的同时,于1906年派遣董康等一行4人赴日本进行司法考察。如上所述,在沈家本看来,在外国之中,日本的经验是最值得中国重视,也最适合于中国学习的。“日本旧时制度,唐法为多。明治以后,采用西法,不数十年遂为强国。”^{〔4〕}因此,在向外国派遣人员学习司法制度时,修订法律馆首先想到的是日本。

董康等人此行不辱使命,他们与日本当时著名的法学家小河滋次郎、松冈义正等人密切接触,并对日本的诉讼程序主要是刑事诉讼中的起诉、逮捕、审讯、监狱、死刑执行等进行了专门的考察。考察结束后,董康主持编译了《调查日本裁判监狱报告书》、《日本裁判所构成法》、《监狱访问录》、《日本裁判沿革大要》等重要资料。这批资料对当时修订诉讼法,进行司法改革,产生了极

为重要的影响。^{〔5〕}

其次,在吸收外国先进司法制度经验的基础上,沈家本于光绪三十二年(1906年)上奏了初步编定的《大清刑事民事诉讼法草案》。这部由他主持起草的法典分总纲、刑事规则、民事规则、刑事民事通用规则、中外交涉案件五章,共260条。另附颁行例3条。这是中国历史上第一部专门的诉讼法草案。由于它是在沈家本的设想之下,以西方的诉讼法制为基础,吸收了当时最为先进的律师制度与陪审制度,充满了近代法律气息,^{〔6〕}故一问世便遭到了各方面的非议。

一方面,清政府对这部全新的诉讼法典,持谨慎的态度。光绪皇帝在接到沈家本的奏折和诉讼法草案后,明确表示此举乃属新创,不便贸然作出决定:“法律关系重要,该大臣所纂各条,究竟于现在民情风俗能否通行,着该将军督抚都统等体察情形,悉心研究,其中有无扞格之处,即行缕析条分据实具奏。”^{〔7〕}依照光绪的谕旨,《大清刑事民事诉讼法草案》被发往全国各地,征求地方意见。

另一方面,各地将军督抚都统,对此草案几乎都持反对态度。其中反对最烈者为湖广总督张之洞。他在收到光绪帝下发的草案后,于光绪三十三年(1907年)七月二十六日上奏《遵旨核议新编刑事民事诉讼法折》,从三个方面对诉讼法草案进行了抨击:一、反对以“契约自由”、“人权原则”为宗旨来制订诉讼法:“乃阅本法所纂,父子必异财,兄弟必析产,夫妇必分资;甚至妇人女子,责令到堂作证”,是“袭西俗财产之制,怀中国名教之防,启男女平等之风,悖圣贤修齐之教”。二、反对在实体法之前先制定程序法:“西洋各国,皆先有刑法、民法,然后有刑事、民事诉讼法”。在实体法之前制定施行程序法,实“大碍民情风格”。三、认为沈家本等提出的通过司法改革,使列

〔5〕 朱勇主编:《中国法制通史》第九卷,第292页。此外,1910年,清王朝再次派遣京师高等检察厅检察长徐谦、奉天高等审判厅厅丞许世英等出使欧洲各国,专门考察司法制度。考察团回国后,撰就《考察司法制度报告书》,向朝廷陈述西方国家司法审判制度的优点以及中国目前可效仿的具体制度。该报告书共分5类:法部制度、审判制度、监狱制度、感化院制度、司法警察制度。参见《两广官报·辛亥闰六月第八期》,宣统三年六月。转引自徐家力:《中华民国律师制度史》,中国政法大学出版社1998年版。

〔6〕 [日] 菊井维大、兼子一:《中华民国民事诉讼法(第一编)》,有斐阁1934年版,第5页。该草案的西化、移植西方法制的浓厚色彩还表现在刑事案件分类上是完全按照法国的模式,即分为违警罪、轻罪、重罪。参见《大清刑事民事诉讼法草案》第4条。

〔7〕 《修订法律大臣沈家本等奏进呈诉讼法拟请先行试办折》,《大清法规大全》卷11。

〔3〕 载东吴大学《法学季刊》1924年号。

〔4〕 朱勇主编:《中国法制通史》第九卷,法律出版社1999年版,第291页。

强国家放弃领事裁判权的观点是不合实际的幻想。^[8]由于张之洞的观点代表了当时各地诸侯的普遍看法,所以沈家本主持起草的这部《大清刑事民事诉讼法草案》被搁置了起来。

再次,编纂制定《法院编制法》,对传统的司法体制进行改革。与《大清刑事民事诉讼法草案》当即流产不同,对司法体制的立法改革在该时期有了比较大的进展。从光绪三十三年八月初二沈家本提出制定《法院编制法》,宪政编查馆奉旨修订,到宣统元年十二月二十八日(1911年2月7日)该法获准颁行,中国司法制度的面貌为之一变。^[9]

该法吸收并总结了此前各次改革司法制度的成果,^[10]对审判制度及其运行机制作了规定。该法共有16章,164条,是清末得以正式生效的一部比较全面系统的各级审判机构组织法。它完全否定了中国传统的封建审判诉讼制度,将近代大陆法系国家的四级三审制、审判独立、公开审判、检察官公诉、合议制等进步的审判制度和原则移植过来,体现了沈家本等人倡导的近代西方司法制度和观念的思想。

再其次,仿照国外法制,制定颁布了《直隶天津府属试办审判厅章程》(1907年)和《各级审判厅试办章程》(1907年)。前者有四编,12章,共146条。依次为:第一编,总纲;第二编,厅局官制。第一章,高等审判厅分厅,第二章,地方审判厅,第三章,乡谳局,第四章,厅局官吏之职务,第五章,各厅局官吏之回避;第三编,诉讼规则。第一章,民刑通则,第二章,刑事专则,第三章,民事专则;第四编,讼费规则。第一章,印纸费,第二章,承发吏规费,第三章,杂费,第四章,保证。《各级审判厅试办章程》有5章,共120条。内容依次为:第一章,总纲;第二章,审判通则;第三章,诉讼;第

四章,各级检察厅通则;第五章,附则。

这两个章程,虽然都是试行性质,^[11]但却是正式获得适用的。在上述《大清刑事民事诉讼法草案》遭致搁浅、《法院编制法》尚未获得批准、刑民诉讼律还在起草的情况下,它们起着法院编制和民事、刑事法律的作用。从其规定来看,刑事、民事诉讼各自分开,法院内设检察厅,回避,和解,诉讼程序,预审,刑事附带民事诉讼,公开审判,合议庭,检察官参与民事诉讼等,都是仿照西方及日本的司法模式。

最后,编纂制定了《大清刑事诉讼律草案》和《大清民事诉讼律草案》,前者为六编,14章,共515条;后者有四编,22章,共800条。两部草案均于宣统二年十二月二十四日(1911年1月24日)完成。从内容来看,这两部诉讼法草案,主要吸收了西方如下一些资产阶级国家的诉讼制度和原则:四级三审制,回避制度,律师制度,辩论制度,审判公开制度,一事不再理制度,不告不理制度(告劾程序),^[12]检察提起公诉制度,自由心证、直接受理、原被告待遇平等原则,司法独立原则,人权保障(反对刑讯逼供)原则等。^[13]

当然,由于此时中国资产阶级革命以及各地的反清起义已经风起云涌,故这两部诉讼律草案未及审议颁行,清廷便已灭亡。

三、有关司法制度之法典与著作的引进

与通过立法方式移植外国司法制度和原则同时,中国政府与学术界也大力引进外国先进的司法方面的法典和论著。

如在沈家本等人的主持下,当时的修订法律馆曾翻译了日、美、德、法、俄、比等10余个国家的数十种法典和法学著作,其中涉及诉讼法和司法机构组织方面的有:《日本刑事诉讼法》、《日本改正刑事诉讼法》、《日本刑事诉讼法论》、《德国民事诉讼法》、《德意志旧民事诉讼制度》、《普鲁士司法制度》、《美国刑事诉讼法》、《法国刑事诉讼法》、《比利时刑事诉讼法》、《比利时监狱则》等。

与修订法律馆的翻译事业同步,中国法学界也开始致力于将外国诉讼法和司法机构组织的著作引进国内的工作。如当时的法学编译会组织翻译了日本法

[8] 《张文襄公全集·奏议》,卷六十九。前引朱勇主编:《中国法制通史》第九卷,第294页。

[9] 该编制法是在吸收了由日本法学专家冈田朝太郎起草的《法院编制法草案》之基础上编成。冈田草案为15章,140条。宪政编查馆以草案第六、第七、第八、第九章,与第十一、第十二、第十三章前后互易,并析分草案第十一章为第七、第八两章,加增若干条,成定稿编制法共16章,164条。参见《法院编制法》-〔日〕冈田朝太郎讲述,宿松熊元襄编辑,京师法律学堂笔记第14册,安徽法学会1911年印行,第7页。

[10] 如光绪三十二年(1906年)九月二十日清政府颁布了《裁定奕劻等核拟中央各衙门官制谕》,一个月之后颁布了《大理院审判编制法》,光绪三十三年十月二十九日又颁行了《各级审判厅试办章程》。这些法律法规,对清王朝的司法制度作了一些初步的改革,如借鉴外国经验,建立大理院、高等审判厅、地方审判厅和初级审判厅,实行四级三审制;对审判机关的管辖、回避、预审、公判、判决之执行等作了规定等等。

[11] 〔日〕小野清一郎、团藤重光:《中华民国刑事诉讼法》,有斐阁1938年版,第12页。

[12] 所谓告劾程序是“以当事人为诉讼主体,凡诉追由当事人行之,所谓不告不理是也。”参见沈家本、俞廉三于宣统二年十二月二十四日进呈《大清刑事诉讼律草案》时奏文。

[13] 上引沈家本、俞廉三于宣统二年十二月二十四日进呈《大清刑事诉讼律草案》时奏文。

学士谷野格所著的《刑事诉讼法》(1907年印行),陈时夏翻译了日本学者松室致的《刑事诉讼法论》(商务印书馆1910年版)。此外,一些政法类的刊物也翻译并刊登了外国学者的诉讼法方面的论著,如1906年创刊的《北洋法政学报》在其第50册至66册连续刊登了日本学者石光三郎著的《日本刑事诉讼法理》(吴兴让、邓汝辑译)之长文。^[14]

在外国诉讼法与司法机构组织方面的法典、法学著作大量进入中国的同时,在中日学术界的共同努力之下,一大批蕴含着近代西方资产阶级司法制度的内容与精神的专门用语也开始移植进入中国,成为中国法学界构建中国近代司法制度的基础。这些专门用语主要有:

公诉、公诉状、警察官、控诉、控诉人、逮捕、刑事被告人、停止(中止、裁定、判决)、减轻、公判(讼庭)、自白(自认)、代言人、罪证、私诉、管辖、处刑、确认、没收、对质、裁判所、高等法院、罪状、被告人、辩护、辩护人、剥夺公权、期限、反诉、原告人、告发、告发人、不法监禁、免除判决、处分、权利、证人讯问、审案、斥除、执行、事实审问、诉讼、始审、终审、预审、治罪、代理、无效、司法、司法官、裁判、裁判官、裁判权、判事、陪审员、自由、保释、辩论、法官、起诉、上告权、刑事被告、诉讼手续、再审、违法监禁、送达、证言等。^[15]

这些专门用语,虽然有一些在中国古代也曾出现并使用过,但大部分是近代西方司法制度东渐以后,由日本学者借用汉字创造的。在这些专门用语中,既阐述了近代西方资产阶级的司法制度与原则,也传递了西方先进的司法观念与精神。

四、清末修律中引入的外国司法制度与原则

从清末修律中颁行或完成的有关诉讼与司法机构组织的各项法典与法律来看,当时中国从外国移植过来的制度与原则主要有如下各项。

第一,全新的法院体制。众所周知,在中国古代,是没有独立的法院组织的。司法与行政的职能由同一个政府衙门一并行使。知县和知府,既是管理一方的行政官员,又是当地的法官大人。同时,民事诉讼和刑事诉讼不分,没有

检察官,也没有律师,对当事人施行刑讯逼供,没有近代意义上的人权保障机制。

在清末修律中,中国政府开始引进西方近代资产阶级的法院组织机构,建立起全新的法院体制。光绪三十二年(1906年)九月二十日清政府颁布《裁定奕劻等核拟中央各衙门官制谕》,宣布:“大理寺改为大理院,专掌审判”。一个月之后,大理院呈奏《审判权限厘定办法折》,拟定借鉴国外经验,建立大理院、高等审判厅、地方审判厅、乡谳局(后改称初级审判厅)四级审判机构,并实行四级三审制。与《审判权限厘定办法折》同时上奏的还有《大理院审判编制法》,该法进一步规定了审判机关的活动不受行政机关的干涉,“以重国家司法独立大权,而保人民身体财产。”

在光绪三十三年(1907年)十月二十九日颁行的《各级审判厅试办章程》中,不仅对法院机构组织及人员编制等作了详细的规定,而且对法院受理案件作了区分,即明确将各类案件分为民事诉讼和刑事诉讼两类,^[16]并规定了不同的适用程序。

在光绪三十三年开始起草、宣统元年(1910年)颁行的《法院编制法》中,进一步对各级审判机关的审理方式作了规定,如初级审判厅和地方审判厅的一审案件,由推事1人单独审理,二审、三审案件,由推事3至5人组成合议庭进行审判。

应当说,上述法院机构组织及其活动方式,虽然还带有中国传统社会的痕迹,如由法部复核由大理院审结的死刑案件等,但其主体内容都是学习西方国家的先进经验、移植西方国家的制度和原则而成,^[17]对中国官员和老百姓而言,应当说是全新的事物。

第二,创办检察机关。在中国古代,并无检察机关。^[18]它是清末从国外

[14] 李贵连主编:《二十世纪的中国法学》,北京大学出版社1998年版,第91页。

[15] 前引李贵连主编:《二十世纪的中国法学》,第31-32页。应当说,近代中国司法制度方面的专门用语,绝大多数是由日本学者创造的,但也有个别很关键的词,则是近代中国人的发明,如“律师”一词。该词在日本从未出现过,表达与中文“律师”同一意义的日语是“弁护士”。

[16] 《各级审判厅试办章程》第1条对刑事案件和民事案件作了明确的界定:“凡因诉讼而审定罪之有无者属刑事案件”;“凡因诉讼而审定理之曲直者属民事案件”。

[17] 以上各项法律法令,尤其是《各级审判厅试办章程》,都是起草者“数月以来悉心考究各国审判办法”的产物。参见《法部大理院会奏酌拟各级审判厅试办章程折》,载《东方杂志》第5年(1908年)第3期。

[18] “我国在清德宗(光绪皇帝)设检察厅以前,无所谓检察制度。史籍所载,虽谓侍御史职司纠举百僚,推鞠狱讼,监察御史掌分察百僚,巡按郡县纠司刑狱。但一方检罪犯,一方又审理罪犯,是检察与裁判之职责集于一身。与今日之检察官,不得兼审判官者,绝不相侔,故可谓我国往古无检察制度”(刘钟岳著《法院组织法》第45页。引自最高人民法院研究室编:《检察制度参考资料》第二编“旧中国部分”,1980年印行,第10-11页)。

引进的机构,对中国人来说,也是全新的事物。在清末,检察机关附设于各级审判机关内,即在大理院设总检察厅丞,在高等审判厅设高等检察长,在地方审判厅设地方检察长,但相对于审判厅,检察官独立行使其职权。

根据《各级审判厅试办章程》第四章的规定,检察官负有如下职权:①刑事提起公诉;②收受诉状请求预审及公判(公开审理);③指挥司法警察官逮捕犯罪者;④调查事实搜集证据;⑤民事保护公益陈述意见;⑥监督审判并纠正其违误;⑦监视判决之执行;⑧查核审判统计表。

从上述8项职权来看,中国建立的检察制度,几乎与日本的模式完全一样。^[19]只是由于日本改革已有数十年,而中国才刚刚起步,故许多制度日本已经有了,中国还没有而已。如检察官处理非讼案件的职权,中国因尚未制定非讼案件法,故对此就没有规定。

第三,回避制度。在中国古代,也有司法官员回避的制度,但那时设置制度的出发点在于回避老乡、亲戚、故旧等关系,以免做官期间为其谋取私利,故有在本省不得为官的规定,其回避的不仅是司法方面的事,也关涉钱粮行政等各个方面,这虽与近代社会为保证司法公正而设计的回避制度在形式上有相通之处,但在法律观念上并不是一回事。

清末修律期间,在移植西方司法制度的过程中,回避制度也逐步在中国扎下了根。当时,不仅在知识分子的论文和奏折中,有阐述回避制度者,^[20]在立法方面更是制定了比较详尽的制度。

在1906年的《大清刑事民事诉讼法草案》中,对回避制度作了专门的规定:“凡承审官有左(下)列情形者,应向高等公堂声明原由陈请回避:一、承审官有被损害者;二、承审官与原告或被告有戚谊者;三、承审官于该案曾为证人或代理者;四、承审官于该案无论现在或将来有关涉利益或损害者”(第10条)。“凡陈请回避之案由高等公堂另委有审判权之官员审理”(第11条)。

1907年的《直隶天津府属试办审判厅章程》,也用专章(第二编第五章)

规定了回避制度,其内容与《大清刑事民事诉讼法草案》规定的一模一样。^[21]

同年生效的《各级审判厅试办章程》则用专节规定了回避制度,并且比前述草案和直隶章程更为详细,即该试办章程规定回避的对象为:①审判官自为原告或被告者;②审判官与诉讼人为家族或姻亲者;③审判官对于承审案件现在或将来有利害关系者;④审判官于该案曾为证人、鉴定人者;⑤审判官于该案曾为前审官而被诉讼人呈明不服者。同时,该章程还规定:如审判官与诉讼人有旧交或嫌怨恐于审判有偏颇者,应检察官及诉讼人申请,也必须回避。

在清末的其他诉讼立法中,如《大清刑事诉讼律草案》、《大清民事诉讼律草案》等,也对回避制度作了相应的规定。^[22]这些以西方特别是日本的模式作出的关于回避的规定,尽管有的获得了施行,有的被暂时搁置,但后来都成为民国时期回避制度的基础。

第四,辩论制度。辩论制度是近代西方保护诉讼当事人之合法权益的一项重要制度。在清末制定的上述各项诉讼法律中,对该项制度也都作了比较详细的规定,强调言词辩论是法庭审理中的一项基本原则。

比如,《大清刑事民事诉讼法草案》和《大清刑事诉讼律草案》等都明确规定,第一审开庭审理案件,必须进行法庭言词辩论,它包括当事人演说(朗读诉状作出陈述)及行使发问权、承审官及审判衙门指挥诉讼、和解及笔录等,未经法庭言词辩论不得作出判决。《大清刑事民事诉讼法草案》还就法庭辩论的细节和流程作了规定。

如该草案第54条规定:“承审官应准被告或所延律师得向原告当堂对话”。第58条规定:“被告或所延律师均准向原告各证人对质”。第59条规定:“被告或所延律师对质原告各证人后原告或所延律师亦可复向原告各证人”。第60条规定:“原告并各证人均已供证后承审官即令被告申辩”。第68条最后规定了两造在法庭上当堂复辩的程序。

考虑到当时民众的知识水平和承受能力,为了保证言词辩论的顺利进行,上述草案都规定了原被告当事人有权聘请律师作辩护人的制度:“被告案件应

[19] [日]冈田朝太郎讲授、熊元襄编辑:《法院编制法》第二编,京师法律学堂笔记第14册,安徽法学社1911年印行。

[20] 参见《宪政编查馆奏变通各省法官回避办法》(1910年)五月初七日。载《东方杂志》第7年(1910年)第6期。

[21] 该章程第28条规定,在如下情形之下,审判官员必须回避:①审判官自被损害者;②审判官与原告或被告有戚谊者;③审判官于该案曾为证人或抱告(代诉)者;④审判官于该案无论现在或将来有关涉利益或损害者。“凡陈请回避之案由部长另指他审判官以承其乏”。

[22] 如《大清刑事诉讼律草案》第28条规定:推事如遇有下述5种情况,必须回避:①推事自为被害人;②其配偶或四等亲内血族、三等亲内姻族;③推事系证人、鉴定人时;④其为法定代理人、监护人、保佐人、辅佐人时;⑤推事曾为前承审官者。

科二等有期徒刑以上者，无辩护人不得开公判”。〔23〕法庭辩论可由“律师参加”。〔24〕

第五，破产制度。破产是为了保护债权人的利益、解脱债务人的困境以重新创业、并稳定必要的经济运作秩序的一种法律制度，它是近代资本主义崛起之后发明的一项制度，其程序起初被规定在诉讼法中。在清末的诉讼立法中，中国也移植了西方的破产程序，并用多项条文规定了此项制度。

如在《大清刑事民事诉讼法草案》中，从第162条至第184条，用了23个条文规定了有关破产的程序，其要点为：

“各债主应公举债主或局外一人专司收取放出债项及变卖货物各项事宜，俟所得之款汇齐，即按照各债数目代为均平减成偿还”（第165条）；

“所立券约一经债主签押及呈堂立案后，各债主俱应遵守；凡附单内开列所欠各债即作了结，不得再向该欠户索讨”（第166条）；

“凡欠户无力清还各债或因债被拿及被监禁者，可向公堂（法院）呈请破产。自呈请之日起，本人及一切货物家具产业即须听候公堂命令”（第167条）；

“公堂接到呈词并附呈之清册，即可判定该欠户为破产人”（第170条）；

“凡债主均可呈控公堂将欠户判为破产人”，条件是索债数额在300元以上（第171条）。

此外，该法草案第172条至第181条，对破产登报、破产人和财产的扣押、破产管财人的产生与职责、对破产过程中不法行为的制裁等作了比较详细的规定。

《大清刑事民事诉讼法草案》以及后来的刑事民事两个诉讼律草案尽管没有实施，但其规定的破产制度，却为后来民国时期的破产立法提供了基础。

五、清末移植过来的近代西方司法观念

在清末修律过程中，不仅移植了大量西方近代的司法制度和原则，也导入了许多资产阶级的司法观念，如司法独立、公开审判、人权保障、律师辩护、公民陪审、无罪推定等。下面，我们试对其中主要的几项作些分析。

第一，司法独立。司法独立，是西方2000多年法律传统之重要组成部分，也是其一个核心理念。如上所述，在中国古代，司法与行政从来就是混同在一

起的，并共同屈服于皇权的淫威之下，更遑论司法独立的机制和理念了。

鸦片战争之后，随着西法东渐，司法独立的观念也传入中国。除了沈家本、董康等一批开明官员为司法独立而奔走呼吁外，司法理论界和实务部门也开始了行动。如在理论界，此时陆续发表了一批介绍论述西方司法独立观念的文章。如《法学会杂志》第1年第2期（宣统三年六月十五日）上所刊毅盒之《三权分立论》一文，就对司法独立作了历史上、理论上的阐述，强调了司法不独立，就无法防止权力的腐败、保证司法的公正。

在立法上，此时对司法独立也作出了比较详细的规定，如前述宣统元年颁行的《法院编制法》对独立的司法机关如大理院、各级审判厅和检察厅等，以及审判官和检察官的出任资格、任用形式（不以命令而以法律形式，以防朝令夕改）、任用程序、工资待遇、〔25〕审判人员的转任及罢免等作了明确而详细的规定。前述各刑事、民事诉讼法草案，对司法审判适用的独立的法律规范和程序作了规定。与此同时，为了确保司法官员的能力和素质，以利司法独立的顺畅实施，清末还兴办法律学堂，开始着手专业化、高层次的法律人才的培养工作。

在西方司法独立的观念之中，最为重要的是要确保法官的独立人格和地位，专门依据法律，而不受任何他人之威胁利诱。为了做到这一点，西方各国一般都实行了法官高薪和法官终身的制度。在清末之中国，在皇权仍然高高悬挂威慑之情况下，显然是无法充分做到这一点的。但当时的沈家本、董康和俞廉三等改革派官员，仍然尽了最大的努力，对法官高薪和法官终身制作了一些规定。

比如，在法官高薪方面，规定大理院正卿享有与正二品行政官员同样的待遇，以下各级法官依次类推等。在法官终身制方面，规定法官和检察官除了有以下几种情况，如公然干预政事、为政党员政社员及中央议会和地方议会之议员、为新闻记者及律师、兼摄非本法所许之公职、经营商业及律例所禁吏员之业务，以及审判机关更改废止等之外，法部对于推事及检察官，“不得有勒令调简借补停职免职及减俸等事”（冈田法院编制法草案第67条、第69条、第71条；宪政编查馆法院编制法第121条、第123条、第125条）。

〔23〕《大清刑事律草案》第316条。

〔24〕《大清刑事民事诉讼法草案》第118条。

〔25〕大理院正卿（相当于最高法院首席大法官）拿清王朝正二品官员的俸禄，民刑科推丞（民刑庭庭长）领正四品官员的俸禄，民刑科推事（法官）领正五品官员的俸禄。各地各级审判厅之法官的工资待遇以此类推。

第二,人权保障。人权保障之观念,是西方法律文化传统之一,从1215年英国颁布《自由大宪章》以后,人权保障就逐步进入司法制度运作的领域。英国1628年的《权利请愿书》、1679年的《人身保护法》、1689年的《权利法案》,美国1776年的《独立宣言》、1789年的《人权法案》,法国1789年的《人权宣言》,对人权包括被告的人权保障都作出了详细的规定。在清末的诉讼法改革中,沈家本等人也将西方的人权保障观念移植入了中国的司法制度之中。

在《大清刑事民事诉讼法草案》中,对原告的人格、名誉及身体等保障作了比较系统的规定。如该草案第15条规定:“凡审讯原告或被告及诉讼关系人,均准其站立陈述,不得逼令跪供”;第17条规定:“凡审讯一切案件,概不准用杖责、掌责及他项刑具,或语言威吓,交逼令原告被告及各证人偏袒供证”;第18条规定:“凡承审官巡捕官及各项官员违背前两条之例者,即行除革治罪”;第111条规定:“凡审讯原告被告及各证人,均不得拘留”。此外,在第21条、22条、28条、44条、45条、142条、143条等条文中明确规定了拘留和逮捕人犯必须要有法院签发的拘票,捕获犯人之后必须立刻审讯其间不得超过24小时,非有裁判权之法院不得审判、拘留或监禁罪人,民事案件中被监禁之人不得与刑事案件之人关押在一起、不得勒令充当苦工等。

在《大清刑事法律草案》中,进一步将保护被告之合法权益作为其基本原则之一。在沈家本、俞廉三的上呈草案之奏文中,他们将刑事被告与原告(检察官即国家公诉人)之待遇平等作为该草案的第四项基本原则和特色;其理由是检察官代表了国家,是一个强者,而刑事被告作为单个的公民个人,是弱小的,因此需要特别的保护,由此他们提出了允许刑事被告使用辩护人和辅佐人,设计了比较系统的辩护制度:“辩护制度为刑事诉讼上防御不法或不当之攻击,以保护被告人者也”(第55条)。该草案还强调在审理过程中,对“被告人禁用威吓及作罔之言”(第66条),以防止冤案错案。

清末诉讼立法中引入之人权保障的制度,尽管因这些草案没有获得实施而停留于书面,但已经非常充分地说明了当时人权保障之观念已经传入中国,并在法学界有了比较充分的体现。

第三,公民陪审。为了防止司法机关徇私枉法,伤害到民众的基本人权,在西方,很早就设计了公民陪审的制度。这一制度及其观念,于13世纪在英国产生、定型之后,在17世纪英国资产阶级革命以后获得了广泛的传播,不仅是同属判例法系的美国等全盘照收,即使在大陆成文法系的法国等,也实施

了有陪审员参加的审判。

在清末修律过程中,沈家本对西方的陪审制度尤为赞赏,认为它代表了人类文明进化的发展方向。在《修律大臣奏呈刑事民事诉讼法折》中,沈家本将陪审制度与律师制度并列,作为改革中国旧式的司法制度的主要方面。^[26] 在他主持起草的《大清刑事民事诉讼法草案》中,从第208条至第234条,共用了27个条文详细地规定了陪审制度。

比如,该草案认为,陪审制度的职责是“有助公堂(法院)秉公行法,于刑事使无屈抑,于民事使审判公直”(第208条)。

关于陪审适用的案件,该草案第209条规定:刑事案件,为监禁6个月以上、罚金500元以上、处刑在徒流以上者;民事案件,诉讼金额在300元以上者。对于上述案件,当事人可以请求适用陪审制度。

关于陪审员的资格,该草案第213条和第214条规定:凡年龄在21岁以上65岁以下之男性退休官员、商人、有知识者、地主等,可以充当陪审员;凡有薪俸之现任官员、公堂人员、在该公堂管辖之地区执业的律师、医师、药材商人、残疾人、犯过罪者以及声名恶劣者,不得为陪审员。

该草案规定,公堂从上述符合陪审员资格的人员中选出陪审员后,必须造出清册,每年正月更定一次。这一清册的名单必须通过张贴告示等方式予以公布(第210条、第211条)。

在适用陪审制的情况下,如是刑事案件,就从上述清册中选出40名候选陪审员;如是涉及金额在1000元以上之民事案件,则从清册中选出30名候选人,然后由法院通知他们本人。到时如不到堂或到堂之后退堂,将被处以100元以下的罚款。开庭时,如是刑事案件,由书记官从40名候选人中抽出12人;如是民事案件,则抽出6人,经两造评议无异议,就组成陪审团(第217条、第218条)。这12人或6人陪审团因故到不齐时,可以从在公堂观审人员中选择合格者充任之(第222条)。

陪审员经过宣誓后,就坐在承审官旁边,以随时提问(第224条)。当“两造证词及律师辩解均已听毕,承审官即向陪审员将该案所有证据再诵一遍,并加评论。如有律例问题,务须逐一详解,使陪审员所议决词与例相符”(第225条)。经过此过程后,陪审团退席,至静室评议,作出有罪或无罪之决议,并由陪审团代表出来宣布结果。如有罪,由承审官按律判刑;如无罪,则当场

[26] 参见《东方杂志》1906年(第3年)第9期。

释放。一般罪，依多数决；如是死罪，则要求全体陪审员观点一致。如退席议决因分歧无果，则由承审官另行组织陪审团。陪审团一旦进入工作程序，就和外界隔离，直至作出结论（第226条至第233条）。

以上，笔者之所以不厌其烦、比较详细地介绍了《大清刑事民事诉讼法草案》关于陪审制度的规定，就是要说明，该草案虽然没有实施，但当时西方尤其是英国的陪审制度，事实上已经很深刻地影响了当时中国的立法者，当时中国法学界的高层人士，已经非常热诚地想把英国的陪审制度模式全部搬入中国，只是由于种种历史原因，这一努力才没有能够实现。

第四，律师辩护。在中国古代，虽然也有帮助诉讼当事人打官司的讼师，但其与近代律师完全是两回事。近代律师制度包括律师辩护的观念，都是西方资产阶级革命以后，在保护诉讼当事人的权益的运动中形成，并在鸦片战争以后传入中国。

律师辩护，作为近代西方司法制度的有机组成部分，进入中国后对中国人的冲击主要不在于制度，而在观念上。因为，在中国封建社会中，在专制政权确保社会秩序稳定的宗旨之下，历代法典以及司法实践都是以严酷的刑罚禁止以助人诉讼为业的“讼师”。^[27]而近代律师则以正当的职业、正当的程序、专业化的知识，发挥着维护诉讼当事人合法权益的重要社会作用，其社会地位也迅速得以上升。

中国近代的律师辩护，最早产生于鸦片战争之后中国沿海各通商口岸城市的外国租界之中。在领事裁判权制度下，租界的司法管辖实行属人主义。在率先对在华的本国公民进行司法管辖的英国租界内的司法机关中，英国人最早进行了律师辩护制度。换言之，中国最早的律师辩护，是由外国律师进行的。随后，律师从租界的领事法庭，走入会审公廨，参与审理纯属中国国民之间的案件。从而一方面约束了主审法官的任意专断，另一方面在中国培植了律师辩护的新观念，使人们认识到了律师的价值。

在清末修律、移植西方司法制度的活动中，律师辩护更是受到了沈家本等人的特别重视和关注。在《修律大臣奏呈刑事民事诉讼法折》^[28]中，沈家本将引进西方律师制度，作为改革中国传统体制、移植西方司法制度和观念的两个最重要的任务之一（另一个是引进陪审员制度）。他指出：“一宜用律师也。

按律师，一名代言人。日本谓之辩护士。盖人因讼对簿公庭，惶悚之下，言词每多失措，故用律师代理一切质问、对诘、复问各事宜。各国俱以法律学堂毕业者给予文凭充补是职。若遇重大案件，则由国家发予律师，贫民或由救助会派律师代伸权利，不取报酬，补助于公私之交，实非浅鲜。中国近来通商各埠，已准外国律师辩案，甚至公署间亦引诸顾问之列。夫以华人讼案，藉外人辩护，已觉扞格不通。即使遇有交涉事件，请其伸诉，亦断无助他人而抑同类之理。且领事治外之权，因之更形滋蔓，后患何堪设想？拟请嗣后，凡各省法律学堂，俱培养律师人材，择其节操端严，法学渊深，额定律师若干员，卒业后考验合格，给予文凭，然后分拨各省，以备辩案之用。如各学堂，骤难造就，即遴选各该省刑幕之合格者，拨入学堂，专精斯业，俟考取后，酌量录用，并给予官阶，以资鼓励。总之，国家多一公正之律师，即异日多一习练之承审官也。”

在当时的社会舆论方面，也极力鼓动和倡导模仿西方，确立中国自己的近代律师制度。如有的从改革教案审理中华洋诉讼两造不平等对待的角度提出设置律师辩护的六个好处：一、教、民无从表异也。今之讼，民跪，教民不跪；民押，教民不押。此增长教民之火焰，而为集民人冤愤之极端也。一用律师，则民、教遂无分别。二、教士无从干预也。因为西方教士常借口中国法制不完备，而设律师之后，此借口就无从成立也。三、领事之不能越俎也。四、讼棍之自然消除也。五、律法明而民智大开也。六、渐可使外人收回治外法权也。^[29]

也有的从司法公正、保护国民权利的角度提出实施律师辩护的三个意义：第一，律师辩护的实行，有利于秉公执法，使法官作出公正的判决；第二，律师制度的实行，可以有效地防止诉讼活动中的其他各种弊病，如幕友、师爷专权等；第三，律师制度的实行，有利于从根本上转变中国传统的轻视对国民合法权益的保护，尤其是对诉讼当事人的正当权益的维护的观念和氛围，从而实现从传统的封建司法制度向近代资产阶级司法制度转变的革命。^[30]

在沈家本等人的努力下，在当时社会舆论的推动下，以及光绪二十九年

[27] 何勤华：《中国法学史》第二卷，法律出版社2000年版，第374页。

[28] 载《东方杂志》第3年（1906年）第9期。

[29] 《时报》社评：《论中国亟宜教育律师》，转载于《东方杂志》第1年（1904年）第6期。

[30] 徐家力：《中华民国律师制度史》，中国政法大学出版社1998年版，第13页。

(1903年)在《苏报》案审理中律师辩护作用的凸现,^[31]律师辩护的制度和观念在清末开始得以逐步流行。在1906年由沈家本、伍廷芳等拟定的《大清刑民事诉讼法草案》中,明确规定了律师制度。^[32]该草案后来虽然流产了,没有生效,但于1907年颁布、试行的《各级审判厅试办章程》和1910年颁行生效的《法院编制法》都对律师辩护制度作了具体规定。^[33]当然,由于辛亥革命的爆发,清末的律师辩护制度未能全面实施,但其制度和观念为民国时期中国近代律师制度的正式确立奠定了扎实的基础。

六、若干反思

从上述清末修律中移植外国司法制度的历程来看,有几点历史经验是值得反思的。

首先,清末政府与法学界在移植西方先进的诉讼法和司法机构组织等方面,是带着矛盾的心态的。从政府(包括各地诸侯)方面看,移植外国的制度和原则是出于无奈,是为了缓和阶级矛盾,平息人民的各种不满、反抗和起义,因而是不得不这么做。因此,在这种心态下,对外国制度、原则的移植是不可能彻底的,如在“部院之争”中,政府的目的是让法部和大理院相互牵制,以为其巩固专制统治服务。在对待沈家本主持起草的《大清刑民事诉讼法草案》的态度上,也是以否定为宗旨。

然而,法学界人士的态度则是真诚的,他们确实希望学习西方,强国富民,并为此作了大量的工作。这些工作的分量,即使在现在看来,也是令人叹

为观止的。但由于他们不是最终的决策者,故在专制体制下,法学界的努力往往是事倍功半,这是历史的悲哀,也是清王朝不可逆转走向失败的重要原因。

其次,清末修律带有一定的盲目性。清末修律引入西方制度和原则,但对西方了解多少,不仅清末政府,即使是法学界人士,认识水平也是不一致的,很多人当时对西方的制度和原则还处在一知半解的水准。这从张之洞反对《大清刑民事诉讼法草案》的第二条理由中即可看出。他认为西方国家法律传统都是先实体法,而后是程序法。这实际上仅指近代西欧大陆法系国家的情况。事实上,不仅是英美法系国家非常重视程序法,从程序法中发展出了实体法规范。即使是大陆法系国家,在历史传统中也是程序法在前,实体法在后。如西方历史上第一部成文法典《十二铜表法》的开头两编,即是诉讼程序。世界法律发展史表明,程序法和实体法往往是互为因果,相互促进,很难说谁先谁后。张之洞反对颁行《大清刑民事诉讼法草案》,既是对西方法律传统的缺乏了解,也与中国历史上不重视程序法的传统思维相关。

再次,清末修律中移植的西方资产阶级先进的司法制度、原则和观念,尽管大半天折,留下了诸多遗憾,但这场轰轰烈烈的修律与移植西方法律运动,并不是没有意义的。它当时所播下的从外国引进的法律种子,在民国时期即结成了丰硕的果实。《大清刑民事诉讼法草案》、《大清刑民事诉讼律草案》、《大清民事诉讼律草案》等,以及其他各项制度如司法独立、人权保障、审判公开、一事不再理、回避、律师辩护等,均在民国时期得以生根、发芽、开花、结果。^[34]

由此可见,法律移植虽然并非一帆风顺,但只要其具有普遍的价值与意义,它还是可以成功,并得以本土化的。

[31] 1902年5月,设在上海租界内的《苏报》发表了邹容的《革命军》自序,6月,又发表了对《革命军》的介绍和评论。由于《革命军》一书鼓吹革命、推翻清朝统治,因此,迅速引来了清政府的镇压措施。但因为是在租界内,清政府无法明目张胆地动武,最后只好听取英国律师的建议,通过法庭审判、律师辩护的程序,于1904年5月将被告章太炎和邹容分别判处3年和2年监禁。这就是当时轰动朝野的“《苏报》案”。

[32] 该草案第199条明确规定:“凡律师,俱准在各公堂(法院)为人辩案。”第200条规定:“凡律师,欲为人辩案,须在法律学堂考取人格,给有堪为律师文凭。该律师亲自持往该省之高等公堂,呈请核验,并自行宣誓,概无假冒情节,且须有与该律师相识之殷实人二名立誓具保该律师品行端正,人、凭相符,方准该律师在高等公堂或各属公堂办案”。第201条至第207条,进一步对律师的宣誓、职责、资格获得、注册、辩护过程中的权利义务、外国律师的辩护、罚则等作了规定。

[33] 《大清刑民事诉讼律草案》也对律师辩护制度作出了详细规定。如该草案第55、56条明确指出审判案件必须实行辩护制度,而“辩护人选任律师充之”。第316条规定科二等有期徒刑以上者,无辩护人不得开庭。第317条规定,对20岁以下之未成年人、妇女、聋哑人、精神有障碍者以及法院认为有必要者,法院必须为其指定辩护人。

[34] 清末在移植外国诉讼法的基础上制定的各大法典,基本上为民国时期各届政府所吸收。如《大清刑民事诉讼律草案》和《大清民事诉讼律草案》的许多部分,为民国初期的北京政府所明令实施。民国10年制定的《刑事诉讼条例》(于民国11年7月1日在全国实行),民国10年3月2日公布的《民事诉讼律》(同年5月2日施行),同年7月22日公布的《民事诉讼条例》(民国11年7月1日实施),民国17年7月28日颁布的《刑事诉讼法》(旧刑事诉讼法,同年9月1日实施),民国19年2月26日颁布的《民事诉讼法》(民国21年5月20日施行),民国24年1月1日公布的《刑事诉讼法》(同年7月1日实施),都是在清末诉讼立法的基础上修订增补而成(参见〔日〕小野清一郎、团藤重光:《中华民国刑事诉讼法》(上),有斐阁1938年版,第14页;〔日〕菊井维大、兼子一:《中华民国民事诉讼法第一编》,有斐阁1934年版,第9页)。

西方模式的选择与中国司法的现代化

民国时期，是中国司法制度实现现代化的时期。该时期，中国在清末修律，移植西方先进司法观念和制度的基础上，进一步扩大选择模式的范围，通过移植日本、德国、奥地利、法国、瑞士、意大利等国的法院体制和诉讼法，结合中国国情，建立起了现代化的司法制度体系。本文试图对这种移植的过程，具体内容及其特征，以及对中国现代以后司法制度的影响作些初步的分析，祈望得到学术界同仁的批评指正。

1912年1月1日，中华民国成立。同年3月15日，袁世凯利用其军事实力和政治手腕接替孙中山出任临时大总统。限于当时的情势，在司法制度建设方面，下令沿袭使用清末制定的各项法典及其草案中与当时的国情不相冲突的部分。

比如，依据1912年5月的司法部令，《大清刑事诉讼律草案》（1910年）中的第一编第一章第一节“事物管辖”、第二节“土地管辖”、第三节“管辖的指定和移转”，可以由司法实践部门援用执行；《大清民事诉讼律草案》（1910年）中的第一编第一章“事物管辖”、第二章“土地管辖”、第三章“指定管辖”、第四章“合意管辖”等共41个条文，呈大总统批准后可以实施。^{〔1〕}

又如，民国4年（1915年）8月的司法部令规定，涉及《大清刑事诉讼律草案》第四编“再理”（再审）以及非常上告的第435-464条，可以援用执行；依据民国7年5月的司法部令，涉及该草案第六编“裁判的执行”的第477-515条，可以援用执行；依据民国8年4月司法部令，涉及第一编第一章第四节“审判厅职员的回避、拒却以及关于引避”的第28-38条，可以援用

执行。

此外，关于清末制订的法院组织和编制法律，民国成立之后也宣布，除非其与国体相抵触者，其余都以临时大总统的命令的方式，予以认可援用。^{〔2〕}应当说，这种援用和实施，虽然只涉及部分内容，但在适用这些规定的同时，必然要参酌法典草案的其他部分规定，故在事实上，整部《大清刑事诉讼律草案》、《大清民事诉讼律草案》以及《法院编制法》基本上都是获得适用的。

由于简单援用清末的诉讼法律不能满足当时社会发展的要求，因此，从民国4年开始，民国各届政府在对清末立法作出修订的基础上，着手制订颁布新的法院组织法和民刑事诉讼法律。

民国4年6月，北京政府对清末制订实施的《法院编制法》予以修正字句后重新公布，予以实施。该法共16章，164条，内容涉及审判衙门通则、地方审判厅、高等审判厅、大理院、审判衙门之用语、判断之评议及决议、检察厅、推事及检察官之任用等。

民国10年（1921年）3月2日，设置在广东的军政府颁布了《民事诉讼律》。4月13日，又公布了《民事诉讼律施行细则》，共7条，规定《民事诉讼律》于公布后2个月即5月2日实施。^{〔3〕}该律除了在名称上对前述《大清民事诉讼律草案》作些变动（如草案将裁判所称为“审判衙门”，而该律则称之为“法院”）之外，基本上是草案的复制品，如草案为四编800条，该律也是四编800条。^{〔4〕}由于广东军政府管辖的范围仅仅限于以广东为中心的地区，故该律的适用范围也是地域性的。与《民事诉讼律》颁行实施同一时间，广东军政府也颁布施行了《刑事诉讼律》。该律虽与《民事诉讼律》一样，效力只及于西南数省，但作为中国历史上第一部正式生效的刑事诉讼法，意义仍然是非常重大的。

同年7月，在徐世昌总统之下，经靳云鹏内阁之手，北京政府颁布了《民事诉讼条例》（民国10年11月14日在东三省实施，翌年7月1日在全国实施）。该条例共六编755条，基本上也是袭用了清末的民事诉讼律草案，只是与几乎原封不动地照搬该草案的上述广东军政府的民事诉讼律不同，它多少加

〔2〕 郑保华：《法院组织法释义》，上海法学编译社1936年版，第49页。

〔3〕 谢振民编著，张知本校订：《中华民国立法史》（下册），中国政法大学出版社2000年版，第993页。

〔4〕 〔日〕菊井维大、兼子一：《中华民国民事诉讼法第一编》，第10页。

〔1〕 〔日〕菊井维大、兼子一：《中华民国民事诉讼法第一编》，有斐阁1934年版，第9-10页。

入了一些修改的内容。^{〔5〕}该条例的实施,形成了南北两个民事诉讼法律体系的格局。

与此同时,靳云鹏内阁还制订颁布了《刑事诉论条例》(民国10年11月14日在东三省实施,翌年7月1日在全国实施)。该条例共八编514条,其内容主要是对清末制订的《大清刑事诉论律草案》的修订,同时也是模仿日本1920年《刑事诉论法草案》的产物,如该条例规定的将预审作为审判前的程序就是从日本移植而来的。^{〔6〕}

民国17年(1928年)7月28日,南京的国民政府颁布了《刑事诉论法》(同年9月1日与《刑法》同时生效),有九编,共513条。它是对前述《刑事诉论条例》的修订,最大的改动在如下三个方面:一、将条例规定的“私诉”改为“自诉”,并扩大了其范围;二、废除了条例规定的由预审推事进行预审的程序;三、增设了第七编“简易程序”和第九编“附带民事诉讼”。

民国19年(1930年)9月13日,南京政府立法院第109次会议决议,去掉原民事诉讼条例中第六编第五章“人事诉讼程序”的规定外,将其其他全部667条压缩为534条,并将其呈送第96次国务会议审议,于同年12月26日公布。经立法院翌年1月表决通过,在增加了66条(从第535条至第600条)内容的基础上,由国民政府于2月正式公布,并于民国21年(1932年)5月20日正式实施。之后,经过修订,于1935年公布实施了新的定型的民事诉讼法。新法在旧法的基础上,又有许多修正和创新。^{〔7〕}

民国24年(1935年)1月1日,南京政府又颁布了新的刑事诉论法,并于7月1日起正式施行。该法在吸收1928年旧刑事诉论法的基础上,进一步向国际诉讼法潮流靠拢。与旧刑事诉论法相比,该法扩大了自诉的范围,承认了检察官处理缓期起诉的权力,明确了“上诉不加刑”原则等。该法是整个民国时期的现行法,在民国诉讼法制建设中影响深远。^{〔8〕}

在新的民刑事诉论法制订颁布过程中,民国政府也开始着手法院组织法的

修订工作。民国21年,中央政治会议第231次会议决定,改民国4年之《法院编制法》为《法院组织法》,并定立法原则12项,修正立法原则5项,交立法院起草,共分15章,91条,于同年10月28日公布,民国24年(1935年)7月1日起实施。同年7月22日复经立法院将其中第33条、37条、38条修正,经政府命令公布。这就是新的《法院组织法》。

这样,经过20余年的努力,民国政府基本上建成了一个比较完备的司法制度体系。尽管这个体系的形成,经过了诸多变化,内容也有许多更动,但其移植外国法,采纳外国经验的主线没有改变。正是在吸纳外国法的基础上,中国才基本实现了司法制度的现代化。^{〔9〕}

民国时期移植外国司法制度的首要成果,是在清末修律的基础上,进一步奠定了中国现代法院组织的框架体系和运作机制。

在中国古代,并无独立的法院体制。清末修律时,中国政府引进近代西方资产阶级(主要是德国和日本)的法院组织,建立起了全新的法院体制。^{〔10〕}民国政府成立后,通过上述对法院编制法的修订、法院组织法的颁布,中国结合自己的具体国情,进一步完善了法院的体制。^{〔11〕}

在审级上,根据日本法学专家冈田朝太郎的建议,清末修律时建立起了四级三审制的模式,即初级审判厅、地方审判厅、高等审判厅、大理院,分级管辖各类案件。民国3年,为减少层次,提高办案效率,经中央政治会议决定,由大总统下命令,撤销了初级审判厅,实行三级制度:地方法院、高等法院、最高法院,以三审为原则,以二审为例外。民国4年修订之《法院编制法》、民国24年实施之《法院组织法》认可了这一改革。虽然,将四级三审制改为三级三审制是考虑到了中国的国情,但也是民国初年追随世界各国法院体制改

〔5〕〔日〕菊井维大、兼子一:《中华民国民事诉讼法第一编》,第11页。

〔6〕〔日〕小野清一郎、团藤重光:《中华民国刑事诉讼法》(上),有斐阁1938年版,第16页。

〔7〕关于1935年新民事诉讼法对1928年旧民事诉讼法的修正,余和顺在《新旧民事诉讼法之比较》(载《中华法学杂志》第6卷第2号,1935年)一文中作了详细分析,共有23个方面,请参阅。

〔8〕关于1935年新刑事诉讼法对1928年旧刑事诉讼法的修正创新,高熙和余和顺在同名论文《新旧刑事诉讼法之比较》(分别载《中华法学杂志》第6卷第2号,第6卷第4、5号合刊,1935年)中分别作了详细论述,前者列了38项,后者列了47项。请参阅。

〔9〕民国时期法学泰斗王宪惠在1930年时对此就已有乐观的评价:“以今日之法律观念言,盖已辟中国法系之新纪元”(参见王宪惠:《二十五年来中国之司法》,载《中华法学杂志》第1卷第1号,1930年)。

〔10〕详细请见本书第四章中“西法东渐与中国司法的近代化”专题。

〔11〕关于清末与民国时期中国司法制度的演变,详细请参见杨幼炯:《中国司法制度之纵的观察》,载《中华法学杂志》新编,第1卷第5、6号,1937年。

革之新潮流所致。^{〔12〕}

在清末修律中，中国模仿法国和日本的模式，在各级法院中建立了检察制度，独立行使检察权。民国以后，对检察制度这一新生事物，曾发生了激烈的争论。^{〔13〕}主张废除者认为：检察制度并不是中国历史的产物，不适合于中国；检察制度自损法庭威信；诉讼集中检察官，有妄加弹劾或不予提起公诉之流弊；国家并非万能；民众心理倾向诉权寄予私人；司法经费问题困难；原告高坐于上，被告俯首于下，原告为具有法律智识之官吏，被告为相形见绌之平民，殊违反平等原则；用非其人，则弹劾制与纠问制其弊正等；检察制度不适合诉讼程序宜简捷迅速之原则；检察制度成绩恶劣；公判时有尽翻前供之机会，最重初供之侦查反为无益之手续；检察官不负诬告责任，难免滥用职权。主张保存者则认为：检察制度适合现代世界潮流；国家诉追主义较纠问主义为优；它是世界最新之制度；审判与检察理应分业，免因一人兼二人职务，而有不公平或审判专横之结果。^{〔14〕}

争论的结果，以主存派的胜利而告终，中国继续保留检察制度，清末修律中移植的外国检察制度得以本土化。1935年新颁布的《法院组织法》用了一章（第五章）共7个条文（第26条至32条）对检察制度作了系统的规定，涉及内容有最高法院设检察署，置检察官若干人，以一人为检察长；其他法院及分院各置检察官若干人，以一人为首席检察官；仅有一名检察官之法院的场合，不置首席检察官；检察官的职权为实施侦查、提起公诉、实行公诉、协助自诉、担当自诉及指挥刑事裁判之执行；检察官对于法院独立行使其职权等。与清末修律时的规定相比，民国时期检察官的职权也有了一些变化，如扩张了其对于自诉的权力；虽然设置在法院之内，但对法院拥有独立行使之权等。

在清末修律中，中国在冈田朝太郎的建议下，建立了审判程序中独任制与合议制相结合的制度，即初级审判厅实行独任制，地方审判厅视情况可用独任制也可用合议制，高等审判厅以上由3名或5名审判官组成之合议庭进行审理。^{〔15〕}民国成立后，也继承了这一制度。新的《法院组织法》第3条规定：

“地方法院审判案件，以推事1人独任行之，但案件重大者，得以3人合议行之；高等法院审判案件，以推事3人之合议行之，但得以推事一人行准备及调查证据程序；最高法院审判案件，以推事5人或3人之合议行之。”这种独任制与合议制相结合的“折衷制”，虽然是清末冈田朝太郎的发明，但与后来的国际潮流相吻合。1929年在罗马尼亚召开的第二届国际刑法大会，专门讨论了审判上的独任制与合议制问题，并作出了相应的决议，采取折衷制的立场。^{〔16〕}

在清末移植西方司法制度中，最值得肯定的是司法独立的观念。为了保证这一观念的实现，1911年《法院编制法》第121条、123条、125条对法官的薪金、职位保障和独立人格等作了规定。中华民国建立以后，在移植司法独立的观念和原则方面，做得比清末更加具体和更加进步。

一方面，中华民国临时约法比较详尽地规定了司法独立的原则和机制，如规定法院的组织机构独立（第48条）、法院行使审判权独立（第49条、第51条）、法官的身份得到保障（第52条）。另一方面，民国时期的法院组织法也继承了司法独立的观念和体制，并在法官身份、报酬方面作了比清末立法更加详尽的规定。如民国21年中央政治会议决定的12项《法院组织法立法原则》第11项就明确：“实任推事，除有法定原因并依法定程序外，对之不得有勒令停职转职及减俸等事。”民国24年颁布实施的《法院组织法》在此基础上作了进一步的规定：“实任推事，非有法定原因并依法定程序，不得将其停职、免职、转调或减俸。前项规定，除转调外，于实任检察官准用之”（第40条）；“推事、检察官之俸给，适用普通公务员俸给之规定。候补推事或检察官之津贴，以命令定之”（第41条）；“推事、检察官任职在15年以上，因积劳不能服务而辞职者，应给退养金”（第43条）。

这里，《法院组织法》虽然没有明文规定法官终身制，但从规定的精神看，法官如果没有法律规定的过失，自己又未提出辞职，那么，他的职务将是终身的。这一点比清末立法已经大大前进了一步。同时，民国时期将保障法官的职务和薪金的范围扩大至检察官，规定除了转调之外，若无法律规定的过失，检察官的地位也是不可动摇的（这里规定检察官可以转调，而法官不得转调，是因为检察官与法官不同，尚带有行政官吏的性质）。此外，《法院组织法》还对法官和检察官因身体状况不好，自己提出辞职的，给与退养金的保障。与《法

〔12〕 郑保华：《法院组织法释义》，上海法学编译社1936年版，第78页。

〔13〕 黎澍：《检察制度存废论》，载《法科月刊》第5期（1939年）。

〔14〕 郑保华：《法院组织法释义》，第78页；章泽渊：《改革司法之我见》，载《中华法学杂志》第6卷第4期，1936年。

〔15〕 〔日〕冈田朝太郎讲授、熊元襄编辑：《法院编制法》，京师法律学堂笔记第14册，安徽法学社1911年印行，第32-33页。

〔16〕 郑保华：《法院组织法释义》，第81页。

院组织法》相配套；民国 25 年，司法行政部模仿德国和法国之做法，通过了法官退养金条例，规定：任职 15 年以上，因积劳而自己辞职者；年逾 60 国家强令退休者，退休后均由国家给与退养金。^[17]所有这些规定，使司法独立的观念得以实施。^[18]

在民国时期移植日本等外国司法体制方面，最后一个值得提及的是法治原则。这可以从《法院组织法》的一系列规定中看出。如法院管辖案件，依法律定之（第 1 条，第 6 条）；法院的设立、废止以及管辖区域之划分或变更，以法律定之（第 7 条）；各级法院及分院推事之员额，以法律定之（第 8 条）；各级法院及分院，配置检察官之员额，以法律定之（第 27 条）；检察官的职务，由法律所定（第 28 条）；推事与检察官在职中，不得兼任其他有薪或无薪之公职、私职，但法律规定者除外（第 39 条）；法庭开庭之地点，由法律定之（第 63 条），等等。总之，司法机关的运作机制，都由法律来规定，并严格依法办事。^[19]

总而言之，在法院组织机构方面，民国时期主要以模仿日本为主，建立起了一个比较完善的近代框架体系。这一点，从下面的表 1 中可以更加直观地感受到。

表 1 1935 年法院组织法、清末冈田朝太郎法院编制法草案^[20]和日本裁判所构成法比较

1935 年法院组织法	清末冈田法院编制法草案	1925 年日本裁判所构成法
第一章 总则	第一章 总则	第一编 裁判所及检事局
		第一章 总则
	第二章 初级审判厅	第二章 区裁判所
第二章 地方法院	第三章 地方审判厅	第三章 地方裁判所
第三章 高等法院	第四章 高等审判厅	第四章 控诉院
第四章 最高法院	第五章 大理院	第五章 大审院
第五章 检察署及检察官之配置	第六章 检察厅	第二编 裁判所及检事局的官吏
第六章 推事检察官之任用及待遇	第七章 推事及检察官之任用	第一章 出任判事及检事之必要的准备及资格
		第二章 判事
		第三章 检事
第七章 书记官及通译	第八章 书记课及翻译官	第四章 裁判所书记
第八章 检验员执达史庭丁及司法警察	第九章 承发史	第五章 执达史
	第十章 庭丁	第六章 庭丁
第九章 司法年度及司务分配		第三编 司法事务的处理
第十章 法庭之开闭及秩序		第一章 开庭
第十一章 法院之用语	第十一章 审判厅之用语及法庭之秩序	第二章 裁判所之用语
第十二章 裁判之评议	第十二章 审判之评议及宣告	第三章 裁判的评议及宣告

[17] 清末的《法院编制法》规定法官与检察官退职后，得受恩俸，其细则于廉俸章程中附定之。但对任职年限并无规定，且称为退职，而不说辞职，故民国时期的规定当为更前进了一步。参见同上郑保华：《法院组织法释义》，第 191 页。当然，从整体上说，民国时期法官的待遇并不是很好。参见余觉：《现行司法制度之面面观》，载《中华法学杂志》新编，第 1 卷第 5、6 号合刊，1937 年。

[18] 司法独立原则的贯彻，还与律师制度的移植与运作密切相关。此点，民国时期也有相当的讨论。对此，受篇幅限制，本文不再展开。参见严长勋：《论律师之养成制度》，载《中华法学杂志》新编，第 1 卷第 9 期，1937 年。

[19] 当然，司法机制的良好运作，除了应有好的法律规定以及严格依法办事之外，还有一个司法官员的素质问题。对此，民国时期的法学工作者也是非常的重视，仅《时代公论》杂志就曾发表了大量的文章来讨论这个问题，并在 20 世纪 30 年代形成一个高潮，发表了如胡长清：《司法官训练问题》（第 20 号，1932 年）、红禅：《读“司法官训练问题”之后》（第 24 号，1932 年）、彭年鹤：《再论司法官训练问题》（第 30 号，1932 年）、李学灯：《如何训练司法官》（第 95 号，1934 年）、华白：《读李学灯君“如何训练司法官”后》（第 101 号，1934 年）等。从讨论的情况看，涉及的主要是以什么机构、什么方式和什么内容来培训司法官问题，而这个问题，也与移植外国制度、结合中国国情密切相关。

[20] 清末的《法院编制法》基本上是在冈田朝太郎的《法院编制法草案》的基础上编制的，为保留原始面貌起见，我们这里以冈田草案为比较的参照文本。

		第四章 裁判所及检事局的事务章程
	第十三章 司法年度及事务分配	第五章 司法年度及休假
第十三章 法律上之协助	第十四章 法律上之共助	第六章 法律上的共助
第十四章 司法行政之监督	第十五章 司法行政之职务及监督权	第四编 司法行政的职务及监督权
附则		附则

三

在清末移植西方民事诉讼法原则和制度的基础上，民国时期的民事诉讼程序进一步西方化，并与国际上通行的做法逐步一致。从整体上看，1932年公布实施、1935年（民国24年）修订定型的《民事诉讼法》是直接模仿日本、间接移植德国、奥地利、匈牙利等国经验，参考英美的经验，并结合中国当时的国情而融会贯通的产物。

首先，在体系上，1932年民事诉讼法主要是移植了日本1891年实施、1926年修订的民事诉讼法和1898年7月16日实施的《人事诉讼程序法》。^[21]如1932年民事诉讼法的编排为总则、第一审程序、上诉审程序、再审程序、特别诉讼程序（督促和保全程序）、公示催告程序、人事诉讼程序等，与日本上述两个法律基本上对应和一致（详见表2）。

表2 1932年民事诉讼法与日本民事诉讼法的体系对照

1932年民事诉讼法	日本民事诉讼法（1926年修订）
第一编 总则	第一编 总则
第一章 法院	第一章 裁判所
第一节 管辖	第一节 管辖
第二节 法院职员之回避	第二节 裁判所职员之除斥、忌避及回避
第二章 当事人	第二章 当事人
第一节 当事人能力及诉讼能力	第一节 当事人能力及诉讼能力
第二节 共同诉讼	第二节 共同诉讼
第三节 诉讼参加	第三节 诉讼参加
第四节 诉讼代理人及辅佐人	第四节 诉讼代理人及辅佐人
第三章 诉讼标的之价额及诉讼费用	第三章 诉讼费用
第一节 诉讼标的之价额	
第二节 诉讼费用	第一节 诉讼费用的负担
第三节 诉讼担保	第二节 诉讼担保
第四节 诉讼救助	第三节 诉讼上的救助
第四章 诉讼程序	第四章 诉讼程序
第一节 当事人书状	第一节 言词辩论
第二节 送达	
第三节 期日与期间	第二节 期日与期间
第四节 诉讼程序之停止	第三节 送达
第五节 言词辩论	
第六节 审判	第四节 审判
第七节 诉讼卷宗	第五节 诉讼程序的中断及中止
第二编 第一审程序	第二编 第一审程序
第一章 通常诉讼程序	第一章 诉
第一节 起诉	
第二节 言词辩论之准备	第二章 辩论及其准备
第三节 证据	第三章 证据
第一目 通则	第一节 总则
第二目 人证	第二节 证人讯问
第三目 鉴定	第三节 鉴定
第四目 书证	第四节 书证
第五目 勘验	第五节 勘验

[21] “我条例（即1921年北京政府颁布的《民事诉讼条例》，它是1932年《民事诉讼法》的立法基础之一）则以日本法为母法，不过间杂以匈、奥之法而已”（李怀亮：《民事诉讼法》，北京朝阳大学1927年出版，第2页）。“《民事诉讼条例》亦同属德国法系，惟多采晚出之奥地利、匈牙利两国民事诉讼法，并间采取英、美、法，于德法之缺点矫正不少”（同上谢振民编著：《中华民国立法史》，下册，第994页）。

	第六节 当事人讯问
第六目 证据保全	第七节 证据保全
第四节 和解	
第五节 判决	
第二章 简易程序	第四章 有关简易裁判所诉讼程序的特别
第三编 上诉审程序	第三编 上诉
第一章 第二审程序	第一章 控诉
第二章 第三审程序	
	第二章 上告
第三章 抗告程序	第三章 抗告
第四编 再审程序	第四编 再审
第五编 特别诉讼程序	
第一章 督促程序	第五编 督促程序
第二章 保全程序(假扣押假处分)	第六编 假扣押假处分
第三章 公示催告程序	第七编 公示催告程序
第四章 人事诉讼程序	日本人事诉讼程序法(1898年7月16日)
第一节 婚姻事件程序	第一章 婚姻事件及养子收养事件之程序
第二节 亲子关系事件程序	第二章 亲子、废除继承人及隐居事件程序
第三节 禁治产事件程序	第三章 禁治产准禁治产之程序
第四节 宣告死亡事件程序	第四章 关于失踪之程序

其次,从内容上看,1932年民事诉讼法将1926年刚修订的日本民事诉讼法上比较重要的关于民事诉讼的观念、制度和原则及其术语基本上都搬了进来。如关于海商诉讼部分的第8条、第9条照搬了日本民事诉讼法的第10条和第11条;关于公司法人诉讼的第3条、第10条、第15条、第128条、第169条、第217条等,是模仿了日本民事诉讼法第4条、第12条、第13条、第14条、第18条、第165条、第166条、第191条等;关于回避、律师辩护、言词辩论、职权主义、当事人主义、有价证券、担保、诉讼救助、诉讼时效、证据推定、调解等的规定,基本上也都是学的日本。正是因为1932年民事诉

讼法大量地照搬了日本民事诉讼法的内容,该法在刚颁布时就被日本学者评价为“与其说它与1926年日本民事诉讼法的关系为姊妹法,不如说是母子法。”^[22]

当然,与清末中国民事诉讼立法主要由日本专家起草、因而基本上全部照搬日本的形式和内容有所不同,1932年民事诉讼法在学习日本的同时,也比较重视学习吸收德国、奥地利、匈牙利、英国和美国等其他国家民事立法的好的成果,此点,我们在第五部分再予以展开。

四

与民国时期的民事诉讼立法情况相同,该时期的刑事诉讼立法,基本上也是在移植日本模式的基础上,追随当时国际刑事诉讼立法的新潮流,并结合中国的具体国情之情况下进行的。这一点,在表3中我们可以看得非常清楚。

表3 1935年刑事诉讼法总条文中吸收外国各法典条文的数量表^[23]

1935年刑事诉讼法	日本	德国	奥地利	意大利	法国	瑞士	备注
第一编 总则							
第一章 法例(1-3)		1	2				
第二章 法院之管辖(4-16)	12	1					
第三章 法院职员回避(17-26)	9		1				
第四章 辩护人辅佐人及代理人(27-38)	7	3	1				第32条

[22] [日] 菊井维大、兼子一:《中华民国民事诉讼法第一编》,有斐阁1934年版,第15页。

[23] 这里,“1935年刑事诉讼法”一栏中标出的数字是条文数;后面各个国家栏下标出的数字是1935年刑事诉讼法直接移植该国法律条文的数字,而间接模仿学习的就不再标出,如刑事诉讼法某某条是移植了日本法律的某某条,而日本这一条又是模仿了德国某某条,这里就不再标出;备注栏内的条文是中国刑事诉讼立法独创的内容,而非移植而来。

第五章 文书 (39-54)	13	1				48 条、54 条、52 条 第 2 项
第六章 送达 (55-62)	8					
第七章 期日及期间 (63-70)	4					63 条、64 条、69 条、 70 条
第八章 被告之传唤及拘提 (71-93)	17	1	3		1	第 87 条
第九章 被告之讯问 (94-100)	6					第 100 条
第十章 被告之羁押 (101-121)	17		1			109 条、112 条、120 条
第十一章 搜索及扣押 (122-153)	17		1	1		130 条、132 条、138 条
第十二章 勘验 (154-161)	6	2				
第十三章 人证 (162-183)	20		1			第 183 条
第十四章 鉴定及通译 (184-198)	12	2				
第十五章 裁判 (199-206)	4	1	1	2		
第二编 第二审						
第一章 公诉						
第一节 侦查 (207-242)	22	6	3	2		225 条、227 条、236 条
第二节 起诉 (243-249)	4	2				第 244 条
第三节 审判 (250-310)	47	7	2	2		270 条、278 条、299 条
第二章 自诉 (311-335)		12	2			第 313、314、315、 316、318、325、327、 328、329、331、332 条
第三编 上诉						
第一章 通则 (336-352)	14				1	第 339、348 条
第二章 第二审 (353-366)	8	1		1		第 357、360、364、 366 条

第三章 第三审 (367-394)	20	2		1	2	第 368、378、380 条
第四编 抗告 (395-412)	13	2				第 397、398、412 条
第五编 再审 (413-433)	18	1				第 414、417 条
第六编 非常上诉 (434-441)	6		1			第 437 条
第七编 简易程序 (442-459)	10	3		1		第 446、452、453、 459 条
第八编 执行 (460-490)	26	1		1		第 482、483、486 条
第九编 附带民事诉讼 (491-516)	21		2	1	1	第 510 条

首先, 1935 年刑事诉讼法是在移植日本刑事诉讼立法的基础上出台的。这在表 3 中看得非常清楚。在全部 516 条条文中, 照搬日本立法的有 361 条, 占 70%。尤其是其有些编、章, 基本上是照抄了日本刑事诉讼法的条文。如第一编第二章“法院管辖”共 13 条条文, 有 1 条抄自德国, 其他 12 条均来自日本; 第三章“法院职员的回避”共 10 条条文, 有 1 条来自奥地利, 其他 9 条均抄自日本; 第六章“送达”, 共 8 条条文, 全部来自日本; 第九章“被告之讯问”, 共 7 条条文, 有 1 条为中国创造, 其他 6 条也都来自日本。其他如第十一章“搜索及扣押”、第十四章“鉴定及通译”、第五编“再审”、第八编“执行”等, 也都基本上抄自日本。基于此, 日本有学者认为: 1935 年中华民国刑事诉讼法“移植日本刑事诉讼法的地方非常多, 它大体上具有了近代欧洲大陆法系刑事立法的性格”。^[24]

其次, 1935 年刑事诉讼法不仅学习日本, 也学习德国 (直接照抄德国立法的有 49 条), 学习奥地利 (直接移植奥地利的有 21 条), 学习意大利、法国和瑞士的立法,^[25] 追随着世界刑事立法的潮流。比如, 1935 年刑事诉讼法用了相当多的篇幅 (有 30 多个条文) 强调了对当事人的人权的保障, 也

[24] [日] 小野清一郎、团藤重光:《中华民国刑事诉讼法》(上), 有斐阁 1938 年版, 第 1 页。

[25] 表 3 中似乎直接移植法、意和瑞士的条文数不多, 但由于笔者在设计表格时, 有些条文日、德、奥、意、法、瑞相同者, 笔者就取最相似者日本或德国的, 故法、意、瑞士的就显得不多。其实, 日本和德国的许多条文与法、意、瑞士的都是相同的。

用了比较多的篇幅重视刑罚法定和程序法定,注重司法公正,宣称司法独立、审判独立、法官独立,强调法庭辩论,并提出了保安处分、自由心证等当时最新的西方司法原则。

再次,1935年刑事诉讼法也比较注意将移植外国法与当时中国的国情相结合,并针对中国的实际,创造一些中国自己的经验。比如,日本刑事诉讼法第36条和第37条规定了在被告是法人之场合,设定代表者,在被告是无行为能力人之场合,设定代理人,而1935年刑事诉讼法在第一编第四章“辩护人辅佐人代理人”中,就没有作这种区分,只是作了一般的规定,这是因为在中国当时的现行实体法上,并无象日本这样两种场合,故诉讼法也未照搬日本的规定。^[26]又如,在日本刑事诉讼法上,规定对当事人进行搜索时,一般不要请求搜索状(第150条),而1935年刑事诉讼法第128条则明文规定,“搜索应用搜索票。搜索票应记载左(下)列事项:一、应搜索之被告或应扣押之物;二、应加搜索之处所身体或物件。搜索票于侦查中由检察官、审判中由审判长或受命推事签发。”这也应认为是1935年刑事诉讼法对日本立法的修正。

从上述表3的数据来看,1935年刑事诉讼法结合中国国情独创的有58条条,占整部法典的10%强。分析一下这58条条,它们大体分布在文书的记录、管理和保存,被告的传唤、到场,期日与期间,回复原状,搜索与通缉,检察官上诉,保释与保证金,强制扣押,证人讯问,再议之申请,人权保障(定罪不仅仅以口供为根据),自诉,第二审与第三审,抗告,简易程序和执行等。由于这些条文,使1935年刑事诉讼法虽然在总体上是抄袭外国主要是日本立法例的产物,但也使它具有一定的中国特色,并能在实践中得到顺利实施。至于出现这些特色的原因,我们在下面第五部分再予以分析。

五

与清末修律过程中移植西方司法制度相比,民国时期的移植活动有了新的特点。它既继承了清末移植的传统和成果,又在此基础上有了新的发展,尤其是在移植的规模、移植的对象、移植的主体、移植的方式以及移植的效果等各个方面,都有了新的进步。

首先,民国时期对外国司法制度的移植,是清末修律中移植外国司法制度

的继续和延伸。这一点,在几部主要的法律中,都表现得非常明显。如1935年《法院组织法》,是在1915年《法院编制法》的基础上修订而成;而1915年《法院编制法》是简单修改清末1910年《法院编制法》而成;而后者又是在修改日本立法专家冈田朝太郎的《法院编制法草案》的基础上颁布的。因此,民国时期的法院组织立法,主要是在继承清末修律成果基础之上进行的。在民刑事立法中,情况也一样。1932年的《民事诉讼法》和1935年的《刑事诉讼法》也都是在继承清末《大清民事诉讼律草案》和《大清刑事诉讼律草案》的基础上改头换面而成,其对旧律所继承的条文数量都在80%以上。

当然,受时代发展变化的影响,民国时期移植外国司法制度的活动,有了自己的特点,也有了新的内容。这一点在1935年刑事诉讼法的立法中表现得特别明显。该法除了直接移植日本、德国、奥地利、意大利、法国、瑞士等国的立法例之外,虽然也大量参考了民国初期在修订清末立法之基础上颁布的《刑事诉讼条例》(1921年)和《刑事诉讼法》(1928年)的条文。但是,笔者仔细比较之后,发现1935年刑事诉讼法中约有10%的内容(60余条)在旧条例和旧刑事诉讼法中是没有规定的,这说明这部分条文是1935年刑事诉讼法制定时新增加的。

从这些新增加的60余条条来看,主要是追随20世纪20-30年代世界刑事诉讼法学界的新潮流而为。比如,1935年刑事诉讼法明显扩大了当事人自诉的范围,强调凡是犯罪之被害人,依据本刑事诉讼法,除无行为能力者之外均可以提出自诉(第311条),这条被认为是紧跟世界潮流、追随当时德国、奥地利的立法的结果;^[27]又如,1935年刑事诉讼法肯定了检察官对缓期起诉的处分权,这在清末立法中也是没有的。再如,1935年刑事诉讼法设置了在第二审诉讼中,禁止作出对上诉人不利的变更判决,即“由被告上诉或为被告之利益而上诉者,第二审法院不得谕知〔宣判〕较重于原审判决之刑,但因原审判决适用法条不当而撤销之者不在此限”。这实际上就是确定了西方先进的“上诉不加刑”原则,而这一点在清末修律中尚未能作出规定。

其次,民国时期移植外国司法制度的活动在程度上比清末有所加深,在力度上更为加大,这一点在上述四个部分中已经多有涉及。笔者这里想再强调的是,不仅仅在框架体系制度原则等大的方面,民国时期的司法制度是移植外国主要是日本的模式而来,即使在专门用语上,民国时期的一套司法制度语言系

[26] [日]小野清一郎、团藤重光:《中华民国刑事诉讼法》(上),第99页。

[27] [日]小野清一郎、团藤重光:《中华民国刑事诉讼法》(上),第176页。

统也几乎是日本的照搬。这可从表4中大体看出。

表4 中国移植日本司法制度专用名词表^[28]

日文汉字	中文	日文汉字	中文	日文汉字	中文
总则	总则	代理人	代理人	大审院	大理院
裁判所、法院	法院	辅佐人	辅佐人	民事部	民庭
裁判	裁判	通译	通译(口译)	刑事部	刑庭
审判	审判	书记课	书记课	第一审	第一审
管辖	管辖	书记	书记	第二审	第二审
民事	民事	执达吏	执达吏	第三审	第三审
刑事	刑事	执行	执行	终审	终审
合议	合议	送达	送达	列席	列席
判事	推事	文书	文书	证据	证据
受命判事	受命推事	权限	权限	登记	登记
受托判事	受托推事	反诉	反诉	罢免	罢免
检事、检察官	检察官	非讼事件	非讼事件	勤务	勤务
事件	事件(案件)	不动产	不动产	司法省	司法部
审问	审问	契约	契约	资格	资格
诉讼法	诉讼法	破产	破产	国事犯	国事犯
特别法	特别法	预审	预审	法科	法科
检事局、检察厅	检察署、检察厅	弁护士	辩护人(律师)	普通裁判籍	普通审判籍
公诉	公诉	拘留	拘留	议会	议会
手续	程序	罚金	罚金	议员	议员
司法	司法	警察	警察	刑法	刑法

[28] 此表主要根据1935年修订颁布实施的《中华民国民事诉讼法》、《中华民国刑事诉讼法》、《法院组织法》和这3部法律制定时所模仿的日本1898年《人事诉讼程序法》、1924年《刑事诉讼法》、1925年《裁判所构成法》、1926年《民事诉讼法》中的专用名词编制而成。上述4个日本法律，引自〔日〕我妻荣主编：《旧法令集》，有斐阁1968年版。

日文汉字	中文	日文汉字	中文	日文汉字	中文
行政	行政	抗告	抗告	诉追	诉追
职权	职权	法庭	法庭	惩戒	惩戒
监督	监督	支部	分院	变更	变更
保证金	保证金	过半数	过半数	所在地	所在地
廷丁	廷丁	抵触	抵触	公法人	公法人
证人	证人	事物管辖	事物管辖	私法人	私法人
鉴定人	鉴定人	损害赔偿	损害赔偿	事务所	事务所
裁判长	审判长	附带	附带	社团	社团
陪席判事	陪席推事	诉讼费用	诉讼费用	财团	财团
原告	原告	判决	判决	财产	财产
被告	被告	债权	债权	履行	履行
制服	制服	物权	物权	会社	公司
承诺	承诺	担保	担保	申请	申请
当事者	当事者	辩论	辩论	合意	合意
评议	评议	公使	公使	专属管辖	专属管辖
言渡	宣告	住所地	住所地	配偶	配偶
忌避、回避	回避	和解	和解	终局判决	终局判决
陈述	陈述	中间	中间	阙席判决	阙席判决
审讯	审讯	公示催告	公示催告	公权	公权
诉讼能力	诉讼能力	有价证券	有价证券	举证	举证
共同诉讼人	共同诉讼人	权利伸张	权利伸张	书证	书证
诉讼系属中	诉讼系属中 (诉讼进行中)	口头辩论	言词辩论	隐匿	隐匿
公证人	公证人	原状回复	原状回复	伪造	伪造
假差押	假差押	答辩书	答辩书	伪证	伪证
假处分	假处分	抗辩	抗辩	恶意	恶意
期日、期间	期日、期间	现行法	现行法	善意	善意

日文汉字	中文	日文汉字	中文	日文汉字	中文
证据保全	证据保全	官报	官报	死体解剖	尸体解剖
禁治产者	禁治产者	时效	时效	告诉	告诉
法定代理人	法定代理人	留置	留置	心神耗弱者	心神耗弱者
监护	监护	保释	保释	心神丧失	心神丧失
保佐	保佐	现行犯	现行犯	自由心证	自由心证
公告	公告	引渡	引渡	执行犹予	缓期执行
失踪宣告	失踪宣告	逮捕	逮捕	上诉	上诉
公安	公安	被疑者	被疑者	商标权	商标权
被害者	被害者	公务员	公务员	没收	没收
意思能力	意思能力	所有者	所有者	强制执行	强制执行
诉讼行为	诉讼行为	鉴定书	鉴定书	私诉	私诉

这里,除了某些名词中国稍加改变,如将日本的“判事”改为“推事”,将“言渡”改为“宣告”,“裁判长”改为“审判长”,“死体解剖”改为“尸体解剖”,“民事部”改为“民庭”,“刑事部”改为“刑庭”,“司法省”改为“司法部”,“执行犹予”改为“缓期执行”等之外,其他绝大多数的用语都是原封不动地照搬进入中国。

当然,作为法律移植中的一个普遍现象,植体被植入受体国时,多多少少会受到一些修补改变,中国移植日本司法制度用语过程也不例外,有些用语在进入中国时,已经被国人加以了改造,并经过反复比较之后才得以真正融入中国法律语言系统。如在近代民事诉讼法中,在涉及当事人维护自己的权利的“主张”和“请求”之场合,法国和日本用的均是“请求”一词。然而,由于在中国古代语言系统中只有“主张”^[29]一词而没有“请求”一词,^[30]因此,

[29] “主张”一词在中国出现得比较早,在先秦文献(如《庄子·天运》)中就已经使用。至唐代,该词用得更多,如韩愈的《昌黎集》中就有“各有主张,私立名字”等用语。但中国古代的“主张”一词,其内涵与近代西方法上“主张”一词的含义不同,主要表示“主宰”、“主意”等。

[30] 中国古代有“请”字,并含有“请求”、“要求”的意思,如《左传·隐公元年》:“亟请于武公,公弗许”。但“请求”一词,中国古代没有出现过。

在中国清末民初刚开始移植上述法律概念时,^[31]用的都是“主张”一词,北洋政府大理院在作出判决时也延用了该词,并由此在司法界形成了使用“主张”一词的惯例。^[32]但国人经过一定时间实践之后,发现在许多场合,“主张”一词与“请求”一词还是有所区别的。比如,“主张”一词具有比较强的提出自己的意见的色彩,而“请求”一词则带有让别人作出解释、让别人满足自己的要求和愿望的色彩。因此,1935年定型的《民事诉讼法》将清末已经引入的日本用语“请求”一词确定了下来,比较多地加以使用。^[33]

再次,与清末修律时期相比,民国时期移植外国司法制度中的植体的范围更加广泛,更加丰富。如在清末,中国主要是移植了日本的模式,或是通过日本间接移植西方国家的模式。而在民国时期,更多的则是直接移植西方各个国家尤其是德国和奥地利的法律,或者说是将德国、奥地利、意大利、法国、瑞士和匈牙利等国家的司法制度与日本的规定放在一起进行比较,从中选择更加适合中国的。

比如,1935年刑事诉讼法注意提高了被告之辩护人的法律地位,不问该辩护人是当事人自己选任的,还是国家指定(官选)的,他作为保护被告利益的辅助者的地位得到了法律的充分肯定,即辩护人除了在整体上享有代理权之外,还拥有根据被告的意思独立行使的固有的权利,如阅览、抄录各种记录等证据文书(第33条);被告在受羁押过程中与被告的会谈(第34条);在法庭审判中一定场合参与讯问(第150条、161条、252条、255条、273条等);进行各种申诉(第110条、281条、338条)和辩论(第282条、381条、383条等)。而所有这一切,基本上都是仿自德国。同时,1935年刑事诉讼法规定了诉讼中辅佐人的比较大的权利,以及规定被告和自诉人的代理人原则上必须从律师中选任,这也是学习德国的结果,因为在日本刑事诉讼法中,并没有采用这种规定。^[34]

又如,1935年刑事诉讼法第二编“第一审”中第二章“自诉”,共有25条文(第311条至第335条),有12条是从德国学过来的,有2条仿自奥地利,

[31] 当时,除了在《民事诉讼法》第285条、第454条使用“请求”一词外,在其他各种场合,均使用“主张”一词。

[32] 李怀亮:《民事诉讼法》,第3页。

[33] 参见1935年《民事诉讼法》第245条、第246条。应注意的是,在第54条中,则是“请求”与“主张”并用的。

[34] [日]小野清一郎、团藤重光:《中华民国刑事诉讼法》(上),有斐阁1938年版,第100页。

还有 11 条是中国的独创，而学习日本的 1 条也没有。1932 年公布实施的民事诉讼法第 26 条“法院有无管辖权应依职权调查之”，也并不是来自日本，因为日本对此并无明文规定（日本学者认为这已经是不言自明的事），而是直接模仿了奥地利裁判法第 41 条第 1 项、匈牙利民事诉讼法第 50 条；^[35] 第 102 条“供担保者应提存现金或法院认为相当之有价证券，但当事人有特别约定者不在此限；应供担保人不能依前项规定为提存者，法院得许由该管区域内有资产之人具保证书代之”中第一项直接仿自日本民事诉讼法第 112 条，而第二项规定则直接移植了奥地利民事诉讼法第 56 条。第五编第四章“人事诉讼程序”第三节虽主要仿自《日本人事诉讼程序法》第三章“禁治产准禁治产之程序”，但因为此时中国的民事立法已不采用准禁治产人（浪费人等）的规定，准禁治产人的诉讼能力已无需明文设定，故第三节对日本的准禁治产程序不予采纳。

再如，在清末，移植外国某部法典时，一般以该法典为植体，如移植日本法院编制法时，就以该法为植体，民国时期情况就不同了。如在移植外国刑事诉讼法时，我们不仅移植日本、德国、奥地利、意大利、法国、瑞士等国的刑事诉讼法，而且还参考移植了上述各国的刑法、刑事诉讼法、监狱法、法院组织法，甚至法学家的理论和学说。

以上情况说明，民国时期，中国虽然在形式上仍在大规模地移植外国的法律，但对植体的选择已经非常广泛，移植的水平也已经大大超越了清末时期。

第四，与清末相比，民国时期的法律移植已经更为理智，尤其是在处理中国法与外国法的关系方面，中国开始更加注重结合中国的现实，注重移植进来的法律的实施问题，如果遇到外国好的法律制度与中国的实际不甚适应时，就毫不犹豫地放弃，或者对其进行改良。这方面最为典型的例子是对巡回审判制度的取舍。

巡回审判制度，是英国、美国和法国等国家都实行之制度，主要目的是为了弥补一般法院管辖所不及的缺陷，具有司法公开、公正，以及机动灵活的优点，清末立法时也将此制度引入了中国。但在其实施过程中，发现它有许多不便，最突出者有二：一是诉讼发生宜于随时处理，巡回未及之际，贻误将多；二是调查证据，往往不能立时完毕，审判开始后，久驻其地，转失巡回之真意。因此，民国 21 年（1932 年）中央政治会议通过的法院组织法之立法原则

第 12 项明确指出：“各级法院均设分院，故不采巡回审判制度。”

但随后，考虑到采用三级三审制以后，所有第二审案件均集中于高等法院，其辖境较广者，势须多设高等分院，以期便利民众。惟往往有某一地方距省会甚远，而案件极少，若设分院，殊不经济。外国的巡回审判制度，虽难通行于中国，但其制度的精神可为中国所用，由高等法院定期指派本院或分院推事前往该地，借用地方法院或行政官署，临时开庭，至开庭前之收受书状，汇集证据等行为，均由地方法院或行政官署等代行之等等因素，中央政治会议第 316 次会议决议，修改前述第 12 项原则，规定“高等法院及地方法院得于其所在地外，适当之地点，定期开庭。”

1935 年的《法院组织法》第 64 条对上述原则予以肯定，明确规定：“高等法院或地方法院于必要时，得在管辖区域内未设分院地方临时开庭。前项情形，其推事除就本院推事中指派者外，在高等法院得以所属分院或地方法院推事充之，在地方法院得以所属分院推事充之。”

这里，非常清楚，民国的做法是既吸收了外国巡回审判制度的原则和优点，又考虑到了中国的国情以及巡回审判制度本身的特性，是一个比较好的移植外国法的事例。

此外，1935 年刑事诉讼法第 54 条关于诉讼之文书法院应保存者由书记官编为卷宗，第 63 条关于传唤当事人到场，第 109 条关于上诉过程中其期间已经超过原审法院判决之刑期时，检察官可以将被告释放，第 112 条关于被告如犯专科罚金之罪者其指定保证金额不得超过罚金之最高额，第 132 条关于抗拒司法机关搜索者得用强制力搜索之但不得逾必要之程度，第 183 条关于不得重复讯问证人，第 225 条关于允许在被告住所讯问被告，第 227 条关于允许被告诘问证人，第 331 条关于反诉准用自诉之规定，第 398 条关于抗告期间，第 446 条关于以命令处刑案件法院应立即处分，第 486 条关于训诫由检察官为之等等的规定；1932 年民事诉讼法第 182 条关于中止诉讼程序及撤销中止之裁定得为即时抗告，第 404 条至第 407 条关于诉讼标的的计算等事项，第 415 条关于调解程序可以不公开进行之，第 425 条关于起诉前之调解的规定等等，也都是在没有外国立法例的情况下，中国自己创造的。

关于中国自己创造，其条文具有中国特色的内容所包含的方面，我们在上面第四部分已有所述及。这里所要回答的是，为什么民国时期会出现这一与清末移植外国司法制度所不同的特点。这当中的原因当然是多方面的，有当时中国国民人权意识高涨的原因，有共产党及其民主人士努力的原因，有民国法制

[35] [日] 菊井维大、兼子一：《中华民国民事诉讼法第一编》，有斐阁 1934 年版，第 59 页。

日渐成熟、进步的原因，也有国民党政府强化集权统治的原因，等等。但其中一个最应重视的原因是民国时期法律移植主体的变化。

众所周知，在清末，移植外国法主要是以沈家本为首的人数不多的清末官僚的行为，其中主力军是当时聘请的冈田朝太郎、志田钾太郎等少数日本法学专家，加上当时中国刚刚打开国门，对外国情况还不甚了解。因此，出现了移植对象比较单一、照抄日本比较多、结合中国国情不够等特点。但民国时期法律移植的主体发生了变化。一方面，当时移植外国法律的主体已经大为扩展，人数增多，在各个部门法领域，都已有了中国自己的专家，如王世杰、石志泉、阮毅成、夏勤、陈谨昆、戴修瓚等。另一方面，在清末学成回国的法律专家，主要是留日法科学生。但到民国时期（尤其是民国15年以后），留英美和西欧回国的法科学生日渐增多，如当时在南京国民政府的司法制度改革方面极为活跃的王世杰（1891-1981）是英国伦敦大学政治学硕士和法国巴黎大学的法学博士，王宠惠（1881-1958）是美国耶鲁大学的法学博士、英国伦敦的执业律师，阮毅成（1905- ）是法国巴黎大学的法学硕士。这些人经过留学，既精通外语，又了解外国的法律，也熟悉中国自己的情况。因此，在这种情况下，民国时期移植外国司法能够做到不局限于日本一国，能够比较结合中国的国情，能够将移植的水平提升，就完全是顺理成章的事了。

第五，与清末相比，民国时期移植外国司法制度的实际效果大为增强。众所周知，在清末，由于清王朝的极端腐败，皇室与各封疆大吏中保守派的反对，以及“辛亥革命”的爆发等，清末移植的外国法成果很多都仅仅停留在书面层次，在司法制度方面也是如此，如《大清民事诉讼律草案》和《大清刑事诉讼律草案》等，均未能公布实施。民国时期不同，由于民国各届政府试图在中国实行资本主义的政策，由于时代的进步，国民民主意识的高涨，由于各帝国主义列强的压力，因此当时中国移植外国先进法律成为一种政府行为，得到了最高统治层的支持。在这样的背景下，民国时期移植的外国司法制度的努力都结出了成果。从1915年的《法院编制法》，到1921年的《民事诉讼律》、《民事诉讼条例》、《刑事诉讼条例》、1928年的《刑事诉讼法》、1932年的《民事诉讼法》，最后到1935年的《法院组织法》和《刑事诉讼法》，民国时期移植的整个外国司法制度都得到了实施——尽管有了许多修正和改良。笔者以为，正是民国时期移植外国法的最后这一特征，使中国的司法制度终于成功地实现了现代化，基本跟上了世界司法制度改革发展的潮流。

关于50年代中国移植苏联司法制度的反思

1949年新中国成立之后，在建设社会主义法制过程中，我们虽然废除了国民党政府的六法全书，也中止了中国移植西方资本主义国家司法制度的活动，但是在向苏联“一边倒”^{〔1〕}的基本国策下，开始了全面移植苏联司法制度的进程。对于这一进程，国内学术界虽然时时有所涉及，但具体到制度、原则和观念层面，则都语焉不详。^{〔2〕}笔者经过对这一段历史的梳理、研究和考证，有了一些初步体会，现不揣肤浅，向学术界作一汇报。

一、“请进来”、“走出去”，全面启动学习苏联司法制度的活动

1949年，应中国政府的邀请，苏联开始派法律专家来到中国，既帮助培训中国的司法干部，又积极为中国司法制度的建设出谋划策。

从1949年底到1950年底，苏联专家苏达尼可夫和贝可夫率先来到中国，作为中央政法干部学校的法律顾问，为中国政法干部开设了“苏维埃国家和法律的基础”的讲座，系统讲授马克思列宁主义的法学理论和苏联的各项法律制度。其中，第十三讲和第十四讲分别是“苏维埃刑事诉讼”和“苏维埃民事诉讼程序”。与此同时，在中央人民政府司法部司法干部轮训班上，苏达尼可夫和贝可夫又作了“列宁斯大林论法院和检察机关的法律性的问题的重要原理”、“关于苏联社会主义的法制和检察工作的几个问题”、“苏维埃法院的任务和审判的概念”等3次讲座。

〔1〕毛泽东在1949年6月30日所发表的《论人民民主专政》一书中，明确指出，总结中国共产党28年来的经验，“深知欲达到胜利和巩固胜利，必须一边倒”。即在国际事务中，必须“联合苏联，联合各人民民主国家，联合其他各国的无产阶级和广大人民，结成国际统一战线”（《毛泽东选集》第4卷，人民出版社1991年版，第1472-1473页）。1954年宪法在序言中也宣称：“我国同伟大的苏维埃社会主义共和国联盟……已经建立了牢不可破的友谊。”向社会主义阵营的“一边倒”，实际上就是倒向苏联，以苏联为坚强后盾，在重大的国际事件中与苏联保持一致。

〔2〕在论述新中国移植苏联诉讼法和诉讼法学的论著中，陈瑞华撰写的《二十世纪的中国刑事诉讼法学》（载李贵连主编：《二十世纪的中国法学》，北京大学出版社1998年版）最为详细一点，但它也仅仅涉及刑事诉讼的学说史方面，刑事诉讼法律制度和民事诉讼法和法学方面均未涉及。

1954年5月,苏联诉讼法律专家鲁涅夫受邀访问中国,在东北、西北和华东等地区对各级各层次的政法干部作了多次讲演,内容涉及苏联的检察工作、苏联的刑事和民事案件诉讼程序、律师制度、公证制度、同志审判会等。

1956年10月,以苏联副检察长亚·尼·米舒金为团长的苏联法律工作者代表团访问中国,在北京、上海、广州等地作了6场讲演,并就中国司法干部提出的各种问题作了解答。这些讲演中涉及司法制度的有米舒金的《苏联共产党二十次代表大会与苏联审判机关和检察机关的任务》、苏联最高法院审判员尼·古·莫洛佐夫的《苏维埃刑事诉讼中的上诉程序和监督程序》两场。同时,在中苏司法干部一起参与的司法工作座谈会上,苏联专家玛·尼·斯捷潘诺娃教授专门介绍了苏俄司法部在领导和监督司法机关中的作用。此外,苏联专家还就苏联的审判工作、司法行政工作和检察工作方面中国同行提出的各种问题作了详尽的解答。^[3]

从1950年开始,苏联开始向中国人民大学、西南政法学院和华东政法学院、中央政法干部学校等中国高等法律院校派遣法律专家,担任各法律主干课程的授课教师,如派到中国人民大学的法律专家前后达18人,当时中国人民大学法律系的5个教研室都有苏联专家参与。就司法制度而言,当时的刑事诉讼和民事诉讼等课程,都是由苏联专家担任的。这批苏联专家,在中国人民大学等校,一直工作至1957年前后才离开中国回到苏联。^[4]

从50年代初开始,中国开始向苏联派遣法学留学生,当时的中国人民大学法律系、中国科学院政治法律研究所、北京政法学院、西南政法学院、华东政法学院等高等法律院校,均向苏联派出了自己的优秀教师,前去学习法律知识,并攻读各种学位。在司法制度方面,目前活跃在中国诉讼法学界的如中国人民公安大学法律系教授宋涛,西南政法大学法学一系教授常怡等,都是50年代末在苏联学成回国的法学留学生。

1955年4月11日至7月10日,应苏联对外文化协会和苏联司法部的邀请,由中国最高人民法院、最高人民检察院和司法部等部门组成的中国司法工作者访苏代表团,对苏联的司法制度进行了考察和访问。在为时3个月的时间内,代表团对苏联最高法院,省、市和区级法院,以及各种专门法院(如运输

[3] 参见中华人民共和国司法部编印:《苏联法律工作者访华代表团演讲及问题解答汇集》,1957年1月印发。

[4] 本段史料,来自中国人民大学法学院教授、博士生导师孙国华和吕世伦的回忆。

法院、军事法院)的组织和活动,对苏联检察院的组织机构及运作方式,对苏联司法行政管理工作机制和特征等进行了详尽的考察和研究。回国后出版的考察和研究报告,成为新中国司法制度建设的重要参考资料。

通过上述“请进来”、“走出去”的方式,使中国司法工作者加深了对苏联司法制度的了解,提高了其学习和移植苏联司法制度的积极性和主动性,从而在50年代初掀起了一个学习和移植苏联司法制度的高潮。

二、大量引进苏联的教材、专著和论文

高潮的第一波,是大量引进苏联的理论著作、论文、教材和学说观点。

1949年,时代出版社出版了由高里雅柯夫著、一之翻译的《苏联的法院》一书,它阐述了革命导师对法院的性质的论述,总结了“十月革命”苏联建设新法院组织的历程,论述了当时苏联确立的各项司法审判的原则,如公民在司法面前人人平等、国家法律一体遵行原则、人民审判员和陪审员由各区公民根据普遍、直接、平等、无记名投票选举原则、审判员独立只服从法律的原则等,说明了苏联法院的组织与系统。该书在中国出版后,受到了热烈欢迎,因而在第二年即1950年就出了第2版。而该书的另一个译本,则在1948年初版后,至1950年已出了3版。^[5]

1950年9月,中央人民政府司法部司法干部轮训班编印了《苏联司法工作的几个问题》一书。里面收录了6篇苏联专家的讲演和论文,即维辛斯基的《苏维埃法院组织和活动中的社会主义民主原则》、《苏维埃联邦法院制度之运用》,苏达尼可夫、贝可夫的《列宁斯大林论法院和检察机关的法律性的重要原理》,苏达尼可夫的《关于苏联社会主义的法制和检察工作的几个问题》,贝可夫的《苏维埃法院的任务和审判的概念》,巴顿诺夫的《保护社会主义所有制是人民法院最主要的任务》。该书被作为当时司法干部学习的材料之一。

1951年11月,中央人民政府司法部编印了《苏联司法实务》一书,里面收录了关于苏联司法制度及其具体动作的相关文献,即苏联司法机关的活动原则、组织结构和职权(附系统表),苏联律师章程(附录:苏联司法人民委员部通令、关于律师对于人民给与法律帮助收费办法的细则),苏联国家公证章程,苏联最高法院的组织与活动,苏联同志审判会的组织与活动,苏联司法机关的检查工作,苏联司法机关对于审判实务的研究,苏联法律教育的组织,苏

[5] 张君佛翻译,新华书店1948年初版,1949年2版,1950年3版。

联司法机关整理和编纂法典工作的组织。该书也被作为司法干部学习的参考资料。

1954年,苏联法律专家鲁涅夫应邀来华访问讲学,他的讲稿迅速被编辑成册,作为法律教育的教材和参考资料,印发给全国各地的司法干部学习。仅在华东政法学院图书馆,就保存了鲁涅夫的三种讲稿。

第一种,由中央人民政府司法部编印,出版时间为1954年8月;书名为《关于苏联律师制度和公证制度——苏联法学专家鲁涅夫讲》,作为“内部文件”下发给各级司法干部。里面对苏联的公证制度和律师制度作了比较系统的阐述。

第二种,由最高人民法院华东分院和最高人民检察院华东分署联合编印,作为内部业务学习参考用的教材,取名《苏联专家鲁涅夫同志在华东区关于法院、检察工作演讲的记录》;时间为1954年8月;里面共收录了12篇讲演;依次为“苏联检察机关的任务”、“苏联检察机关的组织与内部分工”、“一般监督的范围和方法”、“审判监督”、“检察署与法院、公安、监察等部门的分工关系”、“专门检察署与专门法院”、“关于农村和城市检察工作问题”、“关于苏联的刑民案件诉讼程序”、“关于律师制度、公证制度、同志审判会等三个问题”、“对其他具体问题的解答”等。由于这种讲演附带有解答问题的性质,因此,它对提高当时中国司法干部的法律知识和法律素养是极有帮助的。

第三种,由中华人民共和国最高人民法院办公厅编印,取名《苏联法院审理刑民事案件的程序》,时间为1954年11月,内收鲁涅夫教授的3篇讲稿:《苏联人民法院审理刑事案件的程序》、《苏联人民法院审理民事案件的程序》、《苏联法律中的法院判决的上诉程序和上级法院审理案件的程序》。这种编辑方法,是从诉讼程序着眼的,主要提供给中国各级法院的审判员;作为参考用书。

此外,在鲁涅夫教授访问中国进行讲学的同时,我国中央法制委员会于1954年3月将鲁涅夫的另一本讲演集《苏联检察工作任务及工作方法》翻译成中文,由中央人民政府最高人民检察院正式编印下发,“作为各级检察干部业务学习材料之一”。该书收录了五讲内容,即“苏联的检察机关”、“苏联检察机关对于侦查活动的监督”、“苏联检察机关对于法院审理刑事案件的监督”、“苏联检察机关对于法院处理民事案件的监督”、“苏联检察长对于劳动人民申诉的审查”。中国最高人民检察院在出版前言中指出:“本书对于我们正确了解苏联的检察制度、学习苏联检察工作的先进经验,提高检察业务水平,是有很

大帮助的。”〔6〕

1955年,法律出版社出版了卡列夫著、中国人民大学刑法教研室翻译的《苏维埃法院组织》一书,该书对苏联法院组织学的对象、体系与方法,苏联法院及其任务和组织原则,关于苏联法院立法发展的概况,苏联、各加盟共和国及自治共和国法院体系,苏联检察署;苏联律师机构,司法管理机关、司法执行机关及公证机关,各人民民主国家的法院组织,帝国主义反民主阵营国家的法院组织,革命前俄国的法院组织等作了论述。该书经苏联高等教育部批准作为苏联高等法律学校法院组织学课程的教材,也被我国各政法院校当作诉讼法课程的重要参考书。

1956年6月,中华人民共和国司法部法令编纂司编译了《苏联司法工作者的先进经验介绍》一书,里面介绍了苏联各级法院中的优秀审判员和执行官如卡梅柯夫、左托娃、克拉斯诺夫、卡敏斯基等的先进工作经验。编者在前言中指出:“为了使我国司法工作者从苏联司法工作者具体生动的工作中学习先进经验起见,我们从苏联《社会主义法制》杂志选译了介绍苏联优秀的审判员和司法执行官工作经验的文章8篇,印成这本小册子,以供参考。”

除了上述作品之外,50年代翻译出版的苏联司法制度方面较为重要的教材和专著还有:张君悌译《苏联刑事诉讼法》(新华书店1949年版);吴大业译、陈忠诚校《苏联律师制度沿革》,大众法学出版社1950年版;徐步衡译《苏联诉讼法纲要》,大众法学出版社1951年版;切里佐夫著、中国人民大学刑法教研室译《刑事诉讼法》(上、下),中国人民大学出版社1953年初版;中央人民政府政务院政治法律委员会干部训练组编写《苏联法律学校法律专业课程教学大纲》,1954年印发;安·扬·维辛斯基著、王之相译《苏维埃法律上的诉讼证据理论》,人民出版社1954年版;阿布拉莫夫著、中国人民大学审判法教研室译《苏维埃民事诉讼》(上、下),法律出版社1956年版;《“苏联法院和检察署组织”课程提纲》(供高等法律学校用),中国人民大学出版社1955年初版;克林曼、科瓦列娃编,陈逸云译《苏维埃民事诉讼提纲》(供高等法律学校用),中国人民大学出版社1956年版;列别金斯基、塔杰沃祥编,薛秉忠译《“苏联检察长的监督”课程提纲》,中国人民大学出版社1956年版;克列(林)曼著,王之相、王增润译《苏维埃民事诉讼》,法律出版社1957年版;施夫曼编写,薛秉忠等译《苏维埃刑事诉讼实习教材》,中国人民大学出

〔6〕 中央人民政府最高人民检察院印《苏联检察工作任务及工作方法》,1954年3月刊发。

版社 1957 年版；顾尔维奇著，康宝田、沈其昌译《诉权》，中国人民大学出版社 1958 年版。

笔者粗略清点了一下，当时译成中文的苏联司法制度方面的教材、专著不下 150 余种，其中约有三分之一以上，被作为当时中国各政法院校的法律教材和教学参考书。^{〔7〕}

三、以苏联为模式，建立中国新的法院体制

在大量引进苏联理论著作和教科书的同时，在制度层面，我们也开始了大规模移植苏联的经验。这首先表现在新中国成立以后，我们在否定国民党执政时期的旧法院制度、引进苏联法院体制模式的基础上，创建了自己新的法院体系和运作机制。

从建国初的情况来看，一方面，中央人民政府对国民党时期的法院制度作了全面否定。当时，共和国创建者对国民党政府的法院，是这么定性的：国民党的法院，“是反动阶级统治人民的工具，只能站在反动统治阶级的立场上面，镇压革命，压迫人民。它不但对共产党、对工人农民肆行血腥的残害，就是对一般人民也竭尽其欺凌的能事。”^{〔8〕}

另一方面，国民党政府的旧法院已经被否定和废除，但新中国的政权又因为刚刚建立，缺少经验，尚未能建立起较为完整的系统的法院体系和运作机制。^{〔9〕}在这种情况下，借鉴和移植苏联社会主义老大哥的法院制度模式，理所当然是最为简便易行的方法。

从 50 年代初期所建立起的法院体制来看，我们从苏联移植的经验，主要

〔7〕 关于当时中国司法制度教学方面受到的苏联的影响，因在其他章节中都有涉及，本节就不再展开。

〔8〕 《人民法院审判工作报告——最高人民法院吴溉之副院长在全国司法会议上的报告》，载《中央政法公报》第 18 期，1950 年 10 月 31 日。这段话，虽然是在总结中国自己的经验的基础上说的，但在理论和观念上也受到了苏联的深刻影响。列宁在“十月革命”以后曾明确指出：“俄罗斯法院，自己宣称保障秩序，实则是保障有钱者利益，残酷压迫被榨取者的盲目的及狡猾的工具。”“让他们叫吧，我们不是改革旧法院，而是破坏旧法院。为着真正的人民法院，我们已开辟了道路。”转引自〔苏〕高里雅柯夫著：《苏联的法院》，一之译，时代出版社 1950 年版，第 16—17 页。

〔9〕 “由于全国解放不久，革命秩序尚在逐渐建立，应兴应革的事情，自然要按先后缓急去做。目前各地人民法院无论在组织上、在制度上是既不完整又不统一”，“摆在我们面前最重大的困难是：各地法院组织机构不健全，干部量少质弱，案件的积压相当严重。”参见《人民法院审判工作报告——最高人民法院吴溉之副院长在全国司法会议上的报告》，载《中央政法公报》第 18 期，1950 年 10 月 31 日。

涉及如下几个方面：

第一，关于公审制度。在苏联，审判公开是法院组织的基本民主原则之一，也是苏联法院的人民性和公正性的必然要求。1936 年苏联宪法第 111 条规定：“苏联各级法院审理案件，除法律有特别规定外，一律公开进行，保障被告有权获得辩护。”

在苏联，就刑事诉讼而言，除了涉及国家机密和性的犯罪案件外，其他所有案件的审理均必须公开进行。就民事诉讼而言，如从保护公共利益的观点认为公开审理不适当时，以及案件的情形是关系民事原告人和被告人的秘密生活时，法院可以根据自己的裁量和当事人的申请，全部或一部不公开审理，但一切判决仍应当公开宣告。

根据公开审理的原则，苏联法院审理刑民事案件时，每一公民（未满 14 岁的儿童除外）都有权出席审判，而新闻机关则有权报道关于诉讼进行的情况。^{〔10〕}

新中国成立后，我们也将公开审理刑事案件作为我国法院工作的基本原则之一。“刑事民事案件，除有关国家秘密或某些于社会有不良影响的不应公开外，其余均应公开审判。”^{〔11〕}这种公开审判，对新中国的司法工作具有重大的意义，即“通过公开审判，可以领导社会舆论，对一切犯罪行为及旧社会遗留下来的坏习惯进行公开的司法斗争。”^{〔12〕}当然，在新中国成立之初，由于我国各地经济发展的不平衡，一些硬件设施的不完善，如法庭狭小简陋，加上某些同志对公开审判持有的保守观念，因此影响了一些地区的群众不能便利地参加法庭的旁听。但当时我国明确接受苏联的经验，坚持公开审判的原则则是无疑的。尤其是在 1954 年，当我国的经济得到恢复、人民政权获得巩固之后，宪法和人民法院组织法就将该项制度进一步明确了下来。

第二，关于陪审制度。在苏联，根据列宁和斯大林的指示，强调一切劳动

〔10〕〔苏〕卡列夫：《苏维埃司法制度》，赵涵典、王增润等译，法律出版社 1955 年版，第 40 页。

〔11〕 1951 年《人民法院暂行组织条例》第 8 条、1954 年《人民法院组织法》第 7 条都明确规定了这一制度。至于哪些案件不得公开审理，1956 年 5 月 8 日全国人民代表大会常务委员会第 39 次会议通过的《全国人民代表大会常务委员会关于不公开进行审理的案件的决定》对此作了明确规定，即：①涉及国家机密的案件；②涉及当事人个人隐私的案件；③未满 18 岁之未成年人的案件。这一规定，也可视为对苏联相关法律规定的移植。

〔12〕《人民法院审判工作报告——最高人民法院吴溉之副院长在全国司法会议上的报告》，载《中央政法公报》第 18 期，1950 年 10 月 31 日。

者都应当参加国家的管理, 审判活动是国家活动的重要方式之一, 因此, 广泛吸收劳动者参加审判活动, 就成为人民参加国家管理活动的重要方法。苏联法学界认为, 人民陪审员参加审判保证了苏维埃审判制度的真正社会主义民主原则, 保证了法院与人民群众的联系。同时, 成千上万的劳动者以人民陪审员的资格参加审判, 学习国家管理, 自己也受到了严格遵守苏维埃法律的教育。

在上述指导思想下, 苏联宪法第 103 条规定: “各级法院审理案件, 除法律有特别规定者外, 都由人民陪审员参加进行。”所有一切一审法院审理案件的时候(某些案件应当在军事法庭审理者除外), 参加审判的三个成员中, 有两名必须是人民陪审员。人民陪审员和审判员一样, 由选举产生。他们按照名单顺序轮流在法院执行其职务, 每年不得超过 10 日。人民陪审员在执行职务时, 享受和审判员同等的权利: 他们不仅在制作判决时参加表决, 并且还参加解决审理时所发生的一切问题。^[13]

吸收苏联的经验, 新中国的审判工作也采纳了陪审制度。^[14]与苏联一样, 新中国的法院制度的创建者也意识到: “陪审制度, 将加强我们法院和人民中间广泛的联系, 使人民通过陪审员直接参与国家的审判任务, 并由此将真正的民意传达到人民法院来。”^[15]“人民陪审员制度是人民法院民主化的重要特征。它吸收广大人民群众参加审判活动, 使人民群众能以这个形式来直接参加国家管理。陪审员能把人民生活上的、社会上的经验和法律意识带到法院来运用, 使案件的情况更易了解, 判决更易正确。人民以陪审员的资格参加审判, 也能受到国家管理的教育, 受到严格遵守法律的锻炼。他们还能把自己参加审判所受到的教育、锻炼灌输与广大的人民。”^[16]

按照 50 年代初相关法律确立起来的我国人民陪审员制度, 人民陪审员的职权和苏联的一样, 每年参与审判的时间和苏联一样(10 天); 产生办法也基本相同。当然, 受新中国成立初期各方面条件的限制, 建国最初几年我们的人民陪审员还不能像苏联那样直接由人民群众选举产生, 而是由人民法院邀请就每一案件有关的机关团体指派代表参加。1954 年以后, 这一情况就有了变化, 进一步向苏联的模式靠拢。1954 年《人民法院组织法》第 35 条、1956 年 7 月

[13] [苏] 卡列夫:《苏维埃司法制度》, 赵涵舆、王增润等译, 法律出版社 1955 年版, 第 40 页。

[14] 1951 年《人民法院暂行组织条例》第 6 条、1954 年《人民法院组织法》第 8 条。

[15] 《人民法院审判工作报告——最高人民法院吴溉之副院长在全国司法会议上的报告》, 载《中央政法公报》第 18 期, 1950 年 10 月 31 日。

[16] 张志让:《宪法颁布后的中国人民法院》, 载《政法研究》1954 年第 4 期。

21 日《司法部关于人民陪审员的名额、任期和产生办法的指示》第 4 条规定, 基层法院的人民陪审员由法院确定名额之后由当地同级人民代表大会选举或居民直接选举; 中级人民法院的人民陪审员既可以由同级人代会选举, 也可以从同级机关、团体和企业的职工中选出; 高级人民法院的人民陪审员从同级的人民团体和企业的职工中选出。同时, 在实践中, 也有法院直接指定人民陪审员的做法。^[17]

第三, 关于法院的宣教作用。在苏联, 十分重视法院活动对人民群众的宣传教育作用。“苏联法院灌输群众认识社会主义法治及法序的原理, 在以共产主义精神改造全社会的伟大事业上活跃地协助国家。”^[18]“苏联法院不仅顺利地进行着与过去残余的和反映着外来的资本主义包围的犯罪, 并且顺利地得以实现其教育任务, 以共产主义教育的精神, 感化群众。”与资产阶级的法院不同, “苏联法院公开审理, 系在吸引最广泛的大众注意司法。为了这个缘故, 法院选择了最便利劳动者到法院审理庭旁听的时候开庭。法院时常到工厂、国营农场、集体农场, 在熟悉犯罪情状和犯人的群众中间审理案件。法院仔细地研究案件, 严格地遵照法律, 一步一步地揭开犯罪或民事案件纠纷的全景, 静听各方的陈述, 法院成了一个巨大的学校, 来教育到庭者遵守并尊重法律和法序。”^[19]

接受苏联的经验, 新中国的法院工作也非常重视宣教工作。^[20]当时的最高人民法院领导人明确认为: “审判工作是有着重要的教育作用的。人民法院, 通过刑民案件的审判或调解, 惩罚犯罪和解决纠纷, 同时, 也伴随着积极的教育作用。”“人民法院是服务于人民, 它不仅能够有效地站在国家人民的立场上, 惩罚犯罪, 解决纠纷, 而且能够预防犯罪, 消灭犯罪, 清除人民意识中从旧社会遗留下来的一切落后的和污浊的影响, 代之以新民主主义的法治观念和道德观念, 而发挥着审判工作的积极的教育意义, 教育人民遵守法律秩序, 遵

[17] 如笔者就是上海市第一中级人民法院指定的人民陪审员。此外, 需要指出的是, 苏联“十月革命”以后建立的陪审制并不非常成功, 移植苏联模式建立的新中国的陪审制也存在着与前苏联同样的问题。因此, 近年来学术界有人提出应移植英国的经验, 重建中国的陪审制。参见杨亚非:《陪审制的理念、结构和代价》, 载江平主编:《比较法在中国》, 第 1 卷, 法律出版社 2001 年版, 第 393 页。

[18] [苏] 高里雅柯夫:《苏联的法院》, 一之译, 时代出版社 1950 年版, 第 81 页。

[19] [苏] 高里雅柯夫:《苏联的法院》, 第 83-84 页。

[20] 1951 年《人民法院暂行组织条例》第 3 条第 4 款规定: “人民法院应以审判及其他方法, 对诉讼人及一般群众, 进行关于遵守国家法纪的宣传教育”。

守我们共同纲领所规定的共同生活的法则。”^[21]

在这种认识之下，我们一直强调，人民法院就刑民事案件所作出的每一个审判，都不仅要当事人有着说服的力量，而且要能在社会上发挥巨大的教育作用；人民陪审员，不仅是面对当事人执行国家的审判权，而且面对着社会广大群众进行着关于爱护国家和社会的共同生活的法律和纪律的教育；人民陪审员，不仅是我们国家的法律的执行者，而且又是积极的宣传者。

为了使人民法院和人民审判员能够顺利地完成任务而神圣的使命，新中国成立初期的各级法院都强调培养人民陪审员的学习作风和密切联系群众的作风，要求我们的人民陪审员自觉地走出法院的大门，到农村、到街道、到工矿区，在最便利群众参加的场合下，进行公开审判、公开宣判、巡回审判等，使法庭成为宣传我们政策法律、宣传我们国家法治精神的讲台，并运用各种各样的宣传方式，如广播、报纸、黑板报、演唱、典型案例展览会等，进行法律知识教育。

无庸讳言，利用审判对百姓进行守法教育，将法院作为宣传法律道德仁义的场所，在中国古代也曾盛行。^[22]但强调法院工作的人民性，强调通过审判工作来宣传社会主义的法律意识，提高人民群众的遵纪守法观念，这是 50 年代中国从苏联移植来的一笔法律文化遗产。

第四，关于重刑的观念。在国家初建、阶级矛盾和阶级斗争比较激烈的情况下，重刑的观念和措施往往容易流行。俄国“十月革命”之后，出于巩固新生的社会主义政权的需要，对外部敌人的破坏和内部人员的贪污渎职，均采取了重刑镇压的手段。1918 年，在联共（布）中央关于贪污受贿的司法案件讨论会上，列宁作了如下笔记：“我请求把那些担任对于审理已经证明及承认其受贿行为的人们，只判处了半年徒刑的审判员的党员同志们开除出党的问题，列到议事日程上去。”“不把受贿者枪毙，而给了这样开玩笑似地软弱而轻微的判决，这对共产党人及革命者乃是可耻的行为。”^[23]列宁的这些思想，随后就成了苏联执行刑罚的依据。

就中国的情况而言，建国初期的阶级斗争形势也是十分严峻的，加上中国

历史上自法家以来的重刑主义传统，故列宁的上述思想很快就被我们吸纳过来，成为我们镇压反革命和打击敌对势力的指导思想。“我们的人民法院，是坚定地站在中国人民的立场上面，‘向着帝国主义的走狗，地主阶级和官僚资产阶级及代表这些阶级的国民党反动派及其帮凶们实行专政，实行独裁，压迫这些人，只许他们规规矩矩，不许他们乱说乱动，如要乱说乱动，立即取缔，予以制裁。’这是毛主席关于人民民主专政的重要指示，也就是我们人民法院对待反动阶级反革命犯罪分子实行镇压的方针。”^[24]

应当说，在新中国刚刚建立，人民政权尚未巩固，各种敌对势力想方设法试图推翻人民的政府的情况下，对各种反革命分子和敌对势力采取重刑镇压的方针是正确的，列宁、斯大林、毛泽东等正是因为清楚地看到了这一点，故比较强调了对敌对势力镇压的侧面。但是，随着新中国各项事业的发展，政治局面逐渐稳定以后，我们受上述列宁、斯大林和毛泽东的重刑思想的影响，坚持以阶级斗争为纲，则使我们的民主与法制建设受到了本来可以避免的严重损害。

第五，在设定人民法院的性质、目的和任务方面，我们也接受了苏联的观念。如根据建国初期最高人民法院吴溉之副院长所作的法院工作报告，我国人民法院的任务被确定为：“保护中华人民共和国国家的权益和每个人民的权益，保护新民主主义的政治制度、经济制度、文化制度和社会秩序的安定，保护国有企业、公有企业、社会团体等权益。”^[25]

而这一任务的设定，与依据 1936 年苏联宪法制定的 1938 年苏联法院组织法第 2 条所规定的苏联法院的 3 项任务几乎是相同的，即苏联法院的任务是保护：“（甲）苏联宪法、联邦及自治共和国宪法所规定之社会及国家组织；（乙）苏联宪法、联邦及自治共和国宪法所保证之苏联公民之政治、劳动、居住及其他人身并财产权利与利益；（丙）国家机关、企业、集体农场、合作社及其他公共组织之权利及由法律所保障之利益。”^[26]

第六，加强法院审判队伍建设。苏维埃社会主义国家建立后，十分重视对法院审判队伍的建设工作。当时，为了保证审判员的素质，苏联宪法和法律规

[21] 《人民法院审判工作报告——最高人民法院吴溉之副院长在全国司法会议上的报告》，载《中央政法公报》第 18 期，1950 年 10 月 31 日。

[22] 何勤华：《中国法学史》第二卷，法律出版社 2000 年版，第 87 页。

[23] 转引自《人民法院审判工作报告——最高人民法院吴溉之副院长在全国司法会议上的报告》，载《中央政法公报》第 18 期，1950 年 10 月 31 日。

[24] 《人民法院审判工作报告——最高人民法院吴溉之副院长在全国司法会议上的报告》，载《中央政法公报》第 18 期，1950 年 10 月 31 日。

[25] 《人民法院审判工作报告——最高人民法院吴溉之副院长在全国司法会议上的报告》，载《中央政法公报》第 18 期，1950 年 10 月 31 日。

[26] [苏] 高里雅柯夫：《苏联的法院》，一之译，时代出版社 1950 年版，第 32 页。

定所有审判员和人民陪审员都必须经过普遍、平等、直接、无记名投票的选举。按照苏联法学界的观点,审判员应当是一个苏维埃法律与社会主义公共生活规则的无可非难的履行者,是一个为社会主义法制而斗争的真正战士。为了要教导居民遵守法律,审判员本身就应当成为尊重与遵守法律的一个榜样。

对于上述这一点,曾在苏联最高苏维埃主席团出任27年主席的米·依·加里宁,在苏联最高法院成立10周年纪念日审判、检察工作人员会议上说道:“如果有人问我:哪种人能够从事审判员的工作,……那么我的回答是:审判员应当至少是具有共产主义大学水平的知识,具有丰富的社会政治经验,善于识别人们;而且我还应当补充一句,具有高度文化水平的人。”〔27〕为了贯彻苏联领导人的这种思想,苏联在比较短的时间内,建设起了较为系统发达的高等法律教育体系。〔28〕

吸收苏联的经验,新中国也十分重视法院审判员队伍的建设。建国初期,法院系统的同志曾以邓子恢在中南司法会议讲话中关于干部来源的见解和解决办法,作为审判员队伍建设的方针:“调配一定数量的老干部,作人民司法机关的骨干,大量培养新干部,大胆选用旧司法人员。”〔29〕应当说,这一方针,既比较符合当时中国司法干部队伍的实际状况,也与苏联建国后的做法大体相当。可惜的是,后来在对待旧司法人员的政策上,我们发生了偏差。

当然,新中国法院系统的高层领导人,在当时就已经看到了苏联与中国的国情差异,提出了在移植苏联经验基础上的适当改良。如当时的最高人民法院副院长吴溉之就明确指出:“我们的审判员根据政策法律办理刑民案件,他是直接以国家的名义行使自己的职权,他的每一件工作,都密切地关联着人民的利益。所以苏联的审判员,是由公民以普遍、直接、平等、无记名的选举方式投票选举的。我们人民法院的审判员,将来也要循着这个方向走的,但是目前还不具备这种条件,还不可能这样做。目前我们各级人民法院院长和审判员,

〔27〕引自〔苏〕卡列夫:《苏维埃法院组织》,中国人民大学刑法教研室译,法律出版社1955年版,第42页。

〔28〕关于苏联高等法律教育体系,请参见〔苏〕苏达里(尼)可夫、贝可夫于1951年8月4日在我国中央司法部所作的讲演:《苏联法律教育的组织》。在该讲演中,这两位专家对苏联培训司法干部的4种组织形式:综合性大学法律系、高等法律专门学校、中等专科法律学校和法律培训班作了详细介绍。参见中央人民政府司法部编印《苏联司法实务》,1951年11月出版,第108—119页。

〔29〕《人民法院审判工作报告——最高人民法院吴溉之副院长在全国司法会议上的报告》,载《中央政法公报》第18期,1950年10月31日。

应该是由各级人民代表机关或各级人民政府委员会任免。”〔30〕

吴溉之副院长在上述报告中还对新中国人民审判员的任职资格提出了要求:“从审判员的工作职责来说,他必须具备三个起码条件:第一,坚定的政治立场和忠诚为人民服务的思想作风;第二,熟悉人民政府的政策法令和立法精神,并且善于在实际工作中结合具体刑民案件灵活地运用;第三,要有一定的文化水平、科学知识和社会常识。”非常清楚,这三条要求,与上述加里宁对苏联审判员的要求也是大同小异。

第七,审判独立原则。在苏联,法院组织和活动的一项最重要的宪法原则,就是审判独立。苏联宪法第112条明确规定:“审判员独立,只服从法律。”在苏联,审判员在审理案件时不应当接受上级法院、司法部以及任何其他机关和国家工作人员对于某一案件应如何加以解决的指示,而只是根据法院所审理的事实材料,而使审判员对于刑事诉讼中的被告的有罪或无罪,对民事诉讼请求有理或无理自由地形成自己内心的确信,不受任何外界的干涉和压力。

“根据法律和社会主义良心解决民刑案件,只有在保证审判员独立不受任何压力和影响的条件下,才是可能的——这种影响可能是‘根本上同无产阶级纪律性和社会主义相矛盾的小资产阶级自发性,小有产者的习性、趋向和情绪的自发性’(列宁语)或者也可能是一些地方上的影响,这种影响是企图把自己对于审判实践某项问题的了解或者把自己的地方利益同无产阶级国家的共同利益对立起来。”〔31〕30年代苏联总检察长维辛斯基的这一段话,点明了苏联实行审判独立对贯彻社会主义法制原则的基本意义。

吸收苏联的经验,〔32〕1954年制定颁布的中华人民共和国宪法第78条明确规定:“人民法院独立进行审判,只服从法律。”据此规定,当时的司法界提出

〔30〕《人民法院审判工作报告——最高人民法院吴溉之副院长在全国司法会议上的报告》,载《中央政法公报》第18期,1950年10月31日。

〔31〕〔苏〕安·扬·维辛斯基:《苏联的法院组织》,1940年俄文版,第188页。引自〔苏〕卡列夫:《苏维埃司法制度》,赵涵舆、王增润等译,法律出版社1955年版,第31页。

〔32〕在审判独立原则上,可以说我国是照抄了苏联的模式。因为在西方资本主义国家,审判独立(它是司法独立的一个组成部分)有两个支撑:一是法官高薪制,二是法官终身制。苏联对此持否定态度。就前者而言,法官作为国家的工作人员,与其他党政机关人员的收入并无差别;就后者而言,苏联视其为“审判不公正的掩盖物”(刘昆林:《对“人民法院独立进行审判,只服从法律”的认识》,载《政法研究》1955年第1期),因此在制度规定上,对法官和陪审员都实行任期制和选举制。对苏联的这一制度和观念,中国都全盘地搬了进来。

了若干贯彻的具体意见：

首先，各级人民法院在处理具体案件时，不受他人或其他机关的干涉；

其次，在上下级关系上，下级法院与上级法院的关系，不是一般行政机关的从属关系，而是一种审级关系，即上级法院不能命令下级法院对某一具体案件如何确定判决，只能根据法定的上诉程序变更或废弃下级法院的判决或裁定。此外，就是在发现下级法院已经发生法律效力的一案件的判决或裁定确有错误时，可根据法定的审判监督程序进行提审或指令再审。

再次，司法人员的任免程序与产生方式是法院能否独立进行审判的基本保证之一。在这方面，我国宪法和法律吸取了苏联的先进经验，结合我国自己的特点，确定了法院院长由同级人民代表大会选举、罢免的原则，保证了法院审判的真正独立和人民行使权力的真正民主性质。

最后，必须贯彻人民的法律以达到法律所追求的目的。法院独立进行审判，只服从法律的意义，一方面是司法人员在审判案件时不受任何人的拘束，另一方面，是由此产生了司法人员的义务，即必须依照国家法律所追求的目标来判决案件。而新中国初期我国法律所追求的目标是惩办一切犯罪分子，解决民事纠纷，维护公共秩序，保护公共财产和公民的合法权益，保障社会主义改造和建设事业的顺利进行，并对全体公民进行遵纪守法的教育。

为了保证法院独立审判，只服从法律的原则的贯彻，当时法学界还提出了加强对法院工作的监督、实行陪审制度、集体领导、公开审判、辩护制度等一系列配套的措施。^[33]

当然，审判独立原则虽然移植自苏联，但我们的做法已与他们有了区别，苏联强调的是审判员的独立性，强调审判员的自由确信。而我们则强调法院的独立性，注意发挥法院工作人员的集体作用。^[34]同时，与许多50年代从苏联引进的其他原则一样，审判独立原则在1957年“反右”斗争中遭到了否定，

[33] 刘昆林：《对“人民法院独立进行审判，只服从法律”的认识》，载《政法研究》1955年第1期。

[34] 事实上，苏联的审判员“自由心证”的思想也一定程度上影响了建国初期的中国司法界。如时任最高人民法院副院长的张志让就明确指出：“宪法保障法院独立进行审判这一原则之所以重要，是因为法院审判人员必须严格遵照法律，根据其自己对于每一具体案件的信心来判决案件。如上所述，分析、评定证据，认定案件的真实情况是一种复杂的理智活动过程，判决案件的人必须亲自参加这个过程，才易于发现案件的真实情况，才易于得到正确的信心”（载《政法研究》1954年第4期）。这里，审判员个人对案件判断的“信心”，显然与“心证”已有着内在的联系。

在以后的近20多年时间内，一直受到批判。

四、移植苏联的经验，建立新中国的检察制度

与法院一样，在检察院制度方面，由于旧中国的检察院系统已经为新中国所全部否定，故在创建新的检察院系统方面，当时中国的法学界也不得不基于新中国的国情，主动积极地向苏联老大哥学习。^[35]

就苏联的情况而言，十月革命以后，在1917年11月公布的关于法院的第一号法令中，废除了沙俄的旧检察制度，在中央成立了国家检察人民委员部，在地方，由工农兵代表苏维埃所选举的司法委员，来行使检察机关的监督职能。

1921年，在列宁的批示下，苏联进一步明确地设立了检察机关，并在1922年5月颁布的《关于检察监督章程》中，规定了新的检察机关的职权。在此基础上，1933年6月，苏联中央执行委员会和人民委员会又作出决议，规定了检察机关的5项职能：

第一，监督苏联及各加盟共和国的国家机关及各地方政权机关的决议与命令合于宪法及苏联政府的决议；

第二，监视各加盟共和国司法机关对于法律的正确和一致的适用。有权督促任何案件，在任何审理的阶段，有权向上级司法机关抗议法院的刑事和民事判决，并停止其执行；

第三，在苏联领域内的各级法院中提起刑事检举和支持控告；

第四，根据特别章程，监督国家政治保卫局，民警局，刑事警察及改造劳动机关行为的合法性和正确性；

第五，对各加盟共和国检察机关的活动实行总的指导。

该决议最后规定：“苏联检察机关的命令，只有苏联中央执行委员会主席团和苏联人民委员会得加以废弃和停止。”^[36]

经过以上章程和决议的规范，苏联新型的检察制度初步得以确立，但该时期苏联的检察机制还存在一些问题，主要是领导的体制尚未理顺，即各加盟共

[35] “新中国的检察制度，当然不能也不应该是资本主义与旧中国那一套。可是由于社会性质与时代不同，经验不多，干部不够，暂只能按部就班地向着苏联的检察制度方向逐步推进。”参见《各国检察制度的比较——最高人民检察署李六如副检察长在中国政法大学的讲授（话）》，载《中央政法公报》第4-5期合刊，1950年3月15日。

[36] 参见《各国检察制度的比较——最高人民检察署李六如副检察长在中国政法大学的讲授（话）》，载《中央政法公报》第4-5期合刊，1950年3月15日。

和国的检察机关,一方面接受苏联检察长的领导,另一方面受各加盟共和国政府和司法人民委员会的制约,即所谓“双重领导”。1936年斯大林宪法的颁布,才最终解决了这些问题,即宪法第113条规定:“苏联总检察长对于各部及其所属机关公职人员以及苏联公民是否确切执行法律,实行最高监督”;第117条规定:“各检察机关独立行使职权,不受任何地方机关的干涉,只服从总检察长”;第114条规定:“总检察长由最高苏维埃任命之,任期7年。各州、市区检察长由加盟共和国检察长呈经总检察长批准后任命之,任期5年。”

上述经过近20年数次改革演变,并在1936年由斯大林宪法定型的苏联检察制度,随后就成为中国共产党人建立新的检察制度的范本。

首先,早在1931年,在江西苏区召开的全苏维埃代表大会上,依照十月革命胜利后不久的苏联的经验,只成立了司法人民委员部、工农检察人民委员部、法院与政治保卫局,而没有成立检察机关。^[37]

其次,在新中国成立之初,中国政府模仿苏联1936年以后的检察制度,正式成立了检察机关。1949年,《中华人民共和国中央人民政府组织法》第5章第28条、第29条、第30条,以及《中央人民政府最高人民检察署试行组织条例》,对检察机关作了如下规定:

1. 最高人民检察署为全国人民最高检察机关,对政府机关公务人员和全国国民之严格遵守法律,负最高的检察责任。全国各级检察署,均独立行使职权,不受地方机关干涉,只服从最高人民检察署之指挥;^[38]

2. 最高人民检察署设检察长一人,副检察长若干人,委员若干人。

3. 最高人民检察署受中央人民政府委员会之直辖,直接行使并领导下级检察署执行下列职权:①检察全国各级政府机关及公务人员和全国国民是否严格遵守人民政协共同纲领及人民政府的政策方针与法律法令;②对各级司法机关之违法判决提起抗议;③对刑事案件,实施侦查,提起公诉;④检察全国司法与公安机关犯人改造所及监所之违法措施;⑤对于全国社会与劳动人民利益

[37] 中央苏区当时实行审检合一,只在法院中设检察员,而不专设独立的检察机关。根据1932年6月9日中华苏维埃共和国中央执行委员会公布的《中华苏维埃共和国裁判部暂行组织及裁判条例》的规定,“省裁判部得设正副检察员各一人,县裁判部则设检察员一人,区裁判部则不设检察员。”引自杨木生著:《中央苏区法制建设》,中共党史出版社2000年版,第198页。

[38] 新中国初期的检察机关,主要移植了苏联的模式,但检察署的名称,则是继承了国民党政府时期的称谓。民国21年(1932年),国民党政府改法院编制法为法院组织法,将检察机关配置于各级法院之内,并将最高法院内的检察厅的名称改为检察署。

有关之民事案件及一切行政诉讼,均得代表国家公益参与之;⑥处理人民不服下级检察署不起诉处分之声请复议事件。

4. 在下级检察署尚未设立的地区,得委托各该地公安机关执行,但其执行,须直接受最高人民检察署的领导。

从上述规定来看,新中国初期的检察制度,基本上依照了苏联的经验。如检察机关的性质、工作职责和范围等。但也有些变动,如在苏联的检察机关,是由总检察长负责;而新中国的最高人民检察署,除设检察长之外,还设有检察委员会,它由检察长、副检察长和委员组成,每月举行一次,由检察长召集之,“议决有关检察之政策方针及其他重要事项”。故中国的检察署除由检察长主持工作之外,对重大事项系采取委员会负责制。

1954年9月22日颁布的《中华人民共和国宪法》以及《中华人民共和国人民检察院组织法》,肯定了前几年移植苏联检察制度的成功经验,以国家根本法和基础性法律的形式进一步在制度上作了系统规定。尤其是在检察机关的性质、职权和领导关系上,与苏联的体制保持了完全的一致:

第一,苏联检察署是法律监督机关,事实上成为法纪的保护人和维护人民真正权益的工具;我国的检察机关也是法律监督机关,以维护宪法、法律和法令统一地和正确地实施,检察违法犯罪行为为职责。这说明了它们的性质是相同的。

第二,依照苏联检察署条例第4条和我国人民检察院组织法第4条的规定,它们的具体职权是以一般监督、侦查与侦查监督、审判监督、劳动改造机关监督等为主。这说明了它们的职权是相同的。

第三,依照苏联宪法第117条和我国宪法第83条的规定,它们都是采取垂直领导制,地方各级检察机关独立行使职权,不受地方国家机关的干涉。这又说明它们的领导关系是相同的。^[39]

当然,1954年宪法和人民检察院组织法考虑到中苏两国的历史条件和社会条件有所不同,在规定检察制度方面也参照新中国前5年的实践,对苏联的体制作了相应的改革和完善,如在检察长的产生上,苏联总检察长由苏联最高苏维埃任命,我国最高人民检察院检察长则由全国人民代表大会选举;在检察机关的负责制上,苏联的检察机关由检察长负责,而我国由于在检察院除了设检察长、副检察长和若干检察员之外,还设有检察委员会,故我国是采取集体

[39] 周新民:《人民检察院的性质和任务》,载《政法研究》1954年第4期。

领导基础上的个人负责制。^[40]

五、引进苏联诉讼程序的经验，确立新中国的刑民诉讼制度

在苏联，“十月革命”以后，比较迅速地建立起了一整套刑事诉讼的程序体系。这套程序体系，至 1936 年苏联宪法的颁布而基本定型，并成为新中国建立刑事诉讼法的范式。具体言之，苏联刑事诉讼程序中的如下内容，为新中国的刑事诉讼法所继受。

1. 关于刑事诉讼的基本观念。在苏联，刑事诉讼被视为是“检察、侦查和审判的机关实行揭露犯罪，证实犯罪人，附带一切防御上的保障去审理被告人案件并适用公平刑罚而由法律所指导的活动。”^[41]

在这一观念指导之下，苏联将刑事诉讼的基本制度，确定为：①将提起刑事追诉之权，赋予法院、检察署和侦查机关；②法院和检察署对于侦查程序中拘禁的正确性，甚至短期拘押的正确性，有实行监督之权；③普通法院和军事法院公判庭的公开审理；④用地方居民大多数通用的语言审理案件；⑤检察署和公开团体的代表人，均能在法院支持告诉（公诉）；⑥虽在预备侦查程序中不许辩护人参加，但在公判庭为被告人保障了极广泛的防御权；⑦依审判员的心证来评定案内的证据，审判员不受任何形式的证据的拘束；⑧第二审法院复核刑事判决的上告、监察程序，第二审法院对于第一审法院所选择的刑罚方法有减低或变更其等级之权；⑨如果检察长对于判决未以处刑过轻为理由而申明抗议时，第二审法院于案件审理或复审时，不得加重其刑罚。^[42]

以上关于刑事诉讼的观念和刑事诉讼制度的规定，自 20 世纪 20 年代形成之后，至 1936 年苏联宪法颁布，没有发生实质性的改变；除了适应反恐怖活动的需要和宪法的统一性，在 1936 年之后加强了反恐立法和强调苏联 16 个加盟共和国刑事诉讼立法的一致性之外，上述刑事诉讼的观念和关于刑事诉讼制度的规定一直适用至 80 年代中叶。^[43]

受苏联的影响，新中国关于刑事诉讼的观念和刑事诉讼制度的规定，与上

[40] 周新民：《人民检察院的性质和任务》，载《政法研究》1954年第4期。

[41] [苏]贝可夫讲授：“苏维埃国家和法律的基础——第十三讲：苏维埃刑事诉讼”，载《中央政法公报》第19-20期合刊，1950年11月30日。

[42] [苏]贝可夫讲授：“苏维埃国家和法律的基础——第十三讲：苏维埃刑事诉讼”，载《中央政法公报》第19-20期合刊，1950年11月30日。

[43] [苏]И·В·蒂里切夫等编著：《苏维埃刑事诉讼》，张仲麟等译，法律出版社1984年版，第59-83页。

述苏联的也大同小异。

比如，关于刑事诉讼的观念，中国法学界认为，刑事诉讼是公安机关、人民法院和检察机关运用司法程序，惩治危害人民与国家利益的敌对分子和犯罪分子，以巩固人民民主专政，保护公民的人身权利和财产权利的活动。司法机关受理刑事案件，应认真调查研究，严禁刑讯，保障被告人有辩护及请人辩护的权利。^[44]

为了实现这一刑事诉讼的观念，1950年7月26日至8月11日由最高人民法院、最高人民检察署、司法部、法制委员会共同召开的第一届全国司法会议，1953年4月11日至25日召开的第二届全国司法会议通过的各项决议，以及《中华人民共和国诉讼程序试行通则》（草案）、^[45]《人民法院暂行组织条例》、^[46]《人民法院组织法》、^[47]《刑事诉讼法草案》（初稿）^[48]等对刑事诉讼制度作了如下规定：①刑事追诉之权，由公安机关、人民检察署（院）和人民法院统一行使；②人民检察机关对刑事诉讼实施监督；③法院审判案件，实行三级二审制（1954年宪法后改为四级二审制）；④除法律特别规定之外，所有案件均公开审判；⑤各民族平等，审判时适用为当地群众所接受的语言；⑥检察机关负责对刑事案件的公诉；⑦被告人可以聘请辩护人为自己辩护，辩护人有权在法庭上向被告、证人、鉴定人发问；⑧人民法院独立审判，只服从法律；⑨公民在法律面前人人平等；⑩实行人民陪审员陪审制度；⑪被告人如不服第一审判决，可以进行上诉；⑫检察机关如不同意第一审判决，可以按上诉程序提出抗议；⑬实行党管司法制度、审判委员会制度等。

这里，除了未明确规定法官的自由心证制度、增加党管司法和审判委员会两项制度之外，其他都与苏联的模式相同。

2. 关于刑事诉讼的基本原则。根据 1936 年苏联宪法，刑事诉讼中必须贯彻如下基本原则：法制原则、审判员独立原则、公开原则、民族语言原则、保障被告人的辩护权原则、公正（公益）原则、客观真实原则、直接原则、言词

[44] 余敏声主编：《中国法制化的历史进程》，安徽人民出版社1997年版，第141页。

[45] 中央人民政府法制委员会1950年12月31日通过。

[46] 1951年9月中央人民政府委员会第十二次会议通过。

[47] 1954年9月全国人民代表大会第一次会议通过。

[48] 1957年起草、1963年修订。

原则、辩论原则、简易和迅速原则、群众路线原则。^[49]由于审判员独立和公开审判这两项原则在前面法院体制部分已经提及,以及限于篇幅,故这里重点对其他几项主要原则及其对中国的影响作些说明。

(1) 法制原则。即在苏维埃整个诉讼的过程中,处理诉讼的公职人员的一切行为,以及实施各项行为的程序,都是经法律明文规定的。在苏联的宪法、法院组织法、刑事诉讼法典的规定中,法制原则同时也意味着合法性原则,即法院、检察署、侦查机关的一切活动,都必须符合宪法和法律的规定,必须具有合法性。

中国司法机关的设计,也体现了法制原则,即刑事诉讼的进行,必须严格依据宪法和各部门法(如《人民法院组织法》、《人民检察院组织法》、《人民警察条例》等)进行;^[50]宪法和法律规定的刑事诉讼的各项原则,如使用本民族语言原则、法律面前人人平等原则、公开审判原则、陪审原则、辩护原则等都必须得到切实的遵守;司法机关的活动只服从法律,而不受任何其他人和机关的影响,^[51]其行为必须具有合法性;检察机关对于侦查机关、审判机关和劳改劳教机关的活动是否合法进行监督,而检察机关自身行为的合法性受同级人民代表大会及其常委会的监督,^[52]等等。所有这些规定,虽然在具体执行时,因受到1957年以后中国政治形势的影响而并不理想,但当时中国司法制度的设计者试图仿照苏联的模式、强调法制原则,用法律来约束司法机关的活动的愿望则是真诚的。

(2) 民族语言原则。此原则是苏联宪法和法律所明文规定的诉讼原则。如苏联宪法第110条规定:“诉讼概用该盟员共和国,或自治共和国,或自治省语言进行之,保证不通晓该种语言之当事人能经过翻译员完全明了案卷内容,且有权用其本民族语言在法院陈述。”苏联刑事诉讼法典第22条进一步规定:“刑事案件之程序,须用俄罗斯语言或当地大多数居民所通晓之语言。遇有被

告人、被害人、证人及鉴定人不通晓本案程序所用之语言时,法院应聘请翻译员,使利害关系人等因翻译而了解法院所为之每一行为。应送达被告人之起诉书及其他文书,须译成被告人之本族语言。如被告人要求宣读时,亦须用其本族语言宣读之。如经查明利害关系人不通晓本案所用之语言时,各利害关系人得以其本族语言提出各种文书和声请书。”苏联各加盟共和国的宪法和法律也都规定了此原则。

中国的宪法和法律也详细地规定了民族语言原则。如宪法第3条规定了在中国各民族一律平等、禁止民族歧视和民族压迫、各民族都有使用本民族语言的自由等。《人民法院暂行组织条例》第9条、《人民法院组织法》第6条更为详细地规定了在诉讼活动中使用民族语言的问题:各民族公民都有用本民族语言文字进行诉讼的权利。人民法院对于不通晓当地通用的语言文字的当事人,应当为他们翻译。在少数民族聚居或者多民族杂居的地区,人民法院应当用当地通用的语言进行审讯,用当地通用的文字发布判决书、布告和其他文件。

中国法律对民族语言原则的表述,虽然在文字上比苏联的要精练一些,但内容几乎一模一样。

(3) 保障被告人的辩护权原则。苏联规定此原则的宗旨在于,在刑事诉讼的整个过程中,必须保护被告人的合法利益。这种合法利益,指的是要由法院查明并判断足以反驳(检察机关)的控诉,即查明被告人无罪或减轻其刑事责任的一切情况。为了贯彻这一原则,苏联宪法和法律规定了律师制度。据资料显示,在50年代初,莫斯科有一千名以上的律师,在列宁格勒,则有八百多名律师。^[53]

在中国,1951年的《人民法院暂行组织条例》虽然只规定了公开审判,而没有明文规定被告人的辩护权原则,但在中央人民政府法制委员会代理主任委员许德珩所作的《关于〈中华人民共和国人民法院暂行组织条例〉的说明》中,则明确指出实行公开审判,就是要实行辩护制度,不仅要让当事人本人有充分的辩护权,而且也要让“他的辩护人在法庭上有充分的发言权和辩护权”。^[54]

1954年的《人民法院组织法》依据我国宪法的精神,总结移植苏联上述

[49] [苏] M·A·切里佐夫:《苏维埃刑事诉讼》(上),中国人民大学刑法教研室译,中国人民大学出版社1953年初版,第107-108页。

[50] 中央人民政府法制委员会1950年12月31日通过的《中华人民共和国诉讼程序试行通则》(草案)第3条规定:“人民司法机关处理案件,有中国人民政治协商会议共同纲领,人民政府或人民解放军的纲领、法律、法令、条例、命令、决议者,依其规定;无规定者,依新民主主义的政策”。

[51] 参见1957年起草、1963年修订的《刑事诉讼法草案》(初稿)第2条。

[52] 参见1954年《人民检察院组织法》第4条(三)、(四)、(五),第7条。

[53] [苏] 贝可夫讲授:“苏维埃国家和法律的基础——第十三讲:苏维埃刑事诉讼”,载《中央政法公报》第19-20期合刊,1950年11月30日。

[54] 参见1951年9月5日《人民日报》。

原则 5 年时间的经验和教训, 结合当时的国情, 进一步强调了保护当事人的辩护权原则问题。该法第 7 条规定: “被告人有权获得辩护。被告人除自己行使辩护权外, 可以委托律师为他辩护, 可以由人民团体介绍的或者经人民法院许可的公民为他辩护, 可以由被告人的近亲属、监护人为他辩护。人民法院认为必要的时候, 也可以指定辩护人为他辩护”。^[55]

1957 年起草、1963 年修订的《刑事诉讼法草案》(初稿) 第 26 条、27 条、28 条、29 条, 则将上述组织法的规定予以了进一步的细化。

为了让中国的民众了解我国的司法制度移植苏联此项原则的必要性,^[56] 魏文伯同志在《对于〈中华人民共和国人民法院组织法〉基本问题的认识》一文中进一步阐述了这一问题。

他指出: “辩护权是国家给予被告人的合法权利。……在人民法院审理案件的时候, 被告人和他的辩护人在法庭上有权根据事实和法律, 提出有利于被告人的材料和意见, 证明被告人无罪或者罪轻。人民法院根据原、被告提出的正、反面材料, 加以对照分析研究, 并进行必要的调查核对, 便可以全面地了解案情, 分清是非, 正确判决。由此可见, 实行辩护对于防止审判上的片面性有其重要的作用。维辛斯基说过: ‘把诉讼案件认为不用检察长、不用辩护人而只用客观公正的审判员就可以顺利地判决这种主张, 必须彻底放弃。不论审判员多么客观, 不论其对于完成自己的艰巨任务有怎样的准备, 如果没有支持告诉的检察署这种机关的帮助, 没有提供有利于被告人的各种见解的辩护, 审判员就无计可施。’”^[57]

从上述论述可以看出, 我国 50 年代规定的保障被告人的辩护权原则, 虽然立足于我国的实际, 但从精神到语言, 基本上都是移植于苏联。

为了保障被告人的辩护权真正得以实现, 我们也仿照苏联的模式, 在将律师定性为国家的法律工作者的基础上, 建立起了新型的律师制度。至 50 年代

[55] 从 1956 年 5 月 8 日全国人民代表大会常务委员会第 39 次会议通过的《全国人民代表大会常务委员会关于被剥夺政治权利的人可否充当辩护人的决定》来看, 当时对辩护制度的规定还是比较开放的, 如该决定规定: 被剥夺政治权利的人在剥夺政治权利期间, 不得充当辩护人, 但被剥夺政治权利的人如是被告人的近亲属或监护人, 则可以。

[56] 顺便说一句, 中国当时移植苏联这一原则, 有许多同志是想不通的。对此, 陈光中在 50 年代中叶曾专门撰文, 阐述了这一问题。参见陈光中: 《苏联的辩护制度》, 载《政法研究》1955 年第 2 期。

[57] 参见《中华人民共和国审判法参考资料汇编》(第二辑), 总类, 北京政法学院 1956 年印行, 第 248 页。

中叶, 全国大、中、小城市和中级法院所在县、市及其他一些县城, 建立了法律顾问处共 800 多个, 全国共设律师协会 19 个, 有律师近 3 000 人。^[58]

(4) 公正(公益)原则。按照苏联宪法和法律的规定, 提起刑事追诉、侦查以及审理刑事案件, 均必须由国家机关(审判机关、检察机关和侦查机关)根据其职务, 为了公共利益全权进行, 而不受与犯罪有某种关系之个别公民和团体的意志与愿望干扰。

以上原则也直接影响了中国的司法运作。我国宪法与法院组织法、检察院组织法、人民警察条例以及《刑事诉讼法草案》(初稿)等都明确规定: 人民法院、人民检察院和公安机关, 是行使审判权、检察权和侦查权的机关, 任何其他机关、团体或个人都无权行使。

司法机关代表国家行使上述职权时, 必须考虑到公共利益, “必须依照法律, 严肃负责, 做到公正合理, 不冤枉一个好人, 不放纵一个坏人, 以维护法律的严肃性, 保护公民的民主权利不受侵犯”。^[59]

(5) 直接原则。即审判员应当根据他亲身所了解的案件中的一切证据来源来制作判决。直接原则并不是要审判员亲自去调查每一件事, 而是使审判员能够清楚地了解各种证据, 尽可能地排除横亘在审查对象与法院之间的一切中间环节。换言之, 法院应当从原始材料中, 而不是从任何根据该项材料制作的报告中取得证据。为了使直接原则得到具体落实, 苏联法律规定了如下程序: ①当事人在公判审理时通常均应出庭, 以便协同查明案情; ②证据须由法院直接审查, 证人与鉴定人必须到庭; ③原则上, 每一案件的诉讼程序不得中断, 每一案件审判组成人员不得更易。

苏联刑事诉讼中的上述直接原则以及法律规定的 3 个程序, 在我国的刑事诉讼立法中也完全得以体现。1957 年起草、1963 年修订的《刑事诉讼法草案》(初稿) 第 140 条就明确了审判员应当根据他在法庭上亲自查实的证据来确定被告有罪还是无罪, 并据此制作判决。为使直接原则得以贯彻, 该草案也作了类似于苏联模式的规定:

第一, 所有当事人在公开审判时都必须出庭(第 133 条);

第二, 证据必须由法院直接审查, 证人与鉴定人必须到庭(第 137 条、第

[58] 吴磊主编: 《中国司法制度》, 中国人民大学出版社 1988 年版, 第 357 页。

[59] 曹杰、王汝琪、刘方、王业媛: 《学习中华人民共和国人民法院组织法的体会》, 载前引《中华人民共和国审判法参考资料汇编》(第二辑), 总类, 第 258 - 259 页。

138条);

第三,原则上,每一案件的诉讼程序不得中断,每一案件的组成人员不得更易(第19条、第146条)。

总的来看,建国初期我国确立的刑事诉讼程序虽然尚不完备,但上述苏联刑事诉讼中的基本原则,至50年代中叶在中国的立法和司法中都被完全接受。^[60]

在民事诉讼方面,新中国的制度也受到了苏联的影响。如关于民事诉讼法的含义和任务、关于民事诉讼的具体程序、民事诉讼的各项基本原则和制度等,基本上都是在苏联模式的影响之下形成的。这里,比较突出的是如下几个方面。

第一,关于民事诉讼的主体。苏联的宪法和法律明确规定,除了法院之外,公民个人和法人是民事诉讼的主体,可以提起各种涉及公民个人及国家利益的民事案件;检察院作为民事案件的参与者,也可以提起民事诉讼。^[61]

接受苏联的经验,新中国在相关法律,如《最高人民法院关于各级人民法院民事案件审判程序总结》(1956年10月下发)和《民事案件审判程序(草稿)》(1957年)中也规定了公民个人和法人(机关、企业、团体)有起诉权。这两个法律同时还规定:人民检察院对于有关国家和人民利益的主要民事案件,也可以提起诉讼。

第二,公开审判制度。如前所述,公开审判是苏联宪法第111条规定的审判程序的基本原则之一,它不仅适用于刑事诉讼,也适用于民事诉讼。这种公开审判有两个方面的含义:第一,对当事人公开,即当事人享有参与诉讼、了解诉讼中一切材料的权利;第二,对民众公开,即苏联公民有权旁听审判过程,并有权在报纸和其他刊物上发表对审判过程的报道。

中国法律对民事诉讼中的公开审判也作了明确规定,如前述《民事案件审判程序(草稿)》第24条规定:“第一审案件,一般应在人民法院的法庭内公开审理;但是为了扩大对人民的教育影响,也可以在当事人所在地或者讼争标的所在地进行公开审理”。

第三,人民陪审员参加陪审。按照苏联宪法第103条,《法院组织法》第9条、14条的规定,在苏联的民事诉讼活动中,一律由审判员1人和人民陪审员2人组成合议庭审理民事案件。人民陪审员审理案件时,在一切要解决的问题上,享有与审判员同等的权利。^[62]

接受苏联的模式,在民事诉讼中,中国法律也规定了实行人民陪审员陪审的制度。我国1956年10月印发的《最高人民法院关于各级人民法院民事案件审判程序总结》规定:“人民法院审理第一审民事案件,应当由审判员1人和人民陪审员2人组成合议庭进行。在法庭审理评议中,人民陪审员享有与审判员同等的权利。1957年的《民事案件审判程序(草稿)》第3条、第25条、第46条对此作了同样内容的规定。”

第四,审判过程中的和解(调解)。在苏联民事审判程序中,和解分为审判上的和解和审判外的和解两种,前者是指诉讼当事人双方用消灭或变更正由法院审理中的争执的民事法权关系的方法以求达到消除当事人之间的争议并终止诉讼程序之目的而缔结的、并经法院确认的一种和解协议。审判外的和解是指只有一方当事人援引、而他方当事人则否认其存在或否认其正确性的一种和解协议。在苏联,无论是在法院内还是在法院外达成的和解,只要是提请法院确认并经法院确认者,均为审判上的和解,案件程序由此终止,这种和解协议也具有像法院判决那样的效力,如无错误,当事人必须执行。否则,法院将强制执行。^[63]

与苏联一样,新中国的民事诉讼程序中,也强调调解的重要性。前述《最高人民法院关于各级人民法院民事案件审判程序总结》规定:“对那些案情已经明确而又有调解可能的案件(不是所有的案件),为增进人民内部团结以利发展生产,受理这种案件的审判人员可以试行调解,当事人也可以随时请求调解。……调解可以在人民法院内进行,也可以在人民法院外进行。调解必须出于双方当事人的自愿,必须遵守政策法律、法令。……由人民法院主持成立的调解,与判决有同等效力。”经审查没有错误的调解,不准翻悔。“债务人翻悔无正当理由,而债权人申请执行时,可以强制执行。”《民事案件审判程序(草

[60] 受本文篇幅所限,中国关于这些原则的具体内容就不再展开,请参见1954年《中华人民共和国人民法院组织法》第一章“总则”。

[61] [苏]C·H·阿布拉莫夫:《苏维埃民事诉讼》(上),中国人民大学民法教研室译,中国人民大学出版社1954年版,第130页、132页、172页。

[62] [苏]C·H·阿布拉莫夫:《苏维埃民事诉讼》(上),中国人民大学民法教研室译,中国人民大学出版社1954年版,第38页。

[63] [苏]C·H·阿布拉莫夫:《苏维埃民事诉讼》(下),中国人民大学民法教研室译,中国人民大学出版社1955年版,第51-52页。

稿)》第16条至第21条对此作了同样内容的规定。

第五, 检察机关参与民事诉讼。这一点是苏联民事诉讼中一个非常突出的特点。按照苏联的法律观念, 检察机关负有监督法律执行的职能。为了实现这一职能, 它就必须参与到民事诉讼程序之中去, 以保护社会主义国有财产、公民个人财产以及其他各项合法的权益。根据苏联法律的规定, 检察机关参加民事诉讼, 主要表现在它可以提起民事诉讼, 也可以参与整个诉讼过程, 并对它认为不公正的第一审法院判决提出抗议, 要求上级法院重审。^[64]

接受苏联影响, 新中国初期的民事诉讼程序中, 也规定了检察机关参加民事诉讼程序的方式。如《民事案件审判程序(草稿)》第1条规定了检察机关可以提起诉讼; 第50条、第55条规定了检察机关参与民事诉讼; 在认为原审法院的判决不公正时, 可以提出抗议, 要求上级法院重新审理。

第六, 关于离婚的特别程序。由于离婚案件占民事案件中的相当比例, 因此, 无论是在苏联还是中国, 都对离婚案件规定了特别的程序。在这方面, 中国也受到了苏联的重要影响。

在苏联, 规定离婚程序为两个阶段: 一是基层法院对当事人的调解阶段; 二是上级法院(市或省法院)的实质审理阶段。受苏联影响, 中国法院在受理离婚案件时, 基本上也分成两个阶段, 即调解和审理。针对起诉的离婚案件, 一般要求法院先进行调解, 只有在调解不成功的情况下, 法院才进行审理, 作出判决。

当然, 在移植苏联经验的同时, 中国也按照自己的国情, 稍微作了一些改变, 即一方面, 苏联要求离婚之原告首先在当地的地方报纸上刊登已向法院提起离婚诉讼的启事(声明), 中国没有这方面的要求; 另一方面, 苏联规定离婚诉讼中调解和审理两个阶段, 分别由基层法院和上级法院受理,^[65] 而在中国, 这两个阶段都由同一个法院受理。

此外, 苏联民事诉讼中的法庭辩论原则、适用当地语言原则、对审判人员实行回避原则等, 也都为新中国的民事诉讼程序所接受。

[64] [苏] G·H·阿布拉莫夫:《苏维埃民事诉讼》(上), 中国人民大学民法教研室译, 中国人民大学出版社1954年版, 第172页。

[65] [苏] 苏达尼可夫、贝可夫:《苏维埃国家和法律的基础——第十四讲: 苏维埃民事诉讼程序》, 载《中央政法公报》第21期, 1950年12月15日。

六、关于移植苏联司法制度的个案分析——一般监督与无罪推定

一般监督, 是苏联检察机关活动中的特有内容。在苏联, “最严格地遵守社会主义法制是建成共产主义社会的条件之一, 党和政府要求在一切国家生活和社会生活中必须最严格地实行社会主义法制原则——苏维埃国家不可动摇的基础, 一切国家权力机关和管理机关的活动必须严格地符合法律。”^[66] 为了达到此目的, 苏联的宪法和法律规定了检察院的一般监督任务。

按照1936年苏联宪法第113条的规定, 苏联总检察长对于政府各部及其所属各机关、公职人员和苏联公民确切遵守法律, 行使最高检察权。根据宪法的上述精神, 苏联检察署条例和苏联检察署一般监督细则等法律对一般监督作了进一步明确而具体的规定, 苏联学术界对一般监督的内涵、任务和范围、目的、活动形式等也作了详细的论述。

关于一般监督的内涵, 苏联法学界认为: “一般监督, 就是检察院代表国家对于地方权力机关、国家管理机关、各部及其所属机关、所属企业和合作组织是否确切执行法律, 它们所颁发的法律性质的文件是否合法, 以及公职人员和公民是否确切遵守法律实行最高监督的活动。”^[67]

关于一般监督的目的, 按照《苏联检察署一般监督细则》第5条的规定, 主要为: ①在全苏联盟境内, 确定对法制的一致了解, 保证苏维埃法律的稳定性, 保证对于苏维埃法律确切、一贯的执行; ②在权力机关和管理机关, 人民委员会和它所属的企业、机关和团体的全部活动范围内巩固法制和国家纪律; ③在集体农庄和其他合作社机关内巩固法制; ④保证苏联全体公民最严格地遵守法律和社会公共生活规则; ⑤保护公民为法律所保障的权利, 不受任何侵犯。

卫国战争之后, 出于对军人的特殊保护, 在1946年7月17日由苏联总检察长所颁发的第128号《关于加强确切遵守法律的一般监督》的命令中, 适当

[66] [苏] 列别金斯基:《苏维埃检察院及其在一般监督方面的活动》, 陈华星、张学进译, 法律出版社1957年版, 第4页。

[67] [苏] 列别金斯基:《苏维埃检察院及其在一般监督方面的活动》, 陈华星、张学进译, 法律出版社1957年版, 第69页。

扩大了一般监督的范围。^{〔68〕}

关于实行一般监督所采用的方法,在苏联主要有:发现违法、查明违法、预防违法和对违法者追究责任。这当中,查明违法起着特别重要的作用。按照《苏联检察署一般监督细则》第 27 条的规定,苏联检察长在查明违法方面,应当做如下 9 个方面的工作:①亲自对于机关、企业、集体农庄和团体执行法律情况直接进行检查;②参加人民委员会和劳动者代表苏维埃执行委员会的会议,在必要的时候,并参加其他机关召集的会议;③取得人民委员会的全部决议、专门指示和执行委员会的决定、专门指示,并亲自检查它们是否符合法律;④取得并检查人民委员会和它所属的机关以及执行委员会各处所发布的命令和指令;⑤在区执行委员会查阅乡苏维埃执行委员会的会议记录,并且检查通过的决定是否合法;⑥定期在农业处查阅集体农庄庄员大会记录,并且检查它的决议是否合法;⑦必要的时候,在有关的机关查阅行政上的审查和调查的材料,以及国家检查机关和监察、审查机关的材料;⑧必要的时候,要求有关的国家检查机关和行政上的监察、审查机关进行专门的审查、调查或检查,针对应当进行检查或审查的事项向他提出具体问题;⑨对于侦查的和审判的案件(刑事、民事案件)中所包含的必须依一般监督程序消除或加以防止的违法行为的材料进行检查。

该细则第 29 条、第 30 条、第 31 条、第 32 条、第 33 条、第 34 条,还分别对上述各项工作作了具体的规定。

在苏联,一般监督是被置于检察院 4 项任务(一般监督、审判监督、侦查监督、监所监督)之首的工作。在苏联的司法活动中占据着重要的地位。正是由于这种性质,在新中国全方位展开向苏联学习、移植法律制度时,一般监督成了中国法律实务部门和理论工作者关注的重点之一。

早在 1954 年制定颁布的中华人民共和国宪法中,我们对一般监督就有涉及。在随后颁布的《人民检察院组织法》中,对此作了进一步的规定。从我国宪法和法律对一般监督所作的规定来看,其与苏联的制度基本上是一致的:即“中华人民共和国最高人民检察院对于国务院所属各部门、地方各级国家机关、

国家机关工作人员和公民是否遵守法律,行使检察权。”^{〔69〕}“(地方各级人民检察院)对于地方国家机关的决议、命令和措施是否合法,国家机关工作人员和公民是否遵守法律,实行监督。”^{〔70〕}与苏联将一般监督列为检察机关的四大任务之一一样,当时中国也将一般监督列为检察机关的五项职权之一。^{〔71〕}

在立法部门将苏联的一般监督引入我国法律体系的同时,我国法学理论工作者积极引进苏联法学界阐述一般监督的教材和论著。如由最高人民法院办公厅编辑的《检察工作参考资料》(内部参考,定期收回),在 1955 年 5 月出了增刊,专题刊印了《苏联检察署一般监督细则》(共 5 章 84 条)。在翻译出版的《苏联检察工作任务及工作方法》一书中,专题介绍论述了一般监督的内容。在由中国司法工作者组成的访苏代表团撰写的《苏联司法工作访问记:关于检察工作部分》中,也对苏联最高检察院的一般监督处等活动情况作了介绍,并附录了《苏联检察监督条例》等文献。

为了使从苏联移植的一般监督能够比较顺利地在中国土地上扎下根,我国的司法工作者还撰写论文,对一般监督在苏联的作用,我国宪法和法律关于一般监督的规定的实质,以及一般监督在中国的具体运行等问题展开论述。这方面,贡献最大的是当时任最高人民检察院一般监督厅厅长的王立中。我国新宪法颁布以后,王立中先后在《光明日报》和《政法研究》上发表了专题论文,介绍和宣传一般监督。

王立中在论文中阐述道:“人民检察院一般监督工作的任务,就是要使国务院所属各部门、地方各级国家机关的决议、命令和措施都不与宪法和法律相抵触,使一切国家机关工作人员和公民都确切地遵守宪法和法律。……第二届全国检察工作会议之后,如何正确地组织一般监督工作问题,已日渐为各级检察机关所重视,而重点试验一般监督制度,也已列入省(市)以上检察机关以及重点试验地区的检察机关的工作日程。”^{〔72〕}

王立中继续指出:“根据中华人民共和国人民检察院组织法中有关一般监督的职权及其行使职权的程序的规定,从中国实际情况出发,学习和运用苏联检察机关对于法制监督的经验,经过各地重点试验实践的结果,实施一般监督

〔68〕 该命令确定的一般监督的范围为:保证监督确切执行关于保护社会主义所有制、保护军人及军属、苏军复员战士及卫国残废军人的权利的法律,保证监督确切遵守关于劳动、巩固劳动纪律、劳动保护和技术安全的法律,并监督遵守农业劳动组合章程以及关于集体农庄的组织和经济的巩固问题的法律和政府决议。参见〔苏〕列别金斯基:《苏维埃检察院及其在一般监督方面的活动》,陈华星、张学进译,法律出版社 1957 年版,第 73 页。

〔69〕 《中华人民共和国宪法》第 81 条;《中华人民共和国检察院组织法》第 3 条。

〔70〕 《中华人民共和国检察院组织法》第 4 条。

〔71〕 徐益初、民胜:《关于检察院一般监督的争议》,载郭道晖、李步云、郝铁川主编:《中国当代法学争鸣实录》,湖南人民出版社 1998 年版。

〔72〕 王立中:《如何正确地组织一般监督工作》,载《政法研究》1955 年第 1 期。

可以分为4个程序：一、发现违法；二、查明违法；三、纠正和防止违法；四、使违法者负法律上的责任。”〔73〕王立中接着对这4个程序作了非常详尽的论述。

应当说，当时，在对待引进、消化一般监督的问题上，我国检察院系统是存在着分歧意见的。一种意见认为：既然我国宪法和法律已经规定了检察机关一般监督的职权，又把它列为检察机关5项职权之首，加强对国家机关和国家机关工作人员的法律监督是健全法制的需要，不少违法现象发生在国家机关和国家机关工作人员身上，一般监督正是针对这种违法行为进行监督的重要方法。因此，检察机关必须把开展一般监督作为检察工作的经常的、重要的任务。上述王立中所持的即是此种观点。当时，在他的领导下，最高人民检察院一般监督厅制订了一个一般监督的工作计划，准备下发全国各地。

另一种意见认为：当时我国检察机关的主要任务是打击违法犯罪分子，重点是做好侦查包括批准逮捕和起诉工作。一般监督是借鉴外国的一种监督方法，我们的经验还不够，不宜普遍开展工作，应先作重点试验，积累经验。最高人民检察院的领导层多持这种看法。〔74〕

经过各地检察机关一段时间的重点试验之后，一般监督的效果有好有坏，双方的争议没有平息。为了解决争议，最高人民检察院领导率领工作组对天津等地检察院办理一般监督案件的情况进行了复查。复查中发现了一些问题，如大量案件并不属于一般监督的范围，检察机关对地方国家机关的决议、命令和措施是否合法也进行监督等等。以此，工作组作出可以不搞一般监督的结论，有的同志甚至提出一般监督是照搬外国的做法，不适合中国的国情等等。但由于未能说服坚持一般监督的同志，故争议仍然没有解决。〔75〕

在中国的宪法和法律中明确规定检察机关一般监督的职权，可以说是50年代初中国移植苏联司法制度的典型事例之一。一般监督引入中国以后，因国情的差异，其并不太适合当时比较复杂的司法形势，也不太适合文化素质和专业不如苏联高的司法干部的水准，命运并不好，这本身并不奇怪。要使一项制度的移植获得成功，并得以本土化，并不是那么容易的。但是，由于中国特定的国情，一般监督后来被视为是反动的东西，主张一般监督的意见，被当作反

〔73〕王立中：《如何正确地组织一般监督工作》，载《政法研究》1955年第1期。

〔74〕前引徐益初、民胜：《关于检察院一般监督的争议》。

〔75〕前引徐益初、民胜：《关于检察院一般监督的争议》。

党反社会主义言论而遭到批判打击，这是极不正常的。〔76〕

应当说，一般监督虽然带有苏联检察体制的某种缺陷（某种集权色彩），但将检察机关视为国家法律制定和执行的监督者，换句话说，国家法律的制定和实施，需要有专门的机关来监督，这一理念和制度设计，应是符合人类社会发 展规律的。因此，50年代初我国移植苏联一般监督的经验，也是有其历史的必然性的。经历了曲折的发展历程之后，1982年宪法重新肯定了检察机关的法律监督的性质，目前法学界对一般监督的急切呼唤，〔77〕都明白无误地说明了这一点。

无罪推定，是西方法律文化传统的一个重要组成部分，是保障犯罪嫌疑人合法权益的重要法律措施，自近代西方资产阶级提出后，至现代已经成为各个发达国家刑事诉讼法的核心原则之一。“十月革命”以后，苏联在创建社会主义司法制度时，也将保障被告人的各项权利、特别是在没有确定其罪责的充分根据时，不得检举其刑事责任和判他有罪作为一项重要的法制原则。这一点得到了1936年苏联宪法和在宪法精神之下颁布的苏联刑事诉讼法典以及苏联和各加盟共和国法院组织法的肯定。〔78〕

在此基础上，1945年苏联最高法院全体会议用以下方式概括了上述原则：“在被告人罪责未经根据法定的程序加以证明以前，不得被认作为犯罪人。”〔79〕苏联学者认为，“苏联最高法院提出的这一原则就是苏维埃刑事诉讼中无罪推定原则的内容，根据这个无罪推定原则，只要被告人的罪责尚未经证明，他就要被假定为无罪的人。”〔80〕

在苏联，无罪推定的原则要求：侦查员及检察长要客观地进行案件的侦查

〔76〕当时坚持一般监督主张的最高人民检察院一般监督厅厅长王立中，铁路运输检察院检察长刘惠之，在1957年都被打成“右派分子”，遭受迫害。

〔77〕前引徐益初、民胜：《关于检察院一般监督的争议》。

〔78〕苏联最权威的法学家安·扬·维辛斯基在《苏维埃法律中的诉讼证据理论》一书中指出：“企图把控诉人证明被告人有罪的责任变换为被告人证明自己无罪的责任，是和苏维埃的证明责任原则绝对相矛盾的。这样的企图，显然歪曲了苏维埃刑事诉讼法的本性。因为苏维埃刑事诉讼法是以被告人的罪行没有证明以前推定其为无罪这一原则为出发点的。”转引自〔苏〕M·希夫曼：《无罪推定和证明责任》，张保成译，载《法学》1957年第2期。

〔79〕〔苏〕M·A·切里佐夫：《苏维埃刑事诉讼》（上），中国人民大学刑法教研室译，中国人民大学出版社1953年初版，第231页。

〔80〕〔苏〕M·A·切里佐夫：《苏维埃刑事诉讼》（上），中国人民大学刑法教研室译，中国人民大学出版社1953年初版，第231页。

工作, 侦查员和检察长只有在具有充分的根据时, 才检举被告人的刑事责任, 并将案件移送法院; 预审庭的成员只有当告诉已为案件的材料所证实的情况下, 才对被告人起诉; 告诉人应当证明被告人的罪责, 而被告人则不负有证明自己无罪义务; 法院应当根据案件的材料, 从有利被告人方面来解释一切怀疑, 并仅仅在关于被告人罪责的结论确实可靠的情况下, 才作出判定有罪的判决。^[81]

在社会主义苏联确立的无罪推定原则, 迅速地影响了新中国的刑事诉讼立法和法学理论研究。1957年, 华东政法学院青年教师、当时从事苏联刑事诉讼法教学和研究的黄道, 在《法学》第2期上发表了《略论刑事诉讼中的无罪推定原则》一文, 强调确立无罪推定原则和观念的必要性和现实意义。

黄道指出: 引进苏联的经验, 从证据学角度, 在我国的司法干部中间, 强调在搜集证据时树立无罪推定的指导思想是极为重要的。黄道认为, 所谓无罪推定, “就是指的公安机关、检察机关和审判机关对于刑事被告人的行为, 尚未依法加以证明以前, 不能认为就是有罪, 而应推定他为无罪。把无罪推定的这样一个问题, 在刑事诉讼中作为一个必须遵守的原则提出来, 这就叫做刑事诉讼中的无罪推定(假定)原则。”

黄道指出: 无罪推定原则在中国刑事诉讼法理论上具有指导的意义。首先, 这个原则能够推动、刺激侦查人员和审判人员积极主动地去搜集证据, 以充分可靠的证据来证明被告人有罪或无罪、罪重或罪轻; 其次, 有了这一原则之后, 就能更好地保护被告人的合法权利, 因为对于被告人来说, 对他合法权利的伤害, 莫过于无根据地对他判了罪。在阐述了无罪推定原则的意义之后, 黄道对当时理论界的几种错误的认识, 如该原则仅仅是客观真实原则的重复、保障被告人有权获得辩护原则可以代替无罪推定原则、该原则会使侦查人员和审判人员的思想产生混乱、该原则是资产阶级提出的我们社会主义法律能用吗等作了分析与阐明。

黄道认为, 从无罪推定的原则中, 可以推论出3条具体的诉讼规则: 第一, 不能以被告人对侦查人员和审判人员的态度不好, 就对他们作有罪的结论; 第二, 不能以被告人的沉默作为他有罪的根据, 同时也无权强迫被告人陈述; 第三, 不能以被告人的虚伪陈述, 作为他有罪的根据, 被告人对虚伪陈

[81] [苏] M·A·切里佐夫:《苏维埃刑事诉讼》(上), 中国人民大学刑法教研室译, 中国人民大学出版社1953年初版, 第231页。

述, 只要未构成诬陷罪, 是不负刑事责任的。

然而, 非常遗憾的是, 由于当时中国特殊的政治气候, 黄道提出的无罪推定原则, 并没有为当时的法学界所认可——尽管这一原则不是来自西方资产阶级“反动国家”, 而是移植自苏联社会主义老大哥, 尽管在1956年我国已经有一个规定有无罪推定原则的刑事诉讼法草案下发各个实际部门和高等院校征求意见。

不仅如此, 接着而来的“反右斗争”, 将无罪推定原则视为资产阶级“反动观点”和“右派言论”, 痛加讨伐批判。倡导此原则的黄道也惨遭多次批斗, 并差一点被打成右派分子。

这样, 从苏联移植无罪推定原则的活动,^[82] 也与上面移植一般监督一样, 半途夭折。留下的只是一番遗憾, 一声叹息。

七、关于50年代移植苏联司法体制的几点反思

通过上述总结和回顾, 我们现在可以对50年代以后中国移植苏联司法制度的历程作一些反思了。

1. 中国移植苏联司法制度, 具有一定的功利主义色彩, 符合阶级专政的, 就吸收, 不符合的, 就排斥; 适合于强化阶级斗争理论的, 就吸收, 不适合的, 就拒绝。故苏联的司法制度, 我们尽管学了不少, 但保留下制度建设和法律专业知识的, 并不多。至1966年“文化大革命”爆发, 在我们的司法制度中, 仅仅剩下“镇压反革命”这些内容(从苏联学过来的检察制度此时也被全部废除了)。

2. 中国移植苏联司法制度, 具有一定的形式主义的特点, 只学表面, 不学精神, 如苏联司法制度中, 实际上有许多体现人类法律发展之共同规律的, 如无罪推定、审判(员)独立只服从法律、审判员的自由确信、检察机关的一般监督、检察机关实行垂直领导的机制等, 1957年“反右斗争”以后, 都被斥责为“旧法”, 斥责为“右派言论”, 斥责为资产阶级的东西而被否定、遭到批判。

3. 中国移植苏联司法制度, 具有教条主义的倾向, 明显的左的倾向。表现为许多场合只死记硬背马克思列宁主义的一些词句, 而不注意是否适合中国国情。比如, 当时的苏联的工业化和公有化都比中国发达得多, 苏联公民的文

[82] 黄道这篇论文中的基本观点(不是所有观点), 都来自苏联学术界。参见《略论刑事诉讼中的无罪推定原则》中的各个注解。

化程度和整体素质也比我国人民群众的高得多,因此,在苏联推行得开的许多司法制度,在中国未必能实行。而中国当时对其学习则带有教条主义色彩。虽然,我们在学习时,也已经注意到这一点,如新中国的领导人当时就强调苏联的审判员和人民陪审员都是由公民无记名选举产生的这一点,暂时在中国未能做到,我们只能先采用任命方式。又如,在移植一般监督上存在的分歧,一定程度上也是苏联的国情与当时的中国有差距所致。

4. 中国移植苏联司法制度,虽然从表面上看,有点轰轰烈烈、全面系统,但在精神实质上却具有不完整性、不连续性,是一种零碎的、片面的移植。如上所述,苏联的司法制度和运作机制,自 1917 年十月革命以后开始创建,至 1936 年苏联宪法颁布已经初具规模,形成体系,至 50 年代进一步得以完善。作为一个欧洲国家,苏联虽然创建了世界上第一个社会主义国家的法制,但它事实上吸收、改造了以往资产阶级所创造的各项法律文明成果,因此,苏联的法律体系,具有博大精深的特点,这一点在它的司法制度上表现得尤为突出。然而,我们因受 50 年代政治、经济、军事、外交等种种因素的制约,苏联法中许多好的东西,我们并没有学过来。

5. 与上一点相联系,中国移植苏联司法制度,具有政治化的特点。向苏联学习与否,学习什么,完全受当时的政治气候左右。中国“反右斗争”中许多“右派言论”,居然就是苏联现行的司法制度与原则。20 世纪 60 年代上半叶,中苏关系恶化之后,这一点就更加明显了。抱着批判修正主义、与苏联对着干的想法,苏联的一切制度包括法律,都在中国人的批判范围之内。此时,中国的法制建设,也已经走入了灾难性的深渊。

6. 在移植苏联司法制度的过程中,中国法学界也曾努力结合中国自己的国情,有选择、有区别地对待苏联的经验。比如,我们在法院中设立了审判委员会、在检察署(院)中设立了检察委员会,以便更加充分地发挥民主集中制在司法审判工作中的作用;我们将苏联的“审判员独立审判,只服从法律”改为“人民法院独立审判,只服从法律”,以更加符合中国注重集体力量和智慧的传统;我们在建国初期,移植了苏联的三级二审制,但考虑到中国审判人员的素质不如苏联的高、节约诉讼成本、及时审结积案、加快打击犯罪活动以及历史上一直实行四级二审制的传统,在 1954 年宪法和人民法院组织法之后,我们实行了四级二审制,并一直沿用至今。尽管这些带有中国特色的经验,在新中国法制以后的发展过程中,评价不一,但在当时,上述经验无疑是中国司法工作者在移植苏联经验之基础上所做出的创造,其历史贡献不可低估。

新时期中国移植西方司法制度的问题分析

20 世纪 70 年代末以后,随着改革开放国策的不断深入,中国移植西方发达国家的司法制度和原则的活动也得以逐步展开。受篇幅所限,本文无法全面论述这个问题,只能对其中若干个方面作些分析。

在司法制度中,诉讼程序是一个主要的方面。改革开放以后,在吸收外国诉讼经验方面,首先应当提及的就是民事诉讼领域。

由于受中国重实体轻程序、重刑轻民传统的影响,民事诉讼法迟至 1982 年才得以公布实施,而且还是试行的。1991 年,经过近 10 年时间的实践与探索,我们制定颁布了新的民事诉讼法典。从两部法典的规定以及民事审判的实践来看,在目前我国民事程序中,虽然还保留着若干前苏联民事诉讼法的影响,^[1]但在主要制度和原则上,都已经向西方发达国家靠拢,通过吸收他们的经验,开始创建具有中国特色的民事诉讼制度。

比如,新民事诉讼法强调的当事人负责举证、法院仅负责查证(第 64 条)的规定,就是吸收了西方法治传统中的当事人主义;新民事诉讼法第 6 条规定的民事案件的审判权归法院、法院不受任何机关和个人干扰而独立地依法行使审判权,是吸收了西方之三权分立以及民事程序中司法独立的原则;新民事诉讼法强调的我国民事诉讼的目的即维护社会秩序、经济秩序和保障社会主义事业的顺利进行,是移植了德国学者倡导的“维护法律秩序说”;^[2]等等。

此外,关于辩论式诉讼的模式(第 12 条),关于证据必须在法庭上出示、

[1] 如我国关于民事诉讼法律关系的定义,就仍然保留了前苏联关于诉讼法律关系理论的影响。参见江伟主编:《民事诉讼法学原理》,中国人民大学出版社 1999 年版,第 203 页。

[2] 江伟主编:《民事诉讼法学原理》,第 126、134 页。

并由当事人互相质证的做法(第66条),^[3]关于特别程序(非讼程序,第15章),关于强调法院判决的确定力和终局性(即既判力,第141条)的做法,关于代表人诉讼制度(第54条),等等,也都是在移植外国模式的基础上加以改造的产物。

可以说,由于20世纪50-60年代受左的思想的冲击,以及苏联模式的影响,中国远离了国际民事诉讼法学界的发展主流,民事诉讼立法和理论研究也极为滞后。这种状况,即使民事诉讼程序的发展落后于刑事诉讼程序,但也反过来为比较系统地移植西方发达国家的民事诉讼程序提供了空间。从民事诉讼目的、民事诉讼原则,到具体的各项制度和程序,新时期民事诉讼立法对外国法的移植是全方位的。^[4]这里,特别值得提及的是两个方面:代表人诉讼和特别(非讼)程序。

(一) 代表人诉讼

代表人诉讼,即群体性诉讼,其处理机制在国外有多种模式。在美国,该诉讼采用了集团诉讼的方式,它将人数不确定但各个人所具有同一事实或法律关系的当事人拟制为一个群体即“集团”,“集团”中的一人或数人提起诉讼视为代表整个“集团”中所有的当事人提起诉讼,其判决效力及于群体或“集团”中的每个个体。在日本,是在原有的共同诉讼的基础上,由全体共同诉讼人选出能够代表他们的当事人,通过委托授权使多数人诉讼通过选定的当事人进行。

由于种种历史条件的限制,1982年《民事诉讼法》(试行)没有对群体性的诉讼作出规定。随着市场经济的发展,涉及多数人利益的群体性纠纷大量出现。在法律没有规定的情况下,我国的司法实践部门在审理这些纠纷时创造了一些代表人诉讼的判例。在总结实践经验的基础上,我国移植了美国集团诉讼和日本选定当事人制度的模式,在法律上明确规定了该项制度。1991年《民

事诉讼法》第54条规定:“当事人一方人数众多的共同诉讼,可以由当事人推选代表人进行诉讼。代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生法律效力,但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求,进行和解,必须经被代表的当事人同意。”

学术界认为,上述第54条规定的代表人诉讼,一方面和日本的制度极为接近:一是与日本一样,我国的代表人诉讼也是共同诉讼制度延伸的结果;二是确定当事人的方法更类似于日本的选定当事人制度;三是我国代表人诉讼立法让选定代表人的当事人对代表人的权限予以监督和约束,而不是通过法院来监督代表人的行为。另一方面,我们的制度也与美国的集团诉讼非常相似:一是以集团名义起诉都是被许可的;二是其判决的扩张性,可适用于不参加诉讼的其他集团成员(在其他诉讼中是不被扩张的)。^[5]

我国的代表人诉讼,虽然吸收了大陆和英美两大法系的做法,但由于结合得比较好,故无论在理论界还是在实务界都受到了比较好的评价。由此可见,法律移植既可以是单项的,也可以是混合的,关键是要认清植体的实质,充分考虑到国情。

(二) 特别(非讼)程序

在传统民事诉讼程序中,诉讼程序和非讼程序是分开的,即所谓“二元结构”。随着当事人地位在诉讼过程中的提高,要求司法机关确保诉讼中人与诉讼外人、此人与彼人、单个的人与集合的人等等种种人的人格平等的呼声也愈来愈高,从而在德国、日本等大陆法系国家中出现了将民事诉讼程序和非讼程序交错适用的“一元结构”。对特别(非讼)程序的规定,就是这一国际新潮流的典型表现之一。

在1982年《民事诉讼法》(试行)颁布之前,我国没有关于特别程序的规定。在该法律中,开始设专章即第12章对特别程序作出规定,主要有“选民名单案件”、“宣告失踪人死亡案件”、“认定公民无民事行为能力案件”以及“认定财产无主案件”。但这些基本上是在“二元结构”观念下的传统意义上的非讼案件。

1991年《民事诉讼法》紧跟国际民事诉讼法学界的潮流,一方面,拓宽了特别程序的适用范围,增加了“宣告失踪案件”和“认定公民限制民事行为能力案件”等非讼案件,这与德国民事诉讼法的规定已非常接近;另一方面,

[5] 江伟主编:《民事诉讼法学原理》,中国人民大学出版社1999年版,第449-450页。

[3] 移植国外先进的经验,改革现行比较空洞、操作性比较差的民事证据制度,也是近年来我国司法界关注的热点。2001年12月31日公布、2002年4月1日实施的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》可以说是其中的一项重要成果。关于其解释,参见宋春雨:《〈最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定〉的理解与适用》(上、下),载《人民法院报》2002年1月29日、1月30日。

[4] 在目前正在进行的民事诉讼方式改革中,学术界对移植外国成熟的民事司法改革经验仍然是乐此不疲。参见齐树洁:《德国民事司法改革及其借鉴意义》,载《人民法院报》2002年6月4日第3版。

在“特别程序”之外，移植德国和日本等大陆法系国家的经验，独立而并行地规定了“督促程序”（第17章）、“公示催告程序”（第18章）和“企业法人破产还债程序”（第19章）等三大世界新非讼程序，从而开始了将诉讼程序与非讼程序交错适用的尝试。

上述三大非讼程序中，第三项顾名思义即可理解。第一项督促程序，主要就是债权人以债务人对他提出的请求不会争执为假定前提，通过法院催促债务人清偿债务的简快程序；而第二项公示催告程序是人民法院依当事人基于法定理由而提出的申请，以公示的方法催告不明的利害关系人，在法定期间申报权利；如无人申报，则根据当事人的申请，作出除权判决的特别程序。^{〔6〕}

民事诉讼法规定这三项程序，都是为了使我国的诉讼法制能够适应市场经济发展的需要。由于市场经济的内在要求以及民事诉讼法的发展规律的趋同化，我国新民事诉讼法移植进来的这三项非讼程序，基本上都已开始本土化了。

在刑事诉讼法领域，改革开放以后中国移植外国法律制度和原则的力度比50—60年代要更大一点。早在1979年《刑事诉讼法》之中，我国就在总结民国时期移植西方法、新中国建立初期移植苏联法之经验教训的基础上，将外国近现代刑事诉讼法领域中的若干基本制度和原则，如公民在适用法律上人人平等、各民族公民都有用本民族语言文字进行诉讼的权利、公开审判、被告人在审判中有权获得辩护、人民陪审员陪审、职权主义的国家公诉（追诉）、上诉不加刑等等，移植进了我国的司法体系之中。

1996年3月17日，第八届全国人民代表大会第四次会议通过了《全国人民代表大会关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》，在总结16年刑事诉讼法实践经验教训、追随当代国际刑事诉讼法发展潮流的基础上，对1979年《刑事诉讼法》进行了重大修改。就移植外国先进的刑事诉讼程序方面而言，除了再次肯定了1979年《刑事诉讼法》中确立的上述诸项制度和原则之外，进一步增加规定了审判独立（第5条）、控审分离（第5条、第136条）、无罪推定（第12条）、律师提前介入（第33条、第96条）、简易程序

〔6〕江伟主编：《民事诉讼法学原理》，第730、752、762、770页。

（第174条至第179条）、取消庭前实体审查（第3编第2章）、将诉讼中的审问式改为控辩式（即将基本上的职权主义改为基本上的当事人主义，第3编第2章）、将提起诉讼前被指控的人由“被告人”的称谓改为“犯罪嫌疑人”（第14条、第15条）、取保候审中的财产保证（第53条）等这些西方发达国家普遍实施的制度和原则。在我国司法实践中，最近还出现了移植美国的做法，实行“辩诉交易”的案例。限于篇幅，下面仅就无罪推定、律师提前介入和“辩诉交易”这三个问题作些分析。^{〔7〕}

（一）无罪推定原则

无罪推定的萌芽可以追溯到古罗马时代。^{〔8〕}至近代，它开始成为一种比较完整的法律思想。1764年，意大利著名刑法学家、近代启蒙思想家贝卡利亚（Beccaria, 1738—1794）在《论犯罪与刑罚》一书中明确提出了无罪推定的思想。^{〔9〕}在1789年8月26日公布的法国《人权宣言》中，无罪推定第一次作为一项资产阶级革命的法制原则被明确提出。该宣言第9条规定：“任何人在其未被宣告为犯罪以前应被推定为无罪。”20世纪以后，意大利、美国、苏联、南斯拉夫等国都在其刑法典中将无罪推定作为一项诉讼原则规定了下来。1948年，联合国大会通过的《世界人权宣言》第11条第1款和1966年通过、1974年生效的联合国《人权公约》中的《公民及政治权利国际公约》第14条第2款，也都把无罪推定作为一项司法原则予以规定。从此，无罪推定就成为一项世界性的诉讼法制原则为世界主要国家所肯定。

中国在清末修律和民国时期，尚无明确的关于移植无罪推定原则的活动和

〔7〕在上述移植的各项外国刑事诉讼法的制度和原则之中，绝大部分体现了对公民权利的保障，显示了我国改革开放以后法律文明的巨大进步。同时，这当中，也有一些涉及到比较深层次的制度建设方面。比如，第5条规定的审判独立原则（原文为“人民法院依照法律规定独立行使审判权，人民检察院依照法律规定独立行使检察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”）虽然与西方发达国家的司法独立原则还有一定距离，因为司法独立还有法官职业的专业化、法官高薪制、法官终身制等一系列的配套机制，其背后还有立法、行政和司法三种权力的分立与制衡等制度设计。但第5条规定的审判独立原则，也已经包含了司法职业的专业化、法治原则，以及审判权与检察权的分立与制衡、司法权与行政权的分立与制衡等要素。笔者认为这一点意义巨大，它必将对我国司法制度的进步产生深远的影响。

〔8〕罗马法中，有这样的规定：“一切主张在未证明前推定其不成立”，“有疑，为被告人之利益”。参见陈林林：《无罪推定原则思考》，载《法律科学》1995年第5期。

〔9〕“在没有作出有罪判决以前，任何人不能叫罪犯。在没有决定被告人的确是违反了他应遵守的条件之前，社会就不能不对他进行保护。”见〔意〕贝卡利亚著：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社1993年版，第16页。

争论。^[10] 新中国建立之后,我国法学界曾有学者提倡学习苏联法,从中移植无罪推定之原则,作为完善我国诉讼法制建设的途径之一。但在“反右”运动扩大化的背景之下,这些学者都被打成了“右派分子”,无罪推定原则(尽管是从苏联引进的)也被斥为“右派言论”和“资产阶级反动观点”而遭到否定。^[11]

1976年粉碎“四人帮”之后,随着改革开放之基本国策的实施,我国在司法制度方面也加大了移植外国先进之法律制度和原则的力度。但由于法律虚无主义和轻视公民权利保护之历史传统的影响,在1979年颁布实施的《刑事诉讼法》中,并未规定无罪推定原则,当时伴随立法而来的“无罪推定是否符合我国国情及与我国的‘实事求是’、‘以事实为根据,以法律为准绳’的原则是否矛盾”的争论也被作为资产阶级自由化思潮而受到再一次的批判。

在全国人民尤其是法学界人士的持续努力之下,1996年我国对刑事诉讼法进行了重大修改,追随世界各国诉讼立法之潮流,基本确立了无罪推定之原则,全面加强了对公民在刑事诉讼中的合法权利的保障。

新刑事诉讼法第12条明确规定:“未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪”。这就是说,在刑事诉讼中,对任何被审查追诉的人,即使是发现已在实施犯罪行为的人,在没有经过人民法院依法作出判决以前,都只能是作为犯罪的嫌疑人、被控告的人,而不是犯罪人。因此,在侦查阶段,发现不应追究犯罪嫌疑人的刑事责任,应当撤销;如果是已被逮捕的,应当立即释放。在审查起诉阶段,经再次补充侦查的案件,人民检察院仍然认为证据不足,不符合起诉条件的,可以作出不予起诉的决定。在审判阶段,经开庭审理后,依据法律规定,属于无罪的,人民法院应当宣告无罪。如果证据不足,不能认定被告人有罪的,也应当作出证据不足、指控犯罪不能成立的无罪判决。^[12] 同时,为了与无罪推定原则相适应,新刑事诉讼法废除了免于起诉的

规定,改变了被告人的称谓。^[13]

当然,对上述第12条的规定是否移植了国外无罪推定之原则,我国学术界尚有不同看法。有的认为,该条规定在我国确立了无罪推定的原则,^[14]有的认为此条规定的是无罪推定的基本内核,^[15]有的认为第12条进一步确认了无罪推定诉讼观念的合理内涵,^[16]有的认为此条规定的是“中国的无罪推定原则”,还有的学者则明确否定新刑事诉讼法确立了无罪推定原则。^[17]

笔者认为,从法律移植角度来看,新刑事诉讼法到底是确立了无罪推定原则,还是确定了无罪推定原则的内核,抑或是引进了无罪推定的观念,甚至并未规定无罪推定原则,等等,差别都不是很大。因为第12条的规定,对中国刑事诉讼程序,乃至中国整个司法制度来说,都是崭新的革命性的内容,对中国刑事诉讼法的改革和发展具有划时代的贡献。该条所包含的几个要素,如审判独立(“未经人民法院……”)、法律至上(“依法判决”)、将不可定罪之对象穷尽(“对任何人都……”)、确定无罪(“未经……不得确定犯罪”)等,已经将无罪推定(作为一项近代资产阶级法制原则)的宗旨(保障公民之基本人权)充分体现出来了,这在中国传统法律文化中都是没有的,在新中国50年法制历程中也一直是被作为资产阶级的东西受到批判而遭到否定的。因此,新刑事诉讼法第12条,已经是无罪推定原则在中国本土化的产物。至于配套的规定尚未跟上,如没有同时规定沉默权等,那是以后不断完善的事情,即移植

[13] 1979年刑事诉讼法,在侦查、审查起诉和审判阶段都将犯罪嫌疑人称为“被告人”。新刑事诉讼法将犯罪嫌疑人和被告人作了区分,在侦查、审查起诉阶段,称“犯罪嫌疑人”;在检察机关提起公诉或自诉人提起自诉后,将被控告、指控的人称为“被告人”(第14、15、84、89、91-96、155条等)。

[14] 卢永红:《无罪推定原则的立法探讨》,载《甘肃政法学院学报》1997年第2期。

[15] 文正邦、孙洪坤:《无罪推定的法哲学思考》,载《法商研究》2000年第2期。

[16] 王俊民:《“罪从判定”与“无罪推定”》,载《法学》1996年第5期。

[17] “无论是从新《刑事诉讼法》的立法思考和法条规定来理解,还是从刑事司法实践来看,我国目前都没有肯定无罪推定原则”(张旭:《罪刑法定与无罪推定》,载《现代法学》1998年第5期)。

[10] 参见本书第四章中“西法东渐与中国司法的近代化”和“西方模式的选择与中国司法的现代化”专题。

[11] 详细请见本书第四章中“关于新中国移植苏联司法制度的反思”专题。

[12] 周道鸾、张汉汉主编:《刑事诉讼法的修改与适用》,人民法院出版社1996年版,第13页。

进来的无罪推定原则今后如何进一步本土化的事情。^{〔18〕}

(二) 律师提前介入

律师提前介入,是一种比较通俗的说法。它是指相对于旧的刑事诉讼法第110条规定的律师只能在开庭前7日(即审判阶段)介入诉讼,新的刑事诉讼法规定律师可以在侦查阶段介入案件的审理而言的。新刑事诉讼法第33条规定:“公诉案件自案件移送审查起诉之日起,犯罪嫌疑人有权委托辩护人”;第96条规定:“犯罪嫌疑人在被侦查机关第一次讯问后或者采取强制措施之日起,可以聘请律师为其提供法律咨询、代理申诉、控告。犯罪嫌疑人被逮捕的,聘请的律师可以为其申请取保候审。”无疑,律师提前介入,在新中国50多年法制历程中也是从未有过的,它是移植西方发达国家司法制度的结果。

从法律移植和法律本土化的角度来看,律师提前介入具有重大的意义,因为在西方发达国家,犯罪嫌疑人一般在遭到拘留或逮捕之后的20小时或48小时之内,就可以聘请律师为其服务,从而使犯罪嫌疑人从侦查阶段起就能得到律师的帮助,避免司法机关的枉法侦查,保障自己的合法权利。新刑事诉讼法的规定,虽然和国外的规定相比还有差距,如第96条的规定只是为处于侦查阶段的犯罪嫌疑人提供了律师的法律咨询服务,而不是辩护等全方位的法律服务,但仍是追随了世界刑事诉讼立法的潮流,是中国诉讼法制进步文明的重大步骤。

当然,现在的问题是,从国外移植进来的律师提前介入,在具体实施时还

〔18〕有些同志认为:“封建社会采取有罪推定的原则,资产阶级针对有罪推定,提出了无罪推定。我们坚决反对有罪推定,但也不是西方国家那样无罪推定,而是以客观事实为根据”(《法制日报》1996年2月3日第2版)。“在人民法院作出有罪判决以前,我们不称被告人是罪犯,但也不说他没有罪或者假定他无罪,如果假定他无罪,那么侦查机关对他进行侦查,采取强制措施就没有根据了”(胡康生、李福成主编:《中华人民共和国刑事诉讼法释义》,法律出版社1996年版,第15页)。“从我国诉讼实际来看,如果把判决前被侦查、控诉机关追诉的对象假定(推定)为无罪的人,那么为什么要对其实施逮捕、控诉呢?侦查、控诉机关对追诉对象逮捕、控诉,就已经表明不认为(不假定)他无罪了。被逮捕的、被起诉的人虽然与法院判决的罪犯不同,但是他毕竟是由国家司法机关依法将其从清白无辜的状态转化为可能犯罪的状态。此时假定其无罪不是实事求是的态度”(张旭:《罪刑法定与无罪推定》,载《现代法学》1998年第5期)。这些认识,事实上都是没有搞清楚无罪推定之内涵所致。无罪推定,在西方也不是说假定涉嫌人无罪,否则,西方国家接下去就无法启动审判程序了。无罪推定的核心在于涉嫌人是否有罪,必须由法律、由司法程序、由法院来判定,在法院依法作出有罪判决之前,对任何人不得确定为罪犯,他所享有的各项权利必须获得法律的保护。因此,无罪推定的宗旨就在于对公民权利尤其是在刑事诉讼中的各项权利的保护。

遇到了诸多困难,如一方面,由于在以往的司法实践中,侦查机关侦破案件活动基本上处于秘密状态,独立性强,不愿意律师介入,故律师在侦查阶段接受当事人委托比较困难;另一方面,许多司法实践部门同志认为律师会见犯罪嫌疑人,会使其心存侥幸,规避法律,从而增加侦破案件的难度,使犯罪嫌疑人拒供、翻供、串供的可能性增大,因此,往往使律师在侦查阶段会见犯罪嫌疑人比较困难,并在实践中对这种会见设置诸多法律规定之外的限制、监控乃至障碍。

由于这些困难,使有些同志对移植律师提前介入之可行性和必要性产生了怀疑,认为目前的状况使犯罪嫌疑人法定的诉讼权利遭到无情的剥夺,律师推托、拒绝承办刑事案件,侦查机关内部违法违纪的现象缺乏应有的监督,刑讯逼供的行为容易被掩盖,有罪推定的思维被进一步巩固和强化,等等。^{〔19〕}应当说,这些困难以及由此而产生的疑虑,都是存在并且也是正常的。但这并不能否定将国外律师提前介入制度移植进中国的积极意义。

因为在中国,自清末修律沈家本等将西方律师辩护制度移植入中国以来,律师辩护在中国还比较年轻,尚未发育成熟。新中国成立之后,律师辩护制度又多次遭受挫折。在没有律师介入、没有律师监督之下运作的我国侦查机关的活动,已经养成了一种封闭的、独立的、在某种意义上说也是比较有效的刑事侦查机制。现在模仿国外做法,律师介入进来之后,无论在观念上,还是在程序上,都有诸多的不适应,甚至在有些方面还出现了侦查破案效率下降的现象。同时,由于律师体制的不成熟,律师队伍素质的参差不齐,在司法实践中也确实出现了一些律师使犯罪嫌疑人串供、翻供和拒供的事例。但这些,并不是我们拒绝或否定移植国外律师提前介入制度的理由,相反,移植律师提前介入,恰恰能够克服上述困难,解决上述弊端。因为律师提前介入的根本宗旨,既是保护犯罪嫌疑人的合法的诉讼权利,也在于强化我国侦查机关的证据意识、当事人意识,推动证据制度乃至整个刑事诉讼制度的改革。有了律师提前介入这一法律机制,在律师、当事人、社会舆论等各个方面的压力之下,侦查机关以前习惯的那种侦查模式将不得不发生变化,朝着公开、透明、程序化、注重证据等方向发展。这,大概就是移植律师提前介入制度的最大意义所在。

(三) 诉辩交易

在改革开放之后中国刑事诉讼制度移植外国经验的过程中,不仅立法部门

〔19〕徐晓玲:《论律师介入刑事侦查需解决的问题》,载《江西社会科学》2000年第12期。

比较积极,司法实务部门也在转变观念,进行大胆的尝试。最近出现的诉辩交易的案例就是典型的一例。

2002年4月19日,《法制日报》报道了黑龙江省哈尔滨市牡丹江铁路运输法院审结“诉辩交易第一案”的情况。在该案中,被害人王玉杰是个56岁的农民,被7名犯罪嫌疑人打伤已有15个月,但公安机关只抓到了一名嫌疑人。此案的特点在于,王玉杰生活无着、看病无钱已陷入绝境;而被抓的被告人没有犯罪前科,从发案时起就后悔不已,也惧怕诉讼之累;而公诉人则认为,像这样控辩双方意见存在严重分歧、其他犯罪嫌疑人尚未到案的案件,往往会出现缠讼、被害人得不到赔偿的结果。因此,在此案中适用诉辩交易是可行并且也是节约成本快速结案的一个比较好的方式。

《法制日报》接着报道:此案适用诉辩交易之后,各方当事人都比较满意。被告人对诉辩交易使案件早日完结感到满意。被害人认为案件“从起诉到结案不到1个月,开庭就用了25分钟。打我的人被判刑了,还赔偿了我所有的损失。我觉着公平,我们全家都满意。”公诉人认为本案的审理是依照法律的真实,结果是现实的公正。牡丹江铁路运输法院院长周宝成则指出,我国刑法中的自首和关于坦白从宽的规定,已经包含了某些诉辩交易的因素。“我们是依照我国刑法‘惩罚犯罪,保护人民’的精神,在法律允许的范围内处理的。”^[20]

“诉辩交易第一案”的审结以及报道,可以说是一石激起千层浪,在法学界引起了巨大的反响。

批评者认为,诉辩交易这一舶来品,违反我国现行法律,不符合刑事诉讼目的;在当前中国司法公正尚受到怀疑的现实条件下,实行诉辩交易极可能引发更为严重的“暗箱操作”、“权钱交易”,进而助长司法腐败;诉辩交易的关键是违反了罪刑法定的刑法原则和背离了罪刑相适应的刑法原则。

赞同者认为,诉辩交易有利于实现刑事诉讼打击犯罪、保护被害人合法权益的目的,符合公正审判、提高效率的时代精神,同时也是我国加入WTO后社会发展的需要;我国目前面临着犯罪率高、破案情况不佳、司法资源不足、人民不满意等危机,诉辩交易作为提高诉讼效率的方式之一,有其现实的需要;随着我国现行刑事诉讼法确立的当事人主义的进一步实施,司法改革的深

入发展,公正、民主、人道、经济、效率等司法理念的逐步深入人心,诉辩交易制度的实施是历史的必然。

折衷者(持“慎行”之观点)则认为,诉辩交易在我国现行法上尚无规定,因此其实施要慎重,应当限制其适用的范围,应当营造其能够在中国生存的土壤与环境,诉辩交易是否适合中国国情还要用时间来检验。^[21]

应当说,与移植无罪推定、律师提前介入等相比,移植诉辩交易这一制度需要有更大的勇气,因为这一诞生于美国的制度即使在国外的评价也都是褒贬不一。该制度萌芽于20世纪20-30年代。第二次世界大战之后,美国犯罪率居高不下,为了以有限的司法资源解决日趋增多的案件,一些地区的检察官开始用协议和交易的方式,换取被告人的“认罪答辩”。由于这种结案方式节省资源且快速、灵活,故在联邦和各州得到广泛的采用。1970年,美国联邦最高法院正式承认了诉辩交易的合法性。1974年美国修订施行的《联邦刑事诉讼规则》明确将诉辩交易作为一项制度确立下来。目前,在美国司法实践中,90%以上的刑事案件是以诉辩交易的方式结案的。^[22]有些著名的案件如2000年9月13日美籍华裔科学家李文和“间谍案”、2001年11月司法部诉微软公司等,也都是以“诉辩交易”宣布结案的。^[23]

虽然,诉辩交易在美国很流行,但却被许多西方国家的法学家视为法律制度的“漏洞”,而屡屡呼吁予以废除。^[24]因为该制度还存在许多法律和传统上的问题。

笔者对移植诉辩交易持肯定态度,但认为在目前应当解决如下4个方面的问题。第一,该制度的推行要有比较强大的当事人主义传统和正当程序理念的支撑,而这一点在我国还需要培养;第二,要有享有独立的几乎不受限制的自由裁量权力的检察官,这一点我们也还有所距离;第三,社会上已经普遍形成一种能够接纳这种带有交易色彩的、有可能掩盖事实真相、轻纵犯罪或冤枉无辜、定罪量刑不平等乃至损害被害人的情况的氛围。第四,社会上出现高居不下的犯罪率以及司法资源紧缺的危机状态,从而出现了加快结案、节省司法资

[21] 周芬楠、殷蕾:《诉辩交易引出的话题意义深远》,载《法制日报》2002年5月15日,第3版。

[22] 杨悦新:《理性看待辩诉交易——访中国政法大学博士生导师宋英辉教授》,载《法制日报》2002年4月28日,第3版。

[23] 张景义、李文广、赵炳松:《聚焦国内“辩诉交易”第一案》,载《人民法院报》2002年8月8日。

[24] 吴春玉:《制度移植应有法度》,载《法制日报》2002年4月25日。

[20] 《“我们对审理结果十分满意”——“诉辩交易第一案”当事各方谈》,载《法制日报》2002年4月27日,第3版。

源的比较强烈的社会呼声。

笔者认为,上述4个方面实际上是着眼于在创造使诉辩交易能够“本土化”、生存下来的环境上下功夫。因为与无罪推定原则和律师提前介入制度不同,这些法治原则和制度都已经为世界上广大国家所普遍接受,是人类文明的精华,具有一种普适的价值。而诉辩交易则是美国一国的经验,而产生这一制度、运用这一制度,又有诸多特定的条件。^[25]笔者是法律移植的积极倡导者,但法律移植本身并不是目的,使移植进来的法律制度本土化、为中国的法制建设作出贡献才是我们关注的重点。对诉辩交易这种只在美国一国流行且要求国民有非常高的素养的制度,我们更应持如此态度。

三

在现代法治国家,司法制度除了涉及民、刑事诉讼程序、法院和检察组织、律师制度等之外,还包括了法律职业阶层的培养模式和途径。^[26]在这方面,20世纪70年代以后,中国也从国外移植了不少先进的经验,其中最为典型的是法律专业硕士学位教育和国家统一司法考试的实施。

(一) 法律专业硕士学位教育

1994年4月12日,国务院学位办提出了《关于在我国设置和试办法律专业硕士学位(Juris Doctor)的几点原则意见(草稿)》。1995年8月1-2日,国务院学位办与司法部法学教育司在北京共同组织召开了法律专业硕士学位试点工作会。这次会议专门就国务院学位委员会第13次会议通过的《关于设置法律专业硕士学位的报告》以及有关试点实施方面的具体问题进行了讨论。9月8日,国务院学位办转发了这次会议的纪要,确定由国务院学位办和司法部教育司主持和领导,由专家指导小组负责进行教学指导和协调工作,通知各试

点院校开始具体实施。^[27]第一批试点院校共有8所,即中国人民大学、北京大学、中国政法大学、对外经济贸易大学、吉林大学、武汉大学、西南政法大学、华东政法学院,1996年9月,第一届法律专业硕士研究生入学。

法律专业硕士学位的设置,无论从教育理念和指导思想,还是从制度设计、培养目标,都是移植美国法学院JD培养模式的结果。^[28]一方面,法律硕士教育确立了以培养高级法律实务人员为指向的职业化教育思想,这一点可以从其职业目标、课程设置、教学方法、上课方式、论文指导以及名称(不称“法学硕士”,而是说“法律硕士”)上看得比较清楚。这一教育理念和指导思想和美国是一样的。另一方面,法律硕士教育将法律职业者的培养水平从整体上提升至研究生教育之层次,其最低入学条件为大学本科以上学历,2000年以后,又排除了法学专业的本科生,只招非法律专业的本科生,从而与美国的JD教育模式更为接近了一步。此外,法律硕士教育统一培养宽口径、通用型法律实务或与法律业务相关方面的人才,不依据法律职业分支(如法官、律师、检察官等)或其他标准分设专业(如民商法、刑法等),采取某种一致的课程设置和教学方式,这也是参考了美国JD模式的结果。^[29]

法律专业硕士学位教育自实施以来,至今已经招收了6届学生,毕业了3届。2000年,法律专业硕士研究生招生实行全国联考,统一命题和判卷。至2002年全国已有31所高校联合招收法律专业硕士研究生,总招生人数近2000人。^[30]假如说该制度是法律教育移植的成果,那么,其在本土化方面是否已经获得了成功呢?对此,学术界有不同的看法。

应当说,无论是司法实践部门还是法学理论界,对移植美国JD模式、设置法律硕士专业学位基本上是持肯定态度的,认为它对改革中国传统的法律教育模式、加快培养高层次的法律人才发挥了积极的作用。但也有部分同志提出了一些异议。如有的同志认为,法律硕士专业学位的设置,使现行的法学教育学制(如法学本科、法学第二学位、法学硕士等)的纵横关系变得更为复杂。有的同志认为,法律硕士专业学位的课程设置没有特色,是法学本科课程和法

[25] 当然,目前有少数国家如英国、加拿大、德国、意大利、西班牙以及我国的台湾地区也在进行“诉辩交易”的实践,但都已对其作了不同程度的改造。参见前引张景义等:《聚焦国内“辩诉交易”第一案》。

[26] 现代法治国家的诉讼制度,除了民、刑事诉讼之外,还有行政诉讼。但由于该诉讼在传统中国没有一点存在的理由,我们迟至20世纪80年代初才进行这方面的尝试,出现了所谓“民告官”的诉讼活动,至1991年才实施第一部《行政诉讼法》。因此,当代中国行政诉讼法的各项制度和原则,几乎都是在移植外国模式的基础上形成的,当然也结合了中国的国情。由于行政诉讼程序这种对外国经验移植的全面性,在本论文中显然是无法展开论述的,故这里只能从略,待有机会时作专题研究。

[27] 王健:《中国的JD?——评“法律专业硕士学位教育”》,载《比较法研究》1996年第2期。

[28] 即使在名称上,虽然我们现在称法律硕士为JM(Juris Master),但是在国务院学位办最早的文件中,是模仿美国使用了JD(Juris Doctor)一词。

[29] 王健:《中国的JD?——评“法律专业硕士学位教育”》,载《比较法研究》1996年第2期。

[30] 牟宪魁:《法律硕士教育的再生——以司法改革和法律教育现代化为目标》,下载自北大法律信息网。

学硕士课程的简单拼凑,尤其是无法和法学第二学位课程分开。也有的同志认为,法律硕士专业学位的设置,为党政机关尤其是司法部门的干部“混文凭”、为社会上某些人士“花钱买文凭”提供了条件,助长了教育腐败的倾向。^[31]

笔者自1995年起分管华东政法学院的研究生教育工作,自始便参与了法律硕士专业学位的运作实践,对该学位研究生的教育还是有一些看法。我认为,法律硕士专业学位的设置,是20世纪末中国法律教育移植外国模式并予以本土化取得成功的一个事例。

第一,设立法律硕士专业学位,并没有使现行法律教育体系变得复杂。一方面,它与法学本科的区别甚为清楚,即它的课程设置,具有更多的实务色彩,并带有更多的专题性质,而且需完成硕士论文(后者则不需要)。另一方面,它与法学第二本科的区别也是很明显的,后者开设的主要是法学本科的课程,缺少专题性课程,而且也不需要撰写硕士论文。至于和法学硕士的区别,则更加清楚。后者一是全日制,二是分专业方向(如法理学、法史学、宪法学、民商法学等),三是研究型的,四是其本科出身既可以是法律专业,也可以是非法律专业。

第二,法律硕士专业学位的课程体系,经过6年时间的摸索,已经显示出自己的特色。比如,它也有了一些专以法律硕士为对象的教材——全国法律硕士教育指导委员会秘书处已经牵头主持编写专门适用于法律硕士的统编教材,有了若干板块学位课程——而这些课程是区别于法学本科和法学硕士的,有了比较明确的专业方向——面向实务部门的课程占有一定地位,也有了一些特定的教师——如华东政法学院给法律硕士上课的教师中,有相当部分是法院、检察院、律师等专业人员。

第三,法律硕士专业学位的设置,与干部“混文凭”、社会人员“买文凭”并无必然的联系。在法律硕士学位设置以前,“混文凭”和“买文凭”的现象就已经产生。社会上只要存在偏重学位、讲究学历,那么,“混文凭”和“买文凭”的现象就不会绝迹。实际上,不仅是法律硕士,即使在法学本科、法学硕士乃至法学博士的教育中,“混文凭”和“买文凭”的现象也是严重存在的。

第四,从高层次法律人才的培养来看,法律硕士不失为一种比较高效、快速而又实际的途径。高层次法律人才,需要复合性知识,需要法律实务知识,

需要比较高的教育起点,而法律硕士都能符合——它要求必须是非法律专业的毕业生才能报考,要求增加法律实务的课程,要求有本科以上学历资格。这样,凡是法律硕士毕业生,至少已经有了7年大学以上的学习经历,有了两个以上的专业经历,这比一个才学了4年,并且只有一个专业(法学专业)的毕业生,当然更能适合社会尤其是公、检、法、司机关工作的需要。

JD是美国法律教育近200年经验的结晶,是一种比较成熟的复合型高层次法律人才的培养模式,它符合法律教育发展的客观规律。我们将它移植入国内,不仅在思路上是正确的,而且在实践上也已经获得了成功。^[32]今后的任务,只是不断加以完善而已。^[33]

(二) 国家统一司法考试

如果说JM是移植美国JD模式获得成功的事例,那么,2002年3月30—31日中国实施的国家统一司法考试,则是直接移植外国司法制度的一个更加大胆的尝试。^[34]

虽然,通过考试选拔国家官吏包括司法官吏是中国传统社会的产物——中国自隋唐开始的科举制度就是这一做法的典型表现,但是作为与法官法、检察官法和律师辩护制度相配套的考试制度,则完全是西方社会的做法。因此,从这一角度来看,从1988年开始的由司法部组织的正规的全国性律师资格考试,和从1995年开始的全国法院系统、检察院系统举行的内部的任职资格考试,已经包含了移植西方法律职业阶层培养模式的若干做法,而这次实施的国家统一司法考试,则是一次全面移植西方国家司法考试制度的举措。

从国外情况来看,在英美法系国家,凡是法律职业工作者,其入口都是统

[32] 不仅中国移植了美国的JD制度,日本也在模仿它。将于2004年4月开学的日本重点大学之法学院计划,其设计目标就是在原有的法学部之外设立新的法学院,将已经接受了素质教育的本科生招进法学院,再进行3年法律专业学习。这一计划可以说与中国的JM极为接近。

[33] 与笔者一样对法律专业硕士学位持乐观态度的还有贺卫方先生等。贺先生在《法律教育向JM教育的转向》(载《人民法院报》2002年5月10日第3版)中说, JM教育至少可以帮助我们解决目前以法学本科教育为主的传统模式的两个重要问题:一是它是一种本科后教育,可以提升法律人才的层次,提高毕业生的年龄和阅历。二是它意味着多背景的本科生进入法学院,有利于培养复合型的人才。

[34] 国家统一司法考试的法律依据发轫于2001年6月第九届全国人大常委会通过对《法官法》的修改决定,其修改后的《法官法》第51条规定:“国家对初任法官、检察官和取得律师资格实行统一的司法考试制度。”

[31] 这些异议,既散见于一些报刊,也是笔者在参加各类法律教育研讨会时所闻。有些观点较为极端的同志,甚至认为法律硕士专业学位的设置是完全失败的,应当予以取消。

一的,如在美国,你要当法官和检察官,你就首先必须当律师,而你要当律师,就必须通过全国性的统一的司法考试。^[35]在大陆法系国家,进入法律职业,也要求经过国家的司法考试,如在德国,当法官、检察官或律师,除了要求必须是大学法律系毕业生之外,还必须通过两次国家司法考试,取得法律职业工作者的资格。^[36]在法国,虽然尚未设置统一的国家司法考试,但已经有了成熟的法律职业的选拔考试制度。比如,在法国,要成为一名法官和检察官,必须经过法律院校4年以上的学习、获得Maitrise(硕士)学位,然后考入国家法官学院作为“法官生”接受2-3年的职业训练之后才有可能。而要成为一名律师,则必须先是在法律院校取得法学方面的学位,然后经过国家统一司法考试,合格者成为见习律师,在律师事务所工作3-5年,并获得律师协会的授予。^[37]在日本,要进入法律职业当法官、检察官和律师(所谓“法曹三界”),必须通过统一的国家司法考试,这种考试非常严格,每年合格率在2-3%之间。^[38]

从中国这次实施的国家司法考试的内容和形式来看,其精神是美国的(即将法律职业的人口统一起来,改变以前法官、检察官和律师的选拔分别考试,各自为政,标准不一的局面,而是归并为统一的考试),而其形式则是日本的,即希望当法官、检察官和律师的人都参加统一的考试,而且不仅法律院系的毕业生,非法律专业的毕业生也都可以参考,以及合格线控制得很严^[39]——而这两点恰恰是和美国相区别而与日本相一致的地方,因为在美国要参加律师考试,必须是法学院的毕业生,而在日本没有这一要求;美国律师考试的合格率比较高,一般好的法学院是80%以上,最差的法律学院也有20%以上,而在日

[35] 关于美国法律职业的培养,详细可参见何勤华主编:《美国法律发达史》,上海人民出版社1998年版,第17页以下。

[36] 何勤华主编:《德国法律发达史》,法律出版社2000年版,第72页。

[37] 何勤华主编:《法国法律发达史》,法律出版社2001年版,第66-71页。

[38] 由于国家司法考试制度的合格率过低,对加快培养司法人才不利,日本近年正着手对其进行改革,其中一项重要举措就是在若干国家重点大学的法学部之外设立法科大学院(研究生院)制度,通过培养合格的院生(研究生)来加快充实法律职业阶层。参见《日本法律专业人才的培养》,载《人民法院报》2002年6月24日,B1版,早稻田大学教学部长小口彦太的发言。

[39] 中国这次国家司法考试的合格率为7%。

本,如上所述,合格率只有2-3%。^[40]

那么,中国移植西方的国家司法考试模式,其意义在什么地方呢?有的学者认为有3个方面的意义:

第一,它使我们选拔法律职业由秘密性转向公开性。“刑不可知,威不可测”本是中国传统社会的特征,20世纪70年代末,中国全面恢复司法制度时,仍将司法制度作为秘密的专政工具,表现在当时法律专业招生时作为绝密专业,考生必须接受严格的政治审查,学校以半军事化方式管理,法官的产生也是暗箱操作。经过这20多年的演变,原来的专政工具,成为现在培训公开、内容公开、考试公开、选拔公开的司法职业,这是中国走向开放社会的重要一步。

第二,它使法律职业的培养从政治性转向知识性。司法人员的产生,在中国原来纯粹是一个政治过程,由法院党组,会同省委、市委或其他级别党委组织部,逐个考察,逐一分析各候选人的年龄档次和专业知识,再进行合理搭配。实际上在这一过程中,充满反智的传统,注重的是所谓政治立场坚定,表现出来的就是大量复转军人进法院。司法考试说明,法律已经成为一门专门化的知识,司法人员首先应该具备的是专业知识,这就承认了司法人员的精英特性。有望在将来,司法成为极其受人尊重的职业,司法界成为知识密集型行业,这将大大促进中国法治和中国社会的现代化进程。

第三,它使法律职业工作者从依附被动到独立主动。原来成为司法人员,是各级政府和组织部门的命令和安排,是上级部门给予的荣誉,很少是个人对司法职业的追求,个人始终处于依附和被动的地位。统一司法考试意味着,进入司法界是个人职业的追求,是个人独立意志和主动选择的结果。所有的司法人员,将在共同知识的背景下,形成法律职业共同体,并努力维护自身的权利和地位。正像大革命前的法国,因购买职位而产生的各级法官,能够自觉维护法官的职权,并形成相对于国王的独立地位。相信中国因个人能力通过考试,不是由命令或恩赐而成为法官的个人,也会比以往更注重自己的地位,更能保持相对于行政机构的独立。^[41]

[40] 但是有的同志提出的将国家司法考试分成两次的建议,又直接来自德国的经验。参见《建构中国统一司法考试制度——“司法官考试·司法官遴选·司法官培训研讨会”还要》(一),载《人民法院报》2002年1月28日,B1版,邵世星、于桦和贺卫方的发言。

[41] 参见华东政法学院法律史专业博士研究生刘守刚在2002年7月3日华东政法学院第五次博士论坛上的发言。

笔者认为,除了上述3个方面之外,移植国外长期实施的国家统一司法考试,其意义还有4个方面:

首先,它统一了法律职业的人口。而人口一旦统一,就比较容易形成一个法律共同体。^[42]

其次,它使法律职业更加专业化,使法律人才更加职业化。复员军人也好,党政干部也好,中小学教师也好,你要想成为一名法律职业工作者,你必须学习法律,并通过严格的统一的国家司法考试。

再次,它带动了学习法律、普及法律的热潮。如果儿女参加国家司法考试,父母就会倍加关心;如果参加统一司法考试者已经成家立业,那么一人参加考试,一家数口上上下下都会为之激动,像中国2002年有30多万人参加司法考试,牵动的至少有120多万人的神经。这个数字与全中国13亿人相比虽然算不了什么,但由于考试者大多集中在各大城市,故在法律日受人们青睐的中国,其对人们法律意识普及的意义不可低估。

最后,它引起了整个社会对法的重视。从国家统一司法考试之前,到进入考试期间,至考试之后,它都受到了社会的大量关注,各类媒体纷纷进行报道宣传,理论界和实务部门群起发表言论,从而使它成为社会关注的一个焦点。而这种氛围对提升法律在社会生活中的地位,以及建设法治国家,都是一种良性的因素。^[43]

当然,国家统一司法考试中仍然存在着若干缺陷,如考试的内容是否符合中国的国情、特点,是否符合司法实际的要求,是否有利于人才的培养;考试过后在合格者使用上如何与现在的三种法律职业挂钩,等等,那是国家司法统一考试下一步如何更好地本土化的问题了。

[42] 我们理解的法律共同体,是指具有相同的语言、相同的知识背景、相同的专业层次、相同的经济基础(共同利益)的职业共同体。

[43] 此外,司法部法规教育司官员霍宪丹在《建构和完善法律人才培养体制的关键环节——论司法考试制度在法律人才培养中的地位与作用》(载《法学评论》2002年第4期)一文中,阐述了司法考试的4个意义:它将法律学科教育充分发挥桥梁和纽带作用;推动法律部门采用大陆法系国家普遍实行之同考同训的法律职业培训制度;构建统一协调的法律职业培训体制、基地和网络;为建立新时期法学教育的宏观管理体制奠定了坚实的基础。

四

从以上所述内容,我们可以大体把握20世纪70年代末以来中国移植西方发达国家司法制度的若干基本方面。

一方面,与50-60年代中国移植外国司法制度的状况相比,新时期主要是以移植西方发达国家的司法制度为主。众所周知,在50-60年代,我们移植的主要是苏联的司法制度(这一点笔者在本章“关于50年代中国移植苏联司法制度的反思”专题中已有详细论述,此处不再展开),但在改革开放之后,我们主要移植了美国、法国、德国、日本等西方发达国家的司法制度(也包括新加坡、韩国以及我国台湾和香港地区的经验)。发生这种转变的原因主要是经济上的,因为以苏联为模式的计划经济已经不适应中国的发展,在建立与市场经济相适应的司法制度时,将西方发达国家的经验移植进来,无疑是一个最明智、最节约的选择。

同时,与以移植西方经验为主相联系,该时期的移植活动,比50-60年代少了许多阶级斗争的色彩,更注重司法对公民基本人权的保护,对政府行政权力的约束;更强调司法机关活动的公开性、公正性、合法性以及对效率的追求;更加重视发挥司法机关在国家经济建设、保障公民生活的各项秩序以及建设社会精神文明等方面的作用。

另一方面,与同时期其他部门法领域相比,司法制度方面的移植活动具有如下4个特点:

第一,移植外国司法制度的范围比其他部门法要大。在宪法和刑法等领域,由于20世纪50-60年代的积累,至70年代末改革后,具有中国特色的制度和原则已初具规模,移植西方的法律制度的空间已不大。但是在司法制度领域,从法院和检察院体制、法官和检察官队伍,到民刑事诉讼程序、证据制度、律师辩护等,都还在大规模地移植外国的制度和原则。尤其是在行政诉讼方面,现行的制度和原则乃至观念,几乎都是在70年代末改革开放以后,在移植外国的经验的基础上建立起来的。

第二,移植外国司法制度的程度比其他部门法要深。由于中国在历史传统上,一直是重道德轻法律,在法律领域,又是重实体法轻程序法。因此,中国在法制建设方面积累比较少、理论和实务都比较弱的就是程序法。由于这个原因,20世纪70年代末以后,在司法制度方面,移植外国法的程度也要比其他

第五章 国际法

部门法更加深刻。从司法独立、“民告官”、保护当事人的基本人权的理念，到无罪推定、律师提前介入诉讼等项原则，到行政诉讼领域的各项具体制度，乃至法官穿法袍、审判用法槌等，外国法的冲击几乎是全方位的。即使在法律职业的养成方面，如上所述，移植外国的经验也是比较彻底的。

第三，由于上两个特点，就形成了第三个特点，即在移植过程中经历的争论和挫折也比其他部门法要多。要否保留陪审制是一个议论的热点，审判方式和证据制度的改革是一个热点，JM 要否继续实行是一个热点，中国有无实施无罪推定原则是一个热点，律师提前介入诉讼过程也是一个热点，辩诉交易在中国是否可行也是一个热点，国家司法考试又是最近的一个热点。由于争论比较激烈，故在移植某些外国的制度和原则时，遇到的挫折也比较多，这方面比较典型的事例就是当事人的“沉默权”问题。学术界倡导了这么多年，至今未能在法典上规定下来。

第四，由于司法制度涉及的都是操作层面上的问题，尤其是诉讼程序，它是保证各个实体法律得以贯彻落实的具体措施，因此，从外国移植过来的司法经验，在予以本土化时遇到的困难更多。中国幅员广大，人口众多，各地区经济政治文化发展的不平衡，各种软硬件设施不健全，人们的受教育水平比较低，其综合素质参差不齐，我们的社会生活又处在从计划经济向市场经济之转型的变革与动荡时期，等等，都使司法领域的移植变得更加困难。

因此，在司法制度领域，许多问题已经超出了单纯法律移植的范围，而深入到社会生活的更深层次。同样一项制度，在西方发达国家可以实行，在中国就会遇到许多现实的问题。我们关于无罪推定的争论，关于律师提前介入诉讼过程的争论，关于当事人的“沉默权”的争论，关于“辩诉交易”的争论，关于在边远地区能否实行“对抗制”的争论，^[44]等等，都是属于不是要不要、而是在客观上行不行这一方面的问题。^[45]

由此可见，法律移植自始至终，就不是一个单纯的法律体制内的问题，而是一个关涉整个社会的变革与进步的综合性问题。要使我国的司法制度更加完善，充分发挥其保障当事人的基本人权，推动社会进步的功能，就必须在移植发达国家先进的司法制度的同时，必须致力于社会经济政治文化的全面进步。

【按语】 由于中国古代没有国际法，因此，就整个国际法领域而言，其基本制度和原则几乎都是从外国移植进来的。本章中的三个专题，就是从这一角度，对自鸦片战争以后至新中国成立初期约 100 多年中国移植国际法的历程作了描述和反思。

至于 20 世纪 70 年代末以后中国对国际法的移植，本章没有设置专题进行论述，这主要考虑到此时中国进入了全面改革开放的时期，中国参加的国际组织、加入的国际公约和双边条约日益增多，中国摆脱了闭关锁国的窘境而一步步地融入进国际社会之中，及至 2001 年 11 月正式加入世界贸易组织，成为国际经济大家庭中的一员，在中国的国际法中已经很难细分哪些是外国法因素，哪些是本土资源。因此，再对其作专题研究既比较困难，也不如其他部分那样有紧迫的意义。这是本章区别于前面几章的一个重要特点。

《万国公法》与清末国际法

虽然，有不少学者认为，中国古代春秋战国时期已经有了国际法，^[1]但学术界的基本看法，都认为具有独立体系的国际法是西方近代文明的产物，是

[44] 肖建华：《对抗制的本土化问题》，载《法制日报》2002年3月31日。

[45] 贺卫方教授对此有比较系统的论述，参见贺卫方：《法律职业化的方法基础》，载《人民法院报》2002年4月1日，B1版。

[1] 主张此观点的民国时期的主要著作有徐传保编著：《先秦国际法之遗迹》（中国科学公司 1931 年版）、陈顾远著：《中国国际法溯源》（上海商务印书馆 1931 年版）等。最新著作中持此观点的有怀效锋、孙玉荣编：《古代中国国际法史料》（中国政法大学出版社 2000 年版）。

19世纪40年代以后传入中国的法律部门。^[2] 由于在中国传统的大一统的封建社会内并没有孕育国际法的政治、经济和文化基础,因此,就中国近代国际法的整个法域来说,几乎都是从西方移植进来的。而从鸦片战争至辛亥革命这半个多世纪中国移植西方国际法的历程而言,最重要的就是《万国公法》的翻译出版以及在此前后中国被迫与西方列强签署一系列不平等条约的痛苦的(国际法的)实践。

自从公元前221年秦始皇建立中央集权制的帝国开始,中国就一直处于一个统一的国家状态。虽然其间也出现过国家分裂为几个部分(三国魏晋南北朝、五代十国等)的现象,但整个帝国总是被维持了下来,并遵循着支配帝国生存的基本原则:“溥天之下,莫非王土;率土之滨,莫非王臣。”^[3] 在帝国统治者的观念中,帝国是无所不包、不可分割的,在世界上无竞争者,也无平等者。它构成一个世界秩序,其参加者之间存在着种种关系,但不是独立国家的关系。^[4] 与春秋战国时期不同,在漫长的历史上,中国是“止有‘国’而无‘际’”的。^[5] 因此,就没有任何发展国际法的基础。

当然,中华帝国也要与周边地区的国家发展关系;但这一周边地区,在西面和南亚被山脉、沙漠和海洋所隔绝,形成了一个封闭的社会。这个地区内的国家多数是弱小的;它们在文化上受中国的影响,在政治上以一种特殊关系从属于中国。它们形成了一个以中国为核心的松懈的国际社会。这就是所谓以中

国为中心的世界秩序。^[6]

然而,从鸦片战争开始,中国传统的世界秩序再也维持不下去了。西方列强用枪炮打开了中国国门,迫使帝国的统治者放下“高贵的”身份,低声下气地、痛苦屈辱地与“西蛮”、“东夷”打交道,订立了一个个不平等的条约。而原来“朝贡”的附属国(如琉球、安南、缅甸、朝鲜等)也一个个离中国而去。^[7]

1842年8月29日,清政府与英国签订了中国历史上第一个不平等条约《南京条约》,承认割让香港给英国,中国向英国偿付2100万赔款,开放广州、厦门、福州、宁波和上海5港为通商口岸,并在该5个口岸建立英国领事馆,中国与英国官员之间展开交往。^[8] 之后,其他西方列强也相继通过同样的手法(以武力或武力相威胁),迫使中国与其签订了一系列不平等条约,如《中美望厦条约》(1844年7月3日)、《中法黄埔条约》(1844年8月13日)、《上海英法美租界租地章程》(1854年7月5日)、《中俄璦琿条约》(1858年5月28日)、《中英中美通商税则善后条约》(1858年11月8日)、《中英北京条约》(1860年10月24日)、《中俄陆路通商章程》(1862年3月14日)等。

至1863年《万国公法》翻译出版前夕,中国与西方列强签订的不平等条约已达24个,从这些条约中获得各种特权的国家有比利时、丹麦、法国、英国、挪威、德国、葡萄牙、荷兰、俄国、瑞典、美国等11个国家,他们通过不平等条约所攫取的各种特权包括领事裁判权、固定的低关税、租界和租借地、使馆区和使馆卫队、驻军、警察、外国人管理海关和邮政、航行、免除直接税、偿付赔款、筑铁路和采矿、发行货币、传教、兴办独立的教育机构等。

正是在上述中国与西方列强签署不平等条约、一步步沦为帝国主义的殖民地的过程中,一方面是清王朝中一些较为聪明者试图通过掌握国际法知识来与西方列强讨价还价,尽可能多地保住其统治利益。另一方面,也是因为西方

[2] “近代国际法的来源在于西方文化”(王铁崖:《中国与国际法——历史与当代》,载中国国际法学会主编《中国国际法年刊(1991)》,中国对外翻译出版公司1992年版)。“国际法作为法律观念,自成一个特殊体系的法律,并在国际关系中具有现实的约束力,则是由近代欧洲产生,并逐渐发展起来的”(程鹏:《西方国际法首次传入中国问题的探讨》,载《北京大学学报》1989年第5期)。“中国的文化品格以及中国所处的世界秩序都无法从我们自己的传统里产生出近代国际法观念”(郑文举、王玫黎:《国际法观念与中国法的近代转型》,载《天府新论》1999年第1期)。此外,关于此观点还可参见王铁崖主编:《国际法》(法律出版社1981年版,第12页);曹建明、周洪钧、王虎华主编《国际公法学》(法律出版社1998年版,第2页);王维俭:《普丹大沽口船舶事件和西方国际法传入中国》(载《学术研究》1985年第5期)。

[3] 《诗经·谷风之什·北山》。

[4] 前引王铁崖:《中国与国际法——历史与当代》。

[5] 前引陈顾远:《中国国际法溯源》,第2页。

[6] “中国世界秩序的特点之一是优越性和层次关系。它不是领土主权国家所组成的,同时它也不仅仅是一个帝国。它的组成一方面作为中央权力的中国,占着以文化优势为基础的优越地位;而另一方面是附属成员国,它们在不同程度上从属于中央权力。中国从而被称为‘中央大国’,并在精神的意义上包括全部宇宙,称为‘天下’,而这个世界秩序的其他成员被视为臣民。关系是不平等的,所有愿与中国发生接触的国家必须是顺从的、服从的。它们必须接受自己的低卑地位和‘中央王国’的优越地位。”参见前引王铁崖:《中国与国际法——历史与当代》。

[7] 关于“朝贡”制度,详细请参见前引郑文举、王玫黎:《国际法观念与中国法的近代转型》。

[8] 费正清编:《剑桥中国晚清史(1800—1911)》上卷,中国社会科学出版社1985年版,第232页。

的一批政府官员和传教士希望通过在中国传播其国际法思想和制度,让中国遵循他们的价值观和法律规范来行事,不要“乱来”,以维护其在华的特权和利益。因此,近代西方国际法的思想和原则开始传入中国,并于1864年翻译出版了西方国际法的代表作《万国公法》。

《万国公法》一书,译自美国著名国际法学家亨利·惠顿(Henry Wheaton, 1785-1848)于1836年出版的《国际法原理》(Elements of International Law)一书,翻译者是美国传教士丁韪良(William M. P. Martin, 1827-1916),于1864年(同治三年)冬在总理各国事务衙门资助下由丁韪良所创办的教会学校崇实馆刊印发行。

事实上,早在《万国公法》一书出版前,中国政府和学术界就已经开始了将西方近代国际法引入中国的工作。^[9]如1839年中英鸦片战争前夕,林则徐(1785-1850)担任钦差大臣、受命赴广州查禁鸦片时,为了“知己知彼,百战百胜”,获取关于“夷邦”的情报,以停止和取缔英国对华鸦片贸易,就让他下属收集西方国际法的著作,并请美国传教士伯驾(Peter Parker, 1804-1889)和袁德辉将瑞士著名国际法学家瓦特尔(也译作“滑达尔”, E. De Vattel, 1714-1767)的著作《万国法》中的一些章节译为中文。^[10]这些译文后来收录在魏源(1794-1857)的《海国图志》一书中,^[11]在当时,曾对林则徐采取坚决的禁烟立场、并与英国商人进行有理有节的外交斗争发生了重要影响。^[12]由于鸦片战争的惨败,以及林则徐的被撤职查办,引入西方国际法的工作没有能够继续下去。

19世纪60年代,在中国活动的西方政府官员和传教士开始了翻译介绍西

[9] 关于西方国际法究竟何时传入中国,学术界有不同的4种观点:一是认为17世纪40年代由传教士马丁·马提尼(Martin Martini)传入;二是认为17世纪80年代在中国与俄国签订《尼布楚条约》时传入;三是认为1839年由林则徐组织人翻译传入;四是认为19世纪60年代由丁韪良传入。程鹏详细考证清末史料后认为1839年由林则徐传入一说较为确切。见前引程鹏:《西方国际法首次传入中国问题的探讨》。笔者也同意程鹏的观点。

[10] 王维俭:《林则徐翻译西方国际法著作考略》,载《中山大学学报》1985年第1期。

[11] 《海国图志》卷八十三中对这些译文有所记载。原文可参见前引程鹏:《西方国际法首次传入中国问题的探讨》“附录一:滑达尔各国律例,米利坚医生伯驾译出”。

[12] 王维俭:《林则徐翻译西方国际法著作考略》。

方国际法的工作。在丁韪良之前,当时在中国海关工作的英国人赫德(Robert Hart, 1835-1911)已经将惠顿这部著作中关于使节权的内容译出,供总理衙门参考,以说服清廷派遣驻外外交代表。丁韪良接手此项工作以后,得到了赫德和美国公使蒲安臣(Anson Burlingame, 1820-1870)的全力支持,遂在比较短的时间内译出了全部内容。译稿送给一些高级中国官员阅看,得到赞扬,认为它适合于中国对外新关系的要求。经总理各国事务衙门章京陈钦、李常华、方澐师和毛鸿图等修饰润色之后,予以印行。第一版印300本,发给各个省,供地方使用。^[13]从《万国公法》的凡例中得知,当时参加翻译的除了丁韪良之外,还有江宁何思孟、通州李大文、大兴张伟和定海曹景荣等4人。^[14]

《万国公法》的正文前有清政府官员张斯桂和董恂作的序,及7条凡例。在张斯桂的序中,首先阐明了翻译此书的目的:

英、美、法、俄为世界四大强国,但并非天生就强,而是靠自己奋斗。英、法首先开始搞工业革命,搞海运贸易,制造机器,从而迅速崛起。俄罗斯积弱久矣,但通过学习西欧,也迅速赶了上来。美国原来只不过是英国的一个殖民地,通过独立战争,实行共和,并妥善处理好了国内外关系,也成为强国。现在地球上不下数十国,能生存下来,都在于遵守盟约,遵循《万国律例》(即《万国公法》)一书。故西方各公使、大臣、水陆主帅、领事、翻译、教师、商人、税务官,均将此书奉为圭臬。“今美利坚教师丁韪良,翻译此书,其望我中华之曲体其情而俯从其议也。我中华一视同仁,……凡重译而来者,莫不畏威而怀德,则是书亦大有裨于中华用储之,以备筹边之一助云。”

董恂的序也强调了翻译此书的宗旨:“今九州外之国林立矣。不有法以维之,其何以国?此丁韪良教师《万国公法》之所由译也。”

在凡例中,译者进一步对惠顿的经历作了介绍,并对此书的书名作了解释:

是书原本出自美国惠顿氏选辑。惠氏奉命驻扎普鲁士首都多年,间尝遍历欧罗巴诸国,既已深谙西今书籍,更复广有见闻,且持论颇以不偏著名。故各国每有公论,多引其书以释疑。端奉使外出者,无不携在案头,时备参考,至派少年学翻译等职,亦每以是书作为课本。

是书所录条例,名为《万国公法》。盖系诸国通行者,非一国所得私也。

[13] 丁韪良:《花甲忆记》,转引自前引王铁崖:《中国与国际法——历史与当代》。

[14] 参见《万国公法》“凡例”。同治三年铸,京都崇实馆存板,现藏华东政法学院图书馆。

又以其与各国律例相似，故亦名为“万国律例”。

《万国公法》的翻译出版，对中国来说无疑是一个非常重大的事件。它是在中国正式出版发行的第一本系统完整的西方国际法著作，它从框架体系、结构内容、制度原则、概念术语乃至思想观念等各个方面，将西方的国际法移植进了中国，从而对中国法律界产生了巨大的影响。

三

《万国公法》给中国人带来的首先是一个全新的关于国际法的体系。之前，在清末的一些启蒙思想家的作品如魏源的《海国图志》（1843年）、冯桂芬的《校邠庐抗议》（撰写于1861年）中，虽然也涉及到一些国际法的知识，但都只是一些支离破碎的内容。而《万国公法》一书，则比较系统完整地将西方国际法体系带到了中国人面前。从《万国公法》来看，该书有4卷，共12章，231节。

第一卷释公法之义、明其本源、题其大旨

第一章，释义明源。有本于公义、出于天性、称为天法、公法性法犹有所别、理同名异、大用、公法总旨、公法源流等12节；

第二章，论邦国自治自主之权。有何者为国、君身之私权、民人之私权、主权分内外、外敌致变、易君变法、释自主之义、进贡藩属所存主权、会盟连横等25节。

第二卷论诸国自然之权

第一章，论其自护自主之权。有自护之权为大、以法国为鉴、葡国有争英管制之、埃及叛土五国理之、比利时叛五国议之、他国与闻或临事相请或未事有约盟邦互保、立君举官他国不得与闻、西（班牙）葡（萄牙）立君英法与闻之等16节；

第二章，论制定律法之权。有制律专权变通之法、植物从物所在之律、古禁外人购买植物、动物从人所在之律、内治之权、遇案之应由法院条规而断者则不行、船只行于大海均归本国管辖、审案之权各国自秉、四等罪案审罚可及、法院定拟傍行于疆外、审断海盗之例、疆内植物之争讼审权可及、疆内动物之争讼审权可及、以他国法院曾断为准、疆内因人民权利等争端审权可及、断案之法与兴讼之例有别等21节；

第三章，论诸国平行之权。有分尊卑出于相许、得王礼之国、得王礼者分

位次、互易之方、公用之文字、君国之尊号、航海礼款等7节；

第四章，论各国掌物之权。有掌物之权所由来、民物亦归此例、民物听命于上权、权由征服寻觅而来者、管沿海近处之权、长滩应随近岸、捕鱼之权、管小海之权、大海不归专管之例、疆内江湖亦为国土、同航大江之例等16节。

第三卷论诸国平时往来之权

第一章，论通使。有钦差驻扎外国、何国可以通使、国使等级、信凭式款、全权之凭、训条之规、牌票护身、莅任之规、延见之规、交好礼款、国使权利、纳税之规、路过别国、礼拜不禁、领事权利、国使卸任、召回国使等24节；

第二章，论商议立约之权。有盟约款式、约据章程、擅约准废、谁执定约之权、因约改法、被逼立约、恒约不因战废、常约存废、保护之约、合兵之盟、立约助兵、相护之例、交质以坚信、中保之例、主持公论之学等19节。

第四卷 论交战条规

第一章，论战始。有用力伸冤、强偿之例、战前捕物二解、定战之权、公战之权、战有三等、宣战之始、敌货在我疆内者、敌物在疆内者不即入公、债欠于敌、与敌贸易、合兵之民通商敌国、不可与敌立契据、敌民居于疆内者、西人住于东土者、商行设于敌国、身在敌国行在局外、敌国土产属地主时即为敌货、领照于敌国等23节；

第二章，论敌国交战之权。有害敌之权至何而止、互换俘虏、何等人不可杀害、敌人之产业、抄掠敌境、水陆捕拿不同一例、何人可以害敌、船无战牌而捕货者、民船领战牌者、被捕之货可讨与否、夺回救货之例、审所捕之船归捕者本国之法院、局外之法院审案、领事在局外之地者不足断此案、守信于敌、停兵之约、停兵之权、自何时遵行、停兵期满复战、投降约款、护身等票、凭照与敌贸易等28节；

第三章，论战时局外之权。有解局外（中立）之意、局外之全权、局外之半权、局外之权被约限制、在局外之地不可行战权、经过局外之疆、沿海辖内捕船、追至局外之地而捕者、借局外之地招兵备船即为犯法、局外之船于大海如何、战时禁物、封港犯封、局外者借敌人之兵船载货、局外之船借敌人之保护可捕拿等32节；

第四章，论和约章程。有谁执和权惟国法所定、立和约之权有限制、和约息争、和约自何日为始、犯条悖约、和约争端如何可息等8节。

以上由《万国公法》所开启的国际法的框架体系，基本上涵盖了近代西方

国际法的全部内容,即从国际法的主体、客体、渊源,国际法和国内法的关系,条约,外交与领事关系,领土和海洋法,到国际争端的和平解决,战争法,战时中立法等各项内容,基本上都已经涉及,而这一框架体系与中国传统的世界秩序观以及知识体系完全不同,它带给当时中国人以强烈的新鲜感和冲击波也是显而易见的。这一框架体系,不仅影响了清末中国近代国际法的创立,而且也为民国时期中国国际法的发展奠定了历史基础。

四

《万国公法》带给中国人的第二笔财富是它引入了西方近代国际法的基本原则,而这些原则在以前,也是中国人所未曾接触和了解的。

一、尊重各国主权原则

《万国公法》在前三卷中,用比较多的篇幅,详细说明了各个国家所享有的独立自主的权力,这种权力,就是主权:“治国之上权,谓之主权。此上权,或行于内,或行于外。行于内,则依各国之法度,或寓于民,或归于君,论此者,尝名之为‘内公法’,但不如称之为‘国法’也。主权行于外者,即本国自主,而不听命于他国也。各国平战、交际,皆凭此权。论此者,尝名之为‘外公法’,俗称‘公法’,即此也。”^[15]

各国所拥有的主权,除对外行使者须得到国际社会认可外,其对内者,并不是他国所给予而是各个国家自身就具有的。即使是新建的国家,“虽他国未认,亦能自主其内事。有其国,即有其权也。即如美国之合邦,于1776年间,出诰云:‘以后必自主自立,不再服英国。’从此其主权行于内者,全矣。”^[16]

《万国公法》指出,国家主权主要包括保护本国(包括领土、人民、财产)的权力,对自己的领土、资产、人民的支配权,以及独立的立法、行政、司法权等等。

首先,国家主权体现为自护之权。“诸国自有之原权,莫要于自护。此为基而其余诸权皆建于其上。就他国论之,则为权之可行者;就已民论之,则为分所不得可行也。此权包含多般。盖凡有所不得已而用以自护者皆属权之可为也。使其抵敌以自护可为,则招军实、养水师、筑炮台,令庶民皆当兵勇,征

赋税以资兵费,亦属可为也。”^[17]

其次,国家主权体现在对内行使充分的统治权方面:“各国自主其事,自任其责,均可随意行其主权,惟不得有碍他国之权也。其国法(所谓国法者,即言其国系君主之、系民主之,并君权之有限无限者,非同寻常之律法也)或定或改或废,均属各国主权”。^[18]“自主之国,莫不有内治之权,皆可制律,以限定人民之权利、分位等事,有权可管辖疆内之人。无论本国之民、及外国之民,并审罚其所犯之罪案,此常例也”。^[19]具体言之,有3个方面:

第一,立法权。由主权国家的议会制定法律。《万国公法》举了美国的例子:“合邦制法之权,在其总会(议会),总会有上下二房。在上房者,为各邦之邦会所选;在下房者,为各邦之民人所举。总会执权,……可定内外通商章程,定外人人籍之统规,定亏空银钱之统规,……定水陆捕拿之规,……制法令,以成合盟所任之职。凡此,均属总会之权”。^[20]

第二,行政权。由主权国家的君主或总统行使。仍以美国为例:“其主权职事,如此之繁,即有合邦之首领,以统行之。首领乃美国之语,所称‘伯里玺天德’(President)者,是也。其登位也,系各邦派人,公议选举。所派之人,亦为各邦之民,遵循其邦会之定例,而公举者也”。^[21]

第三,司法权。在美国由上法院(联邦最高法院)行使,“并以下总会所设之法院,所有于犯合邦律法盟约之案,听其审断。故总会,并各邦会制法,均归合邦之法官”。^[22]

再次,国家主权体现在对国内财产的支配方面。“凡自主之国,……定疆内产业、植物(所谓植物者,即如房屋田亩不能移动之类,不独树木然也)、动物,无论属己民、属外人,皆得操其专权”。^[23]

《万国公法》对上述国家支配产业的情况从两个方面作了说明:“其一,原本于各国自主之权,即各国疆内自操专权,以制法行法也。故凡疆内产业、植物、动物、居民,无论生斯土者,自外来者,按理,皆当归地方律法管辖。且

[15] 《万国公法》卷一, P17B。

[16] 《万国公法》卷一, P18A。

[17] 《万国公法》卷二, P1B。

[18] 《万国公法》卷二, P12B。

[19] 《万国公法》卷二, P23B。

[20] 《万国公法》卷一, P34B。

[21] 《万国公法》卷一, P35A。

[22] 《万国公法》卷一, P35A。

[23] 《万国公法》卷二, P17A。

疆内行止举动、契据事件，莫不归其所制也。各国疆内，即有权以定植物、动物，如何授受之例，可定疆内之人，何等分位，何等权利，可断契据事件之或行或废，并立契据者之分所当为，及疆内兴讼之例等情。其二，无论是己民与否，非现住疆内者，各国不能以律法制之，……（即）此国有权以制疆外人物，则彼国虽在己之疆内，亦不得专操其权，而各国之权利，不得均平，有是理乎？”〔24〕

二、国与国之间平等往来原则

《万国公法》指出：从尊重国家主权原则推衍开来，各个国家，不分大小，均应享有平等交往之权。虽然世界各个国家在国体、政体的形式方面各有差异，因而在交往方面出现一些不同的称号，也显现一些不同的礼节，但各个国家的国际地位平等则是不容置疑的。为了较好地处理好各个国家之间的关系，《万国公法》提出了一些可操作性的方法。

第一，互易之法。即“各国或轮流而得首位，或抽签而得之。即如立约时，此本开端并盖关防，系此国在先。彼本则系彼国在先。及互换时，则各得其所居先之本以存，此数国之礼也。维也纳国使会，定条款云：诸国用互易之礼者，其使臣位次先后，惟以抽签而定”。〔25〕

第二，循法国字母之次序，而签字画押。

第三，在盟约国家数量较多，条约文本不能全部使用各自文字时，可采用一种各国认可的通用文字。如欧洲较早时期使用的拉丁文，随后使用的法语、德语、意大利语，以及近期英美法系国家使用的英语等。

在处理国与国之间平等交往问题上，外交使节的派遣是一个重要内容。《万国公法》指出：“自主之国，若欲互相和好，即有权可遣使受使，他国不得阻抑。若不愿遣使，他国亦不得相强”。而这种通使之权，“在君主之国，无论其权之有限无限，通使之事，大抵归国君定夺；在民主之国，或系首领执掌，或系国会执掌，或系首领国会合行执掌”。〔26〕

在国际法形成之初，派往外国的使节并无规范的等级。随着国与国之间关系的发展，经“诸国公议，分别使臣品级，以为款待之制。现今使臣，分为四等：第一等使臣，系代君行事。其余三等，系代国行事。第一等使臣，应以君

〔24〕《万国公法》卷二，P18A。

〔25〕《万国公法》卷二，P63A。

〔26〕《万国公法》卷三，P1A、2A。

礼款待，一若其君亲来者。”《万国公法》并对各等使臣的礼遇、凭证、觐见之规等作了比较详细的说明。

在阐述国与国之间平等交往原则时，《万国公法》对外交特权问题也作了比较详细的说明。“国使至外国者，自进疆至出疆，俱不归地方管辖，不得拿问。缘国使既代君国行权，即当敬其君以及其臣，而不可冒犯。其驻扎外国，权利与在本国等。所谓‘不在而在’也。其继业鬻产，均照本国律法，若有子女，生于外国，亦为本国人民。任国使以如此旷典者，盖不如此，即难以一事权焉。此国遣使，而彼国接之，即为默许其但服本国之权而已。和好时，本国所给护身牌票，或所往之国，倘有战争，给与护身牌票，均可证其职位，而免人拿问也”。不仅是国使本人，即使是“国使之妻子，及从事员弁、记室、代书、佣工、器具、私衙、公馆，皆置权外，他国不得管辖”。〔27〕

《万国公法》指出，只有在出现如下4种情况时，才可以剥夺国使的外交特权：

第一，“在彼国公署，若有讼狱，而国使竟干涉其事，则就其事而听彼国管辖，可。”

第二，“若他国使臣，原系本国之人，而本国尚未弃管辖之权，自应仍服管辖。”

第三，“若准本国之臣，兼为他国之使，复回本国，则其人仍服本国管辖，明矣。”

第四，“若使臣谋害所驻之国，事至危急，即可收其人，并其文凭卷册，送出疆外。”〔28〕

三、遵守国际公约和双边条约原则

在国与国之间进行交往时，多国之间或两国之间往往会制定一些公约或条约。为了维持国际间的秩序和稳定，国际社会一般都要求各个缔约国能够严格遵守这些公约或条约，这一原则也经过《万国公法》的阐述而传入了中国。

《万国公法》指出：“凡自主之国，如未经退让本权，或早立盟约，限制所

〔27〕《万国公法》卷三，P6B、7A。

〔28〕《万国公法》卷三，P7。但在惠顿写作《万国公法》时代，对领事尚无特别外交保护：“领事官不在使臣之列，各处律例及和约章程，或准额外赐以权利，但领事等官，不与分万国公法所定国使之权利也。若无和约明言，他国即可不准领事官驻扎其国。故必须所往国君准行，方可办事。若有横逆不道之举，准行之凭即可收回，或照律审断，或送交其国，均从地主之便。至有争讼罪案，领事官俱服地方律法，与他国之人民，无所异焉”（卷三，P11B）。

为，即可出其自主之权，与他国商议立约”。“约盟既商定画押，倘无必俟互换明言，则立当遵行，而不待互换矣。”^[29]

盟约有两种，一种为恒约，“乃是永远流传，一经成立，即君王更换，国政变迁，其约必不废焉。”另一种为常约，是“随常之约也。即和约会盟，通商航海各议”。^[30]这种常约，约内虽云永远奉行，然屡屡被废，其废之原因主要有四：国家灭亡、国体大变、立约之国失和约内限定时期已过。^[31]

五

《万国公法》在将西方国际法基本原则带人中国的同时，还将西方的国际法以及法治、宪政的观念带了进来。这些观念表现为：

首先，中国只是世界之一部分的概念。如前所述，在鸦片战争之前，中国人奉行的传统世界秩序观一直认为，中国是世界乃至宇宙的中心，中国之外没有可相匹敌的国家，有的只是周边的蛮、夷、狄、戎等不开化的小国，它们都只是中国的附属。而《万国公法》的翻译出版，开始改变了中国人的上述观念。

在《万国公法》正文的卷首，画有东半球和西半球两张地图。笔者核对惠顿原著，发现原著中并无这两张地图，它们是译者丁韪良创作添入的。作为在中国活动的美国传教士，丁韪良比惠顿要更了解中国国情。他在翻译时感觉到，添入这两张地图，一方面可以使当时的中国人对世界有一个直观的概念；另一方面，也可以加深对西方国际法知识和观念的理解。丁韪良在地图旁指出：“地之为物也，体圆如球，直径约3万里，周围9万里有奇。其运行也，旋转如轮，一转为1昼夜，环日1周，即为1年，内分东西两半球。其陆地分5大洲。”在东半球者，有亚细亚、欧罗巴、亚非利加3大洲，内有中国、日本、缅甸、印度、波斯、英国、法国、俄罗斯、奥地利、西班牙、葡萄牙、荷兰、意大利、土耳其、埃及等数十个国家。在西半球者，有北亚美利加和南亚美利加两大洲，也有美利坚、墨西哥、巴西、秘鲁、智利等多个国家。

[29] 《万国公法》卷三，P14A、17A。

[30] 《万国公法》卷三，P19A、20A。

[31] 除了上面所讲的三个大的原则之外，《万国公法》还对引渡原则、领土和领海原则、公海原则、和平共处尽力避免战争原则、中立国家保持中立原则、战争中必须遵守国际惯例原则等作了阐述。

作者这里，当然不仅仅是向我们介绍西方地理学知识（虽然这种知识对一直奉行天圆地方之中国人来说也是极具冲击力的），而是通过对世界地理的概括说明，阐述了一种新型的世界秩序观，即任何一个国家，都不是世界的中心；任何一个国家，都只是世界的一个组成部分。这种观念，对改变中国固有的以“华夷”为基础的传统的世界秩序观是极有影响的，它迫使中国面对现实，并使一部分有远见之中国人进一步放眼世界，励精图治，争取让中国在国际社会中占有一席之地。

其次，自然法观念。自然法，惠顿用的是 Natural law，丁韪良将其翻译成“性法”。惠顿指出：“天下无人能定法，令万国必遵；能折狱，使万国必服。然万国尚有公法，以统其事，而断其讼焉。”那么，这种公法是从哪里来的呢？惠顿认为，公法来自于各国的公议，以及各国的共同遵守。^[32]

惠顿指出，公法之学，创自荷兰国际法学家格劳秀斯（H. Grotius, 1583-1645）。格劳秀斯认为，公法分为两种，一种是规范人类早期（无国无君、人们天然同居时）活动的行为规则，这就是自然法。另一种是将这种自然法推广至人类进入文明社会、有了阶级和国家之后，使其在各国交往中得到适用，这样形成的规则，即各国公议之法。不管这两种法的具体内容有何不同，其基础都是来自人的自然本性。“人生在世，有理有情。事之合者当为之，事之背者则不当为之。此乃人之良知，一若有法铭于心，以别其去就也。与性相背者，则为造化之主宰所禁；与性相合者，则为其所令。人果念及此，便知其为主宰或禁或令，自可知其为犯法与否。”因此，所谓自然法，并不是其他东西，“乃世人天然同居当守之分，应称之为天法。盖为上帝所定，以令世人遵守。或铭之于人心，或显之于圣书。”^[33]

惠顿接着还对霍布斯等其他西方法学家关于自然法和国际公法的思想作了详细介绍和评论。最后归纳道：“凡此辩论，千言万语，总归一致，乃诸国情理，所当引者，并交际往来，所惯行者，合成公法。此外，别无所谓公法也”。^[34]这样，惠顿虽然是为了阐述自然法与国际公法的关系，但在阐述过程中，也将自然法的思想和观念，通过《万国公法》一书，传入了中国。而这种自然法思想，对信奉“法律是皇帝的创造物”、甚至“国法乃皇帝的家法”的

[32] 《万国公法》卷一，P1。

[33] 《万国公法》卷一，P2A。

[34] 《万国公法》卷一，P5A。

中国统治者而言，是一种全新的观念。

再次，民主共和的观念。在《万国公法》一书中，由于作者在介绍各国内法时，也系统阐述了西方国家的国体和政体，如君主制、民主制，自主国、半自主国，主权取决于君、取决于民，等等。因此，在《万国公法》中，除了近代国际法的观念之外，资产阶级民主和共和国的思想观念也得到了传播。

当然，在《万国公法》中，只出现了“民主”一词，尚无“共和国”之称呼（惠顿在著作中使用了 Republic，但丁韪良没有译出。凡 Republic 之处，丁韪良都译成“民主之国”）。而且，《万国公法》中出现的“民主”，在大多数场合，并不是作为一个专有名词“民主”（democracy）来使用，而是作为动词来使用，即强调国家由人民“主之”，意思是“由人民当家作主”，与由君主掌握实权的君主制国家相对应。如 1797 年，荷兰 7 省有变，法国征服之，将其改为共和国时，《万国公法》称其为“易其国法（国体），而改作民主之国”；提到美国之宪法时，称“美国合邦之大法，保各邦永归民主”；等等。^[35] 但由人民（当然，这里的人民，主要指资产阶级）作主，国家的事情由人民之公意而决定这样一种共和国的思想观念，随着《万国公法》一书的翻译出版而逐步进入中国人的头脑之中。

第四，法治的观念。法治是西方的一个文化传统，也是西方近代法律观念的核心内容。在惠顿写作《万国公法》的 1836 年，法治作为一项治国原则，已经深深地扎根于西方人的观念之中。在《万国公法》一书中，作者在讲到国家主权时，就强调以法治国是其主要表现；在讲到各国参与制定国际公约和双边条约（盟约）时，作者强调法治的重要性，即公约和条约都必须经过国内法的认可；在讲到国内法和国际法的制定、贯彻和实施时，也强调必须遵循各国的众议和各国人民的公意（这一点恰恰是西方近代法治的核心）；在讲到目前世界国家众多，国体和政体各异时，作者进一步强调，无论是君主之国家，抑或是民主之国家，尊重人民的公意、依照法律办事应当是一项基本原则。

这样，通过《万国公法》一书，中国人尤其是其先进的知识分子，不仅获得了尊重国家主权、各国平等相处、互不干涉内政等国际法知识和观念，也学到了西方法律文化的核心内容——法治的观念，它强调法律是人民公意的体现，而非仅仅是君主的意志；主张法律必须是一种良法，必须符合自然法的要求和人类的理性；强调每一个国民包括国君都必须遵守法律，在法律规定的限

[35] 《万国公法》卷一，P20A、27B；卷二，P13A。

度内进行活动；等等。而这一切，大不同于中国古代法家所倡导的“法治”，对当时的国人而言，是一种全新的知识和观念。它对后来康有为、梁启超发动“戊戌变法”，以及孙中山等人发动“辛亥革命”，都是有影响的。

第五，三权分立的观念。惠顿在《万国公法》中，在介绍各国尤其是美国的政治和法律制度时，对三权分立的制度和观念也作了详细阐述，如立法权归国会掌握，行政权归总统行使，司法权由法院执掌，等等。而这些内容，对熟悉孟德斯鸠的分权学说以及美国 1787 年联邦宪法确立的三权分立体制的美国作者惠顿，以及同是美国人的译者丁韪良来说，都不算什么新鲜内容，是习以为常的事情，但对一直生活于封建大一统国度内，立法权、最高行政权和司法权归皇帝，基层的行政权和司法权都由一个官吏执掌的中国的国民来说，则是一件非常新鲜的事情。虽然，在《万国公法》翻译出版之前，关于三权分立的学说和制度，已经传入中国，^[36] 但比较详细、具体的阐述，《万国公法》则是第一次。因此，通过《万国公法》，中国人对三权分立有了更加深入的了解。

六

作为第一部系统的外国法学著作，《万国公法》也为中国输入了许多专门的法律概念和术语。虽然，由于受译者的法律素养和中文水平的影响，《万国公法》创造的许多概念术语对后世影响不大，许多则根本没有流传（此点后面再作分析），但也有许多内容，则一直使用至今，有些则奠定了某些学科的专业用语基础。

从《万国公法》一书来看，丁韪良创造的汉字法律术语有：万国公法、性法、公师、法师、主权、权利、责任、法院、人民、^[37] 国体、赔偿、自治、限制、章程、邦国、政治、选举、司法、争端、国会、制宪、领事、利益、管辖等。下面，我们对部分用语略加分析，以明其对中国法和法学发展的贡献。

[36] 魏源在《海国图志》“英吉利国总记”和“弥利坚即美里哥国总记”等篇中，曾对英美两国的三权分立的政体制作了介绍。

[37] 在丁韪良之前，中国政府的文件中曾有一次出现了“人民”的用法，即 1842 年 8 月 29 日《中英南京条约》中有一处使用过“华英人民”，但在以后直至《万国公法》出版时为止的中外条约中使用的都是“民人”、“人”的汉字。因此，《南京条约》中出现“人民”一词当属偶然（该条约其他地方也都用“民人”），而丁韪良则将“人民”作为法律术语正式使用。

“万国公法”（简称“公法”）

“万国公法”，是惠顿原著中 *International law* 一词的译文。虽然，丁韪良将 *International law* 一词译为“万国公法”并不确切，但这在当时已属不易。因为，国际法（*International law*）或国际公法（*International public law*）的形成、定型，在西方也有一个过程。

中世纪时，西方人讲到国际法时，用的是罗马时期使用的拉丁语 *Jus gentium*（万民法）。一直到格劳秀斯创立近代国际法这一学科时，表达国际法一词用的仍然是 *Jus gentium*。1650年，英国牛津大学教授苏世（Richard Zouche, 1590-1660）在其《万国法的解释和一些有关的问题》一书中，开始使用 *Jus inter gentes*（万国法，英语为 *Law of nations*）。之后，*Law of nations* 一词在西欧曾流行过一阵子。1789年，英国著名法律改革家边沁（J. Bentham, 1748-1832）在其《道德及立法原理绪论》一书第十七章中，正式使用了 *International law* 一词。边沁解释说，*Law of nations* 一词不仅平凡无意义，而且容易被人误解为国内法，因此，使用 *International law* 一词要更好一些。从此以后，*International law* 一词遂成为西方表达国际法这一学科以及法域的通用术语。^[38]

与西方人探索国际法的用语相仿，在中国，最早表达国际法时用的都是万国公法或公法。包括明治维新前后的日本学者，开始接受国际法时，也是使用万国公法一词的。因此，当丁韪良《万国公法》一书传入日本，被其翻刻时，对书名“万国公法”未加任何变动。19世纪70年代，日本学术界始有人将 *International law* 一词译为日文汉字“国际法”。但直至20世纪初叶，在日本出版的法律辞典中，仍有将 *International law* 同时译成“万国公法”、“公法”、“国际公法”、“国际法”的。^[39]

“万国公法”一词，虽然因清末中国法学界接受日本学者的汉字译文“国际法”一词而逐步消亡，但“公法”一词的用法保留了下来，尤其是“国际法

是关于调整国家之间的法律关系的公共法律”这一观念开始在中国生根发芽，并为中国近代国际法的诞生提供了基础。

“性法”

“性法”，译自惠顿的 *Natural law*。如上所述，该词现在通译为“自然法”。虽然，对现代中国人来说，“性法”一词的译法有点怪，但在当时的中国人看来，这种译法是抓住了自然法的本质。因为在传统中国人的观念中，“性”一词，表达的是人的本性，人的原始的最初的本原。中国古代的经典都阐述过这一点。如《论语·阳货》曰：“性相近也，习相远也”；《孟子·告子》曰：“生之为性”；《荀子·性恶》曰：“凡性，天之就也，不可学不可事”；《荀子·正名》进一步展开曰：“生之所以然者谓之性”，“不事而自然谓之性”。因此，作为一种上帝赋予的、与人的出生一起产生的、管束人世间一切生灵的法律，用“性法”是一个很好的译法，在某种程度上也可以说是掌握了自然法的真谛。

正因为如此，当《万国公法》一书传入日本之后，“性法”一词也在日本流传开来。包括法国巴黎大学教授保阿索那特（G. E. Boissonade, 1825-1910）在日本的讲稿《自然法》和《法哲学》，日本人将其译成日文时，用的也都是“性法”的名称。正是在“性法”的译文的基础上，日本学者进一步将其译成“自然法”，从而，不仅对中国近代国际法，而且对中国近代法理学的形成和发展也产生了不小的影响。

“主权”

“主权”，译自惠顿书中的 *sovereignty* 一词。如上所述，它是指近代民族独立国家具有的对本国人民的统治权，对本国财产（领土、领海与在其之上的各种资源）的支配权，以及在对外事务中独立自主行使自己的权利、表达自己的意愿、不受他国干涉地进行各种活动的权力。

在中世纪西欧，主权主要是指封建领主对自己领地的统治权。中世纪后期，法国等国的君主合并各封建领主的权力并取而代之，形成一种独立于罗马教皇之外的最高统治权力，这被近代资产阶级学者称为“主权”。随着资本主义在西欧各国的胜利，无论是法、美等共和国，还是英、德等君主立宪国，都以资产阶级的民主政治诠释国家对内对外的权力，从而形成了近代国家的主权概念。惠顿在《万国公法》一书中使用的即是这种意义上的主权概念。而作为一个美国人，丁韪良对“主权”的内涵有着透彻的理解，因此，在翻译 *sovereignty* 一词时，没有用“皇权”，也没有用“帝权”，而是用了“主权”。而“主权”一词，不仅其概念对中国人来说是新鲜的，而且其内涵对中国人来说

[38] 刘达人、袁国钦：《国际法发达史》，商务印书馆1937年版，第16-18页。

[39] 参见上海商务印书馆民国元年版《英法德日政法名词表》*Hostile international law* 词条。此外，日本受《万国公法》的影响，还可以从日本学者信夫淳平如下一段话中看出：“一千二百多年以前，日本几乎全盘借用了中国法律。现在它又第一次引入了国际法，但不是直接从其原产地，而是间接地从它的再出口国引入。确实，正是通过由丁韪良翻译的中文国际法作品（《万国公法》），使德川幕府后期日本的政治家和学者第一次看到了西方万国公法（*Law of nations*）的原则。”参见 J. ShinObu, *Vicissitudes of International Law in The Modern History of Japan*, *The Journal of International Law and Diplomacy*, Vol. 1 May 1951 No. 2.

也非常具有吸引力。因此,“主权”一词,不仅成为中国近现代国际法中的基本概念,也传入日本,为日本国际法学界沿用至今。

“领事”

“领事”,译自惠顿书中的 *consul* 一词。是为保护本国和本国国民在驻在国商业、经济和文化上的利益,由国家任命的驻外机构。^[40]

领事制度起源于中世纪十字军东征时期,当时,意大利的商业都市在中东地中海沿岸的居留地任命了行政长官,称 *viconte*,它就是 *consul* 的前身。从15世纪开始,意大利、英国、荷兰等欧洲国家之间开始互设领事,领事制度遂成为当时各国商业交往中的重要制度。至近代,由于民族独立国家的成立,领土主权观念的确立,领事审判权的废止,常驻外交使节的制度化和普遍化,领事的地位一度下降,到17、18世纪,领事制度已不太受到人们的注意。19世纪以后,随着各国贸易往来的频繁,领事制度重新受到人们的重视,并逐步形成现代国际法制度上的一项重要内容。惠顿在1836年创作《万国公法》时,恰值领事制度不怎么受人重视的时期,故领事在《万国公法》中的地位并不高。但尽管如此,惠顿仍然对领事制度作了比较详细的论述。

领事,早在1843年10月8日中英签订《虎门条约》时就已经涉及,但当时汉语用的是“管事”。在1844年中美签署《望厦条约》时,就将 *consul* 一词译成了“领事”。之后,在各中外条约中,都使用了“领事”这一用语。因此,在《万国公法》中使用“领事”一词并不是丁韪良的首创,丁韪良的贡献,在于既不用“执政官”,^[41]不用“管事”,也不用“外事官”,而是用“领事”这一汉语将 *consul* 一词中译文固定了下来,而且使其流传的面更加广泛(因为,当时能够看到上述条约的汉文本的人并不多)。从而,为中国、日本国际法学界一直沿用至今。

此外,丁韪良关于“权利”、“人民”、“政治”、“责任”、“选举”、“司法”、“自治”、“国会”、“管辖”、“利益”、“赔偿”、“争端”等汉语词汇的选择,也都是颇具匠心的,不仅成为中国以后法律体系中的专门用语,也成为日本法学界的通用语。即使对 *court* 一词的翻译,丁韪良的贡献也是巨大的。他没有选择汉语“议会”(*court* 的本义是指中世纪日耳曼人的民众大会),没有选择“委

[40] 日本国际法学会编:《国际法辞典》,外交学院国际法教研室译校,世界知识出版社1985年版,第798页。

[41] *Consul* 一词,在古罗马是指“执政官”。

议会”,也没有选择如同后来日本人选择的汉字“裁判所”,而是选择了在当时来说是一个全新的汉文“法院”。“法院”的使用虽然有点突兀,^[42]但由于该词比较恰当地表达了审判官、控诉人、当事人以及证人在一起适用法律、解决纠纷、寻求公正这样一个场所的意思,比较符合中国人的将法律适用的方方面面汇集在一起的“法的庭院”这样一种逻辑思维,因而后来很快就为中国人接受,并沿用至今。^[43]

当然,丁韪良在翻译《万国公法》时,也用了许多以现在的目光来看不很成功的用语。如将 *president* (总统)译为“首领”或直接音译为“伯里玺天德”,^[44]将 *law* (法律)译为“律法”或“法度律例”,将 *judge* (法官)译为“法师”或“公师”,将 *federation* (联邦)译为“合邦”,将 *diet* (议会)和 *congress* (国会)译为“总会”,将 *House of Representatives* (众议院)译为“下房”,将 *Senate* (参议院)译为“上房”等。^[45]这些法律用语,后来没有一个能够流传下来。

七

《万国公法》翻译以后,对中国政界、外交界及知识界的影响是巨大的。

从实践角度看,当时中国外交官员曾运用《万国公法》中阐述的国际法原理,成功地处理了一件纠纷,即“普丹大沽口船舶事件”。这对鼓舞当时中国政府引进西方国际法起了很大的作用。

[42] 魏源在《海国图志》中将英国的 *Law House* (法院)译成“律好司”。这里,“律”是意译,“好司”是音译。可见,魏源当时没有找到与西方的 *court* 和 *Law House* 相对应的合适的汉字用语。

[43] 一般而言,近现代中国法律体系中的用语,绝大多数都来自日文汉字,如“法学”、“法律”、“宪法”、“民法”、“商法”、“刑法”、“诉讼法”、“国际法”等,但有两个非常重要的用语“法院”和“律师”,则是近代中国学术界自己的创造,这是一个非常有趣的现象。对此,笔者将有专论予以考证。

[44] 在丁韪良之前,尚无将 *president* 译为“总统”的先例。鸦片战争前后西方传教士在翻译该词时使用的是“皇帝”、“统领”、“伯理玺天德”等词。1858年中美《天津条约》汉文本中讲到美国总统时,用的也是音译“大合众国大伯里玺天德”。

[45] 惠顿的原著即1836年版的《国际法原理》因为已成孤本,故笔者未能借到复印。本文使用的是1936年伦敦牛津版本,即 *Elements of International Law*, by Henry Wheaton, Oxford, London, 1936. 值本文发表之际,特向为笔者借出复印此书的华东政法学院林燕平副教授和美国纽约大学(NYU) Joan Liu 教授表示诚挚的谢意。

事件的简单经过如下：1864年4月，普鲁士公使李福斯（H. Von Rehfues）乘坐“羚羊号”（Gazelle）军舰来华，在天津大沽口海面上无端拿获了3艘丹麦商船。总理各国事务衙门当即提出抗议，指出公使拿获丹麦商船的水域是中国的“内洋”（领水），按照国际法的原则，应属中国政府管辖，并以如普鲁士公使不释放丹麦商船清廷将不予以接待相威胁。在这种情况下，普鲁士释放了两艘丹麦商船，并对第3艘商船赔偿1500元，事件和平地解决了。^[46]

总理衙门在处理这一事件中，适用的就是惠顿在《万国公法》中阐述的国际法原则（当时《万国公法》已经译出，总理衙门的高级官员也已阅读此书稿）。它在上奏清廷的奏文中说明：“此次扣留丹麦货船处所，乃系中国专辖之内洋”，“外国持论，往往以海洋距岸十数里外，凡系枪炮之所不及，即为各国公共之地，其间往来占住，即可听各国自便”。^[47]而在中国内洋扣留其他国家的船只，则是明显地侵犯了中国的主权。同时，普鲁士公使的做法，也违背了其签订的和约，而遵守条约也是国际法的基本原则。总理衙门就是以西方国际法上的这两个理由与普鲁士展开外交斗争的。^[48]

第一次适用国际法使一件原本可能成为严重事件的外交纠纷得到顺利解决，这使总理衙门的高级官员乃至清廷相信西方国际法知识对清王朝的统治尤其是外交活动是有利的，因而比较快地批准了早已成稿的《万国公法》的刊印。同时，这一事件也鼓舞了丁韪良及其学生继续将西方国际法著作译成中文的热情。这些著作有德国学者马顿斯（Charles de Martens, 1781 - 1862）著：《星指掌》（1876年）；美国学者伍尔西（T. D. Woolsey, 1801 - 1889）著：《公法便览》（1877年）；瑞士学者布伦智理（J. C. Bluntschli, 1808 - 1881）著：《公法千章》（1879年。1896年出袖珍本时改名为《万国公法会通》）；国际法学会编：《陆地战例新选》（原文德文，1883年）；英国学者霍尔（W. E.

Hall, 1838 - 1894）著：《公法新编》（1903年）等。^[49]

从理论角度看，《万国公法》的翻译出版，帮助中国法学界加深了对国际法的了解，并加快了创建中国国际法的步伐。除了上述丁韪良及其学生翻译出版的成果之外，从19世纪70年代至1911年清王朝被推翻这40多年间，中国还出版了40余本国际法的作品，它们中主要者为：（英）费利摩罗巴德著，（英）傅兰雅口译，俞世爵笔译：《各国交涉公法论》和《各国交涉便法论》（江南制造总局1894年、上海书局1898年印行）；（英）罗伯林、傅兰雅著，汪振者译：《万国公法总论》（上海新学会1898年出版）；（英）罗伯德著，傅兰雅译：《各国交涉便法论》（江南制造局1898年印行）；丁祖荫撰《万国公法释例》（1898年刊印）；（俄）腓列特芬马丁斯著，徐家驹译，手写稿（1900年，存上海图书馆）；（法）铁佳敦著，吴启孙译：《支那国际法论》（上海作新社1902年出版）；（日）岸崎昌、中村孝著，章宗祥译：《国际法》（东京译书汇编社1902年版）；王鸿年著：《国际公法总纲》（1902年著者刊）；（英）劳麟赐著，（美）林乐知译：《万国公法要略》（上海商务印书馆1903年出版）；（德）雷士特著，商务印书馆译：《国际公法大纲》（上海商务印书馆1903年版）；蔡锷编译：《国际公法志》（上海广智书局1903年版）；（日）今西恒太郎著，江郁年译：《国际法学》（上海文明书局1903年版）；（日）沼崎甚之著，袁飞译：《万国公法要领》（译书汇编社1903年版）；吴振麟著：《局外中立国际法》（战时国际法调查局1904年版）；廖维勋编：《平时国际公法》（1905年著者刊）；叶开琼编：《平时国际公法》（湖北法政编辑社1905年版）；张福光编：《战时国际公法》（湖北法政编辑社1905年版）；陈嘉令编：《战时国际公法》（湖北法政编辑社1905年版）；（日）绪方雄一郎讲述，熊开先编：《平时国际公法》（上海商务印书馆1906年版）；（日）绪方雄一郎讲述，赵象谦译：《战时国际公法》（上海商务印书馆1906年版）；湖北法政编辑社编：《战时国际公法》（同社1906年版）；程树德编：《平时国际公法》（上海普及书局1906年版）；谭传恺编：《平时国际公法》（政法学社1907年版）；陈鸿慈编：《平时国际公法》（天津丙午社1907年版）；金保康著：《战时国际公法及局外中立》（天津丙午社1907年版）；（日）有贺长雄著，严献章译：《战时国际公法》（东京清国留学生会馆1907年版）；（日）美浓部达吉著，熊范舆、金保康译：《战时国际公约》（天津丙午社1908年版）；（日）高桥作卫著，徐锴、郭思译：

[49] 程鹏：《清代人士关于国际法的评论》，载《中外法学》1990年第6期。

[46] 关于“普丹大沽口船舶事件”的详细经过，请参见前引王维俭：《普丹大沽口船舶事件和西方国际法传入中国》。

[47] 《筹办夷务始末》（同治朝），第26卷，第33页，第29-30页。

[48] 除了“普丹大沽口船舶事件”之外，清政府援引西方国际法成功维护中国权益的另一个例子是当时的“中秘条约事件”。即在中外订约之初，清政府既忽视保护中国的侨民，也接受了不少对中国不利的片面的最惠国待遇条款。而在1874年秘鲁派使来华要求订立商约时，中国政府则运用国际法知识，要求秘鲁先改善华侨的待遇，签订了《中秘会议专约》；又要求采取双方互利的平等的最惠国待遇，签订了《中秘通商条约》。参见杨泽伟：《近代国际法输入中国及其影响》，载《法学研究》1999年第3期。

《(最近)战时国际公法论》(国际法学研究社1908年版);马德润著:《中国合于国际公法论》(上海商务印书馆1908年版);杨年编:《国际公法》(成都探源公司1908年版);熊元襄、熊元翰编:《京师法律学堂笔记:平时战时国际公法》(顺天时报社1911年版);(日)中村进午著,陈时夏译:《战时国际公法》(上海商务印书馆1911年版)。〔50〕

以上国际法著作的特点主要有三:第一,绝大多数是译作,即使是有些中国人自己编的书,也都是基于外国国际法学家的讲义或著述;第二,前期翻译的主要是英、法、德等西方国家学者的作品,而后期则大多译自日本法学家的著作;第三,翻译引进国际法的指导思想是为了解决当时中国面临的政治危机,即主要是应对西方列强的以战争(武力)为后盾的各种外交冲突,故关于战时国际公法的著作占有很大的比重。

上述国际法著作的出版,基本上奠定了清末中国国际法的基础。一方面,关于国际法的框架体系得以确立;另一方面,西方国际法的基本制度、基本原则、思想观念和概念术语等也进一步深入中国法学界;此外,从开始翻译外国国际法著作到国人自己撰写国际法著作,中国在移植西方国际法的同时,开始了将国际法本土化的工作。这一点从中国人自己拟定的几部国际法著作如丁祖荫撰《万国公法释例》、王鸿年著《国际公法总纲》和马德润著《中国合于国际公法论》等几部著作中也可以看到。

八

《万国公法》的翻译出版,虽然在近代中国产生了巨大的反响,并由此引发了一场翻译引进西方国际法和国际法学的运动,出版了上述一大批成果,在中国初步奠定了近代国际法学科的基础。但中国国际法的成长道路,仍然是异常的艰难和痛苦的。

首先,中国政府尤其是清廷对国际法的各项原则还是半信半疑、矛盾摇摆的。一方面,清政府的官员在与西方国家办理交涉的实践中,逐渐认识到有必

〔50〕此外,该时期还出版了一些国际私法的书,主要有李广平编著:《国际私法》(译书汇编社1903年版);郭斌编:《国际私法》(湖北法政编辑社1905年版);刘庚光、肖鸿钧编:《国际私法》(政法学社1907年版);中村进午著,袁希濂译:《国际私法》(上海中国图书公司1907年版);傅疆编:《国际私法》(天津丙午社1907年版);仁和编:《国际私法》(上海群益书社1911年版)等几种。

要了解西方在调整国际关系方面的法律原则、规则和规章制度,如当时的重臣文祥,就曾向美国驻中国公使蒲安臣(Anson Burlingame)提出,希望他能“推荐一种为西方国家公认的权威性的国际法著作”。〔51〕清政府对外事务的总管奕訢在给同治帝的奏折中也称:“窃查中国语言文字,外国人无不留心学习,……往往辩论事件,援引中国典制律例相难。臣等每欲借彼国事例以破其说,无如外国条例,俱系洋字,苦不能识。……外国有通行律例,近日文士丁韪良译出汉文,可以观览。……检阅其书,大约俱论会盟战法诸事,……衡以中国制度,原不尽合,但其中间亦有可操之处。……臣等公同商酌给银五百两,言明印成后,呈送三百部到臣衙门,将来通商口岸,各给一部,其中颇有制伏领事官之法,未始不无裨益……。”〔52〕另一方面,清政府及其官员虽然在当时有限度地接纳了西方的国际法,但不相信国际法是支配国家之间关系的规则,认为它的用处只是在利用它作为“制服领事官”之法,或者可以用来“以备筹边之一助”。因此,为《万国公法》作序、对其大加赞赏的董恂受到了批评,被指责为讨好夷人。总之,国际法是外来的,与中国的体制不合。如果采用它,就意味着放弃中国传统的世界秩序和破坏朝贡制度,它被疑为一种陷阱。〔53〕

从西方列强的态度来看,也不是每个国家和所有要员都支持将西方国际法的知识传入中国的。当时,对丁韪良的翻译工作最为支持的是英国公使卡鲁士(F. Bruce)、英国受聘担任中国海关总税务司的赫德和美国驻华公使蒲安臣、美国驻上海领事乔治·西华德(George Seward)等,但当时美国代办和法国代办则对此项工作持否定乃至反对的立场,他们担心中国人懂得国际法就可能使其利用它来与西方列强进行有理有节的法律斗争,甚至会给西方国家带来各种麻烦。〔54〕

就中国的知识阶层而言,对西方国际法的传人也是持矛盾态度的。一方面,他们十分重视国际法,甚至也成立了国际法研究会,埋头于西方国际法作品的翻译和引进工作,孜孜以国际法的教育和传播事业,为创建中国国际法学科而呕心沥血、努力奋斗。另一方面,则是看着西方列强在高举着尊重各国主

〔51〕前引程鹏:《西方国际法首次传入中国问题的探讨》。

〔52〕《筹办夷务始末》(同治朝),卷二十七,第25-26页。

〔53〕前引王铁崖:《中国与国际法——历史与当代》。

〔54〕前引王维俭:《普丹大沽口船舶事件和西方国际法传入中国》。

权、互不干涉内政、互不侵犯他国领土、以和平方式处理国与国之间的纠纷等国际法的旗号之下，将一个个不平等的条约强加于中国人民头上，^[55]在中国侵占领土，夺取租借地，设立租界、划分势力范围，驻扎军队，剥夺关税自主权，控制铁路、邮电等事业，攫取各种经济特权。^[56]他们不时地发出疑问：这样的国际法公正吗？这样的国际法对中国人民有用吗？^[57]

在上述矛盾中，尤其令中国人痛苦和愤怒的是西方列强强加给中国人民头上的领事裁判权制度。一方面，按照西方国际法的原则，各主权国家地位平等，各自享有独立的司法权。另一方面，各西方国家又利用不平等条约，首先是英国（1843年《中英五口通商章程》），随后是美国、法国、瑞典、挪威、俄国、德国、葡萄牙、西班牙、丹麦、荷兰、比利时、意大利、日本、秘鲁、巴西、墨西哥等也都相继在中国建立了领事裁判权制度。^[58]按照该制度，华洋混合之民事案件，由中外官员各自调处；如调处不成，则由中外官员会同讯断；华洋混合之刑事案件，中国人由中国地方官按中国法律审断，外国人由各本国领事按其本国法律审断；纯粹外人案件，或外人混合案件，中国官员均不得过问。^[59]

领事裁判权制度严重损害了中国的司法权乃至整个主权，使西方国际法在中国的传播，以及中国正在形成的国际法，出现了严重的理论脱离实践的现象：国际法的理论要求尊重各国主权，而领事裁判权制度又损害着中国的主权。诚如我国著名国际法学家王铁崖所言：1842年以后西方列强强加于中国人民的不平等条约制度，破坏了中国传统的世界秩序观，但“它并未被以主权国家体系为基础的近代国际秩序所代替，而代替的是新的一种不平等条约的秩

[55] 从《万国公法》翻译出版，至1911年清王朝覆灭，各帝国主义国家又强迫中国与其签订了113个不平等条约和规章，从这些不平等条约和规章中获取各种特权的国家从原来的英、法、美等11个，进一步扩大为20个（增加了奥地利、意大利、西班牙、瑞士、巴西、墨西哥、秘鲁、日本、古巴等9个国家）。

[56] 杨泽伟：《近代国际法输入中国及其影响》，载《法学研究》1999年第3期。

[57] 中国近代著名启蒙思想家郑观应的一段话，可以说是这种心态的代表：帝国主义对中国人民的所作所为，“种种不合情理，公于何有？法于何有？”“由是观之，公法仍凭虚理。强者可执其法以绳人；弱者必不免隐忍受屈也。是故有国者，惟有发愤自强，方可得公法之益；倘积弱不振，虽有百公法何补哉？”（《盛世危言·公法》，1894年）。

[58] 吴昆吾：《不平等条约概论》，商务印书馆1933年版，第9-13页。

[59] 同上，吴昆吾书，第10-11页。

序。中国对外关系所适用的不是国际法原则和规则，而是不平等条约”。^[60]也就是说，对帝国主义列强而言，当时国际法的主要任务是保障和补充不平等条约的执行。^[61]正是在这样一种矛盾的、痛苦的心态下，清末中国的国际法艰难地向前迈进着。^[62]

九

尽管如此，《万国公法》的传播，中国近代国际法形成和发展的痛苦历程，仍然具有重要的启蒙意义，即一方面，它使中国人民认识到，“弱国无外交”，要做到国与国之间的真正平等，首先必须增强自己的国力，^[63]在当时，就是要推翻帝国主义的统治，包括废除其强加给中国人民头上的领事裁判权制度。

另一方面，西方国际法知识的传播，以及帝国主义者“只要中国建立起完善的法律制度，吾等可以撤除治外法权（领事裁判权）制度”的许诺，^[64]进一步激励着中国统治阶层和知识分子为健全中国的法制而努力。从一定程度上讲，1901年开始的清政府的修律活动，就是与此相关的一个步骤。

此外，《万国公法》的翻译出版，不仅将西方国际法尤其是主权意识引了

[60] 前引王铁崖：《中国与国际法——历史与当代》；李育民：《近代中国的条约制度》，湖南师范大学出版社1995年版，第6页。

[61] 前引杨泽伟：《近代国际法输入中国及其影响》。

[62] 关于清代官员及其学者对当时西方国际法的看法，详细请见前引程鹏：《清代人士关于国际法的评论》；夏泉：《试论晚清早期驻外公使的国际法意识》，载《江西社会科学》1998年第10期；刘悦斌：《薛福成对近代国际法的接受和运用》，载《河北师范大学学报（社会科学版）》1998年第2期；前引杨泽伟：《近代国际法输入中国及其影响》。

[63] 这一点处处曲从西方列强之意的清王朝最高统治者之一奕訢（1833-1898）都有深切的认识：“洋人之向背，莫不以中国之强弱为衡”，倘若我能自强，器利兵精，则中外可以相安无事，“否则，我无可恃，恐难保无轻我之心”。《筹办夷务始末》（同治朝）第25卷，第2页。

[64] 1902年9月5日签订的《中英续议通商行船条约》第12款规定：“中国深欲整顿本国律例，以期与各西国律例改同一律，英国允愿尽力协助，以成此举，一俟查悉中国律例情形及其审断办法及一切相关事皆臻妥善，英国即允弃其治外法权”。见王铁崖编：《中外旧约章汇编》，第二册，三联书店1959年版，第109页。

进来,促使中国自己国际法的诞生和发展,^[65]也将西方资产阶级的法律制度 and 法律观念引了进来,使长期生活在封建专制下的中国人民开始了解西方世界,懂得诸如民主、平等、自由、权利、法治、选举等重要政治和法律制度、观念,从而为接下来的“戊戌变法”、“辛亥革命”,以及轰轰烈烈的反帝、反封建运动奠定了政治法律基础。

略论民国时期中国移植国际法的理论与实践

民国时期是中国移植西方国际法并使其逐步本土化取得成功的重要时期,也是中国近代国际法形成和基本定型的时期。然而,对这一重要时期中国移植国际法的理论和实践进行研究的成果很少。故此,笔者不揣浅陋,对此课题作些探索,以帮助我们对近现代国际法发展的轨迹和规律的了解,并准确理解和把握现代国际法的基本内容和精神实质。

民国时期,中国移植西方国际法理论的工作有长足的进步。该时期,学术界一方面继续大量翻译引进西方国际法作品,继续撰写国际法论著。另一方面,在移植西方国际法理论的基础上,结合中国的国情,提出了自己的国际法体系和内容,从而初步形成了中国近代国际法的体系。

1912年中华民国建立后,虽然中国政局动荡不安,但法学界对移植西方国际法的热情并没有降低。在北洋政府时期,我国就推出了李大钊、张润之合译《中国国际法论》(今井嘉幸原著,健行社1915年版);陈锡畴、沈豫善编《国际重要条约》(镇江启润书社1913年印);宁协万著:《现行国际法》(商务印书馆1927年版)等作品。

国民党执政(1928年)以后,我国国际法研究的步伐明显加快。先后出版了Oppenheim著、陈宗熙译《国际公法之将来》(泰东图书局1928年版);周鲠生著《国际法大纲》(商务印书馆1929年版);高增麟编著《国际法概要》(世界书局1929年版);黄梦楼编《国际法大纲》(上海北新书局1929年版);彭学沛编译《国际法概论》(神州国光社1930年版);周纬编著《新国际公法》(上、下,商务印书馆1930年版);E. F. Read著、邓公玄译述《国际公法与国际关系》(亚细亚书局1931年版);盛沛东编《平时国际公法》(上海大东书局1932年版);李圣五编著《国际公法论》(上、下,商务印书馆1933年版)

[65] 马德润在其所著《支那帝国对于万国公法团体论》(上海商务印书馆1908年版)一书中的一段话,充分表明了《万国公法》中所阐述的国家主权意识对中国人的影响:“夫人之视吾支那也,竟有等之于半开化或未全开化之国家者。夫人之评定吾支那也,在万国公法之交际中实则不过一部分仅能依约章所载之点而可援用万国公法者也。而抑知为此说者,既不得偏据泰西一方文明之立点以为折衷,亦不得仅据政治上之关系而为定论也。势必即万国公法团体之原则,按诸法学之立点,大公至正,以定其位置果尔。吾知支那与万国公法一切之关系早已为法理中之所公认,即支那于泰西所谓万国公法团体者亦早升堂入室而无余蕴已”(该书第3页)。

等, 共达 30 余种。

抗日战争爆发后, 由于高校搬迁、研究机构压缩、生活动荡不安等诸多原因, 国际法理论研究有所停止。但即使这样, 从抗战开始至 1949 年新中国成立, 我国法学界仍然出版了一批有份量的国际法专著和译著。比较优秀的有崔书琴著《国际法》(上、下, 商务印书馆 1944 年初版); 张道行编著《国际公法》(正中书局 1945 年版); 卡内基国际和平基金会编辑, 吴泽炎译述:《国际公法的将来》(商务印书馆 1945 年版); 赵理海著《国际公法》(商务印书馆 1947 年版) 等。

上述国际法的论著和译著, 着力于将西方国际法的知识与中国的国情相结合, 从而构造了一个适合于中国法律教育和对外关系实践的国际法的基本体系。这一体系, 以周鲠生著《国际法大纲》和崔书琴著《国际法》为典型, 前者大体内容为:

导论, 涉及国际法的意义、国际法的性质、国际法的历史的发达、国际法的根据、国际法的渊源等。

本论, 卷上为实体法。第一编, 国际法的主体, 有国家、国家之基本权利、国家之责任等三章。第二编, 国际法的客体, 有领土、领土取得之方式、领土内外的法权等三章。第三编, 国际交涉, 有国际交涉概说、条约等两章。第四编, 国际交涉机关, 有国家机关、外交代表、领事、其他国际事务人员等四章。

卷下为程序法。第五编, 国际争议及其解决手段, 有国际争议、和平解决争议之方法、国际联盟与国际争议、国际争议解决之强迫手段等四章。第六编, 战争。有战争概说、战争法、中立法规、交战国与中立法间之权利义务、交战国对于中立商务之限制、战争之终局等六章。

附录有海牙国际争议和平解决条约、国际联盟规约、常设国际法庭组织法、关于战争及中立法规之国际文件等。

崔书琴的《国际法》一书在周鲠生上述书的体系的基础上, 进一步有所发展, 其大体内容为:

第一编, 绪论, 包括国际法的定义, 国际法名词的由来, 国际法的性质, 国际法的根据, 国际法的渊源, 国际法与国内法的关系, 国际法与国际法学的历史等七章。

第二编, 国际法人, 涉及完整的国际法人(主权国家)和不完整的国际法人(如被保护国、属国、委托领地、交战团体、叛乱团体、国际政治组织)等

两章。

第三编, 平时法, 涉及国家的基本权利与义务、生存权、独立权、平等权、管辖权、外交权、缔约权和国家责任等八章。

第四编, 争议法, 主要有国际争议的种类和解决的方法(和平的、次战争的如报复和经济封锁等)三章。

第五编, 战时法, 涉及战争的地位、定义, 战争法规, 战争的开始及效果, 战时敌人、敌产, 战争的目的与手段, 作战规则的制裁方法, 交战国的非敌意关系, 战争的终止与原状的恢复等九章。

第六编, 中立法, 有中立法的历史和现状, 中立法的意义和种类, 中立的开始与终止, 中立国与交战国的关系, 交战国与中立国人民的关系等五章。

附录有联合国宪章、国际法院规约等两部分。

以上两部著作, 都是当时我国著名大学国际法教学的教科书。前者的作者周鲠生是我国著名国际法学家, 时任北京大学、东南大学和武汉大学教授, 在当时已经十分出名, 该书于 1929 年初版后, 至 1935 年已出第三版。作者在序中说:“书中所述原则, 大抵依据西方先辈学者的著作, 不过偶尔参以著者自己的观念”。因此, 该教科书基本上是在吸收引进西方国际法理论体系和内容的基础上, 加以发展的产物。后者的作者是西南联合大学和北京大学的教授, 该书是这两所大学法科学学生的教材, 于 1944 年由商务印书馆出版后, 1947 年得以再版, 在当时也是很有影响力的。

除了对国际法的基本体系和主要内容作出研究之外, 民国时期还出版了一批关于国际法史和国际法学家思想、国际法庭以及关于国际法判例研究的专著, 著名者有胡愈之著《国际法庭》(商务印书馆 1928 年版); 郑麟同著:《国际司法问题》(商务印书馆 1936 年版); 曾友豪著《国际公法例案》(上海法学书局 1934 年版); 刘达人、袁国钦著:《国际法发达史》(商务印书馆 1937 年版) 以及寺田四郎著, 韩逋仙译《国际法学界之七大家》(商务印书馆 1937 年版) 等。

从以上几部国际法代表作的内容体系可以看出, 中国近代国际法, 至 30、40 年代已经基本定型, 近代西方国际法所涉及的如国际法的定义、性质、历史沿革和渊源, 国际法的主体、客体, 国际外交机关与外交程序, 国际争议的各种解决方法(和平的、战争的), 中立国与中立法规等等, 基本上都已包括在内。因此, 可以说中国至 20 世纪 40 年代, 移植西方国际法理论以及使其本土化的任务已经基本完成。至于在实践中如何使中国的国际法在世界上占有一

席之地,这与中国作为一个主权国家真正走向世界、平等地参与国际事务是联系在一起的。而这一点,既是一个痛苦和屈辱的过程,也是中国人民与西方列强进行抗争的历史过程。

二

作为一个屈辱和抗争的历史过程,民国时期中国移植适用国际法的实践,根据中国对外关系的发展,大体可以分为4个时期。

第一个时期,为北洋政府时期。1912年1月建立的中华民国,随后就被以袁世凯为首的北洋军阀所篡夺。北洋军阀为了求得西方列强的支持,实施对中国人民的剥削和统治,不仅继续承认清王朝与外国签订的一系列不平等条约,而且进一步出卖中国的各项主权,与帝国主义列强签订了新一轮的各种不平等条约。从而,使西方国际法的各项基本原则与其在中国的实践的固有矛盾进一步加深。

1913年4月26日,窃国不久的袁世凯为寻求帝国主义的经济支持,以武力消灭南方革命势力,与英、法、德、日、俄5国银行团代表在北京签订了《善后借款合同》,向该5国借款2500万英镑。该合同的结果,除了中国必须向该5国支付重利之外,还将盐税管理和征收的权利让与了外国。

1913年11月,袁世凯为了取得沙俄对其统治的援助和支持,与其签订了《中俄声明文件》,承认外蒙古“自治”,从而丧失了中国对外蒙古的主权。1915年11月,出于同样的目的,袁世凯政府又与沙俄签订了《中俄会议呼伦贝尔条约》,使沙俄在该地区攫取了采伐、开矿等许多特权。^[1]

1915年5月9日,袁世凯为了寻求日本政府对其称帝的支持,与日本签订了严惩损害中国经济、政治和军事主权的臭名昭著的“二十一条”。虽然,由于中国人民的强烈反对,“二十一条”最终没有能够充分实施,日本帝国主义的侵略野心未能完全得逞,但其对国际法原则的严重践踏已成事实。

1917年至1918年,以段祺瑞为首的北洋政府为实现其“武力统一”的野心,不惜以出卖国家主权来向日本借款,其数量达1.45亿日元(“西原借款”),而使日本攫取了在中国山东和东北地区经营铁路、矿产、森林等大量的

权益。与其同时,东北军阀张作霖,通过1916年8月的“郑家屯事件”和1919年7月“宽城子事件”,使中国在东北三省丧失了大部分军事主权。

以上各次外交事件或冲突,当时的中国人民和知识界曾强烈要求按照西方国际法上的准则来处理,维护中国应有的尊严和主权。但当时的中国统治者一方面慑于帝国主义的淫威,另一方面,则是为了自己的野心和私利,不敢依据国际法原则与帝国主义展开有理有节的外交斗争,最后终以忍让、屈服而了结。^[2]

在该时期中,最令中国感到难堪和愤怒的,是许多帝国主义列强根本无视中国政府的存在,背着中国签订了一系列剥削和压迫中国人民的不平等条约。其中最为重要者有1917年11月2日《蓝辛—石井协定》和1919年6月28日《凡尔赛和约》。前者是美国国务卿蓝辛与派往美国的日本特使石井菊次郎在华盛顿签订的,主要内容为日本尊重美国提出的“门户开放”政策,美国承认日本在中国所有的“特殊利益”。后者是第一次世界大战结束后,协约国与德国在法国巴黎凡尔赛宫签署的和平条约。当时,中国虽然也是“战胜国”之一,但帝国主义列强根本不将中国放在眼里,他们撇开中国政府的代表,将战前德国在中国拥有的特权交给了日本。

当然,在北洋政府时期,一方面是受国际法知识的普及的影响,另一方面是在中国人民反帝运动的压力下,中国政府也曾与西方列强作过抗争,提出过一些国际法上的主权要求,或者表示过不屈从列强的行动,如对于《蓝辛—石井协定》,由于中国政府的交涉,于1923年3月30日被废止。对于《凡尔赛和约》,中国政府的代表也拒绝在上面签字。但总的来说,由于中国当时积贫积弱,加上政府的腐败,该时期中国为实现国际法规定的各项原则而作出的斗争效果并不显著。

第二个时期,国民党执政前期(1927年至1937年)。从1927年国民党在南京成立中央政府起,至1937年“七七事变”日本大规模侵略中国为止,是国民党执政的前期。如上所述,该时期中国在移植西方国际法的理论,开展国际法学术研究方面取得了重大成果,但在国际法的实践方面并没有取得太大的进步,有些方面则反而退步了。即帝国主义尤其是日本帝国主义加给中国的不

[1] 《中俄声明文件》和《中俄会议呼伦贝尔条约》,由于俄国“十月革命”后苏联主动提出废除沙俄时代强加于中国人民的不平等条约的要求,而于1919年为中国政府所废除。

[2] 北洋政府时期为数不多的一次中国政府收回主权的是1927年2月19日英国被迫与中国签订的无条件将汉口、九江的英租界交还中国的事件。但这次事件的背景不是北洋政府的努力,而是在北伐军胜利北下、共产党领导武汉数十万人民群众的斗争以及武汉国民政府的努力下实现的。

平等条约进一步增加,殖民化的程度进一步加重。

1931年9月18日,由于蒋介石的不抵抗主义,日本侵占了东北三省;1932年5月5日,同样由于蒋介石的投降主义,日本通过与其签订《淞沪停战协定》,取得了在上海及其周边地区的驻军权;1933年5月31日,日本又通过与国民党政府签订《塘沽协定》,使后者在事实上承认了日本对东北三省的主权;之后,日本又通过1935年6月27日的《秦(德纯)土(肥原)协定》和1935年7月6日的《何(应钦)梅(津美治郎)协定》,攫取了华北大部 and 冀察地区的主权。日本侵略者的步步紧逼和中国主权的逐渐丧失,为日本帝国主义公然发动全面侵华战争提供了经济和军事基础。在这种中国与日本国力相差甚远、中国政府又不愿和不敢发动人民群众抗击的情况下,以尊重国家主权、强调国家之间地位平等、不干涉内政、不以武力解决国际争端的西方国际法原则,是没有办法在中国贯彻的。

第三个时期,抗日战争时期(1937年至1945年)。抗日战争爆发后,由于国民党政府立场的转变,中国共产党的先锋模范作用,人民群众的全力参与,以及西方英、美、法等同盟国需要中国一起参加对法西斯的战争,中国的国际地位开始上升。

一方面,该时期中外不平等条约的签订速度放慢,数量逐步减少。另一方面,在战争中中国与苏联签订的一些友好条约,标志着中国与世界上另一个大国的关系开始按照国际法的准则来处理。此外,在战争中中国开始以主权国家的身份,参与各种重大的国际活动(如与英、美、苏等三国发起创立联合国等)。这些,都为在理论上已经基本形成体系的国际法在中国的生长创造了一定条件。

第四个时期,解放战争时期(1945年至1949年)。该时期中国国际法的实践具有两重性。一方面,抗日战争胜利后,国民党政府为了筹措经费,准备内战,又开始以出卖国家主权的方式向美国靠拢,中国从由十多个列强控制变为由美国一个超级大国控制,国际法的原则在形式上被维持了下来,但在实践上,则仍然受到践踏。另一方面,经过第二次世界大战的洗礼,各国人民包括中国人民的民主意识和权利意识得到空前的提高,世界殖民主义体系也开始趋向崩溃,联合国的成立、联合国宪章的颁布实施,以及对战争罪犯的审判,加上中国在战争后作为战胜国之一,在国际舞台上扮演的角色也达到了历史上之最为重要的程度。这些,都有利于西方国际法理论与中国的社会实践相结合,也有利于学术界所构造的国际法体系能够与中国的外交活动相吻合。

三

纵观上述民国各个时期中国移植西方国际法的理论和实践,可以看出其具有3个方面的特点:

首先,移植国际法的面逐步扩大,从清末单纯的平时国际法、战时国际法研究,扩展到国际法庭,国际法的历史,国际法学家的思想,以及国际公法的判例的研究等。尤其是国际私法作为一个独立的法域开始登上中国历史的舞台。

国际私法,在西方,几乎是与国际公法同时诞生的,^[3]在古代罗马的万民法中,私法甚至发达得比公法要更早一些。但对于一向忽视国民个人权利和利益的中国来说,国际私法则是一个新鲜事物。在19世纪下半叶《万国公法》传入中国之时,清政府主要是为了对付西方列强的武力威胁和各种主权要求,所以比较注重于国际公法的移植。当时,虽然也出版了一些国际私法的著作,但数量不多,绝大多数是国际公法的作品。

进入民国之后,国际私法的著作开始大量在国内流行,推出了如周敦礼编《国际私法新论》(上海中华书局1931年版),王毓英编《国际私法》(商务印书馆1931年版),阮毅成编著《国际私法》(世界书局1933年初版,1944年再版),徐砥平著《国际私法》(上海民智书局1932年初版,1943年再版),陈顾远著《国际私法本论》(上、下,会文堂新记书局1933年初版,1943年再版),梅仲协编著《国际私法新论》(大东书局1944年版)等20余种。

从上述各种国际私法的专著和教科书来看,涉及内容为:绪论部分,主要阐述国际私法的性质、国际私法存在的条件和范围、国际私法的概念、国际私法和国际私法学的沿革、国际私法的法源等;总论部分,主要论述国籍、住所、外国人之地位、法律之抵触等;各论部分,涉及国际民法、国际商法、国际民事诉讼法、国际破产等。当时,比较国际私法的作品和国际私法判例方面的书籍也开始面世。前者如程树德的《比较国际私法》(上海华通书局1931年

[3] 国际私法(Internationales Privatrecht)的名称虽然迟至1841年才由德国学者谢夫纳(Schaffner)提出使用,但在英美等国广泛流行的国际私法的另一称呼“冲突法”(conflict of law)则是早在1653年就由荷兰学者罗登伯格(Rodenburg)提出并开始流行,而这与近代国际公法的形成时间大体上是一致的。参见韩德培主编:《国际私法》,武汉大学出版社1983年版,第35页。

版);后者如上海三民图书公司编辑的《国际私法实题举例》(该公司1949年版)等。

从当时中国国际私法的体系和内容来看,大多是抄袭欧美和日本的,以中国国情为主题原创性者不多。比如,1944年时任中央政治学校教授梅仲协编著之教科书《国际私法新论》,与民国初年(1913年)时出版的日本山田三良著《国际私法》(傅疆编译,天津丙午社版)一书,在体系、结构和内容上几乎没有什么区别。

其次,民国时期,虽然中国人民仍然生活在不平等条约制度之下,但从形式上看,中国政府的主权在逐步恢复,中国在国际事务中的地位也在不断上升和提高。这可以从民国时期中国开始与外国签订一些平等条约,领事裁判权制度的废止到最终撤除,中国以发起国的身份参与创立联合国,以及中国作为第二次世界大战后国际社会的成员之一平等地参加对国际战争罪犯的审判这4个方面显示出来。

第一,民国时期中国开始与外国签订一些平等条约。如1914年9月15日,中国与美国在华盛顿签署了《解纷免战条约》;1915年6月1日,中国与荷兰签署了《公断专约》;1921年5月20日,中国与德国签署了《中德协约》;1924年5月31日,中国与苏联签署了《中俄解决悬案大纲协定》;1925年10月19日,中国与奥地利签署了《通商条约》,1926年10月29日,中国与芬兰签署了《通好条约》;1929年9月18日,中国与波兰签署了《友好通商航海条约》;1930年2月12日,中国与捷克斯洛伐克签署了《友好通商条约》;1934年4月4日,中国与土耳其签署了《友好条约》;1937年8月21日,中国与苏联签署了《不侵犯条约》;1945年8月14日,中国与苏联签署了《友好同盟条约》等。^[4]

上述平等条约中,尤以1924年《中俄解决悬案大纲协定》对当时中国国际法的发展影响最大。该协定第3条规定:“两缔约国政府同意在前条所定会议中,将中国政府与前俄帝国政府所订立之一切公约、条约、协定、议定书及合同等项概行废止,另本平等、相互、公平之原则,即1919与1924两年苏联政府各宣言之精神,重订条约、协约、协定等项。”^[5]这一平等条款,对自鸦

片战争以来80余年饱受西方列强欺凌之痛苦的中国人民,对长期深感西方国际法的理论和中国的现实社会相脱节的中国法学界而言,都具有重大的鼓舞作用。他们都不同程度地看到了社会主义国家的崛起对建立新的国际秩序、形成平等和公正的国际法的希望。

第二,领事裁判权制度的废止。该制度自1843年英国利用《中英五口通商章程》首次强加于中国之后,比利时、丹麦、法国、德国、俄国、美国、葡萄牙、荷兰、挪威、瑞典、意大利、秘鲁、巴西、墨西哥和日本等也都相继在中国建立了领事裁判权制度。^[6]由于该制度严重侵害了中国的主权,损害了中国人民的利益,因此,自该权确立之日起,就遭到了中国人民的强烈反对。国民党成立之后,进一步将废除领事裁判权作为其奋斗的目标之一。

1924年1月31日,在孙中山的领导之下,中国国民党第一次全国代表大会在其宣言中,将废除一切不平等条约为国民党的目标之一,并在其政治纲领中规定一切不平等条约包括领事裁判权等应予取消。

1927年5月11日,南京政府发表“采取正当手续废除一切不平等条约”的宣言,之后,于1927年11月2日、1928年7月7日以及1931年5月17日又相继发表了内容大体相同的宣言。^[7]虽然,国民党政府的各次宣言收效甚微,但国民党政府的努力是持续的,也是执著的。

在要求废除领事裁判权的斗争中,呼声最大的是法学界的人士。当时,在各种国际法著作和教材中,法学工作者提起领事裁判权制度时,无不痛心疾首,一致谴责。如20年代末出任国民党政府司法院副院长的张继(1882-1947)在为国民政府外交部条约委员会专任委员、法学博士周纬所著《新国际公法》所写的序言中就指出:“国际公法者,世界所有民族均须一致遵守之条例也。惟其如此,故其间不容稍有泾渭之分,如领事裁判权,如租界租借地,如驻兵之权,均与国际公法之普及性质,不相符合,应在删除之列。”^[8]

领事裁判权制度也引起了有些外国人士的谴责和反对,尽管他们这么做的动机有的出于对中国人民的同情、友好,有的则是出于为他们本国之利益的考虑。前者最为典型者为曾在天津北洋法政专门学校执教的日本法学博士今井嘉

[4] 以上各条约的详细内容,请参见王铁崖编:《中外旧约章汇编》,第二册(三联书店1959年版),第三册(三联书店1962年版。)

[5] 前引王铁崖编:《中外旧约章汇编》,第三册,第423页。

[6] 吴昆吾:《不平等条约概论》,商务印书馆1933年版,第9-13页。

[7] 王铁崖:《中国与国际法——历史与当代》,载中国国际法学会主编《中国国际法年刊》(1991年),中国对外翻译出版公司1992年版。

[8] 周纬:《新国际公法》(上册),商务印书馆1930年版,序2。

幸，他在民国初年写了一篇论文《论撤去领事裁判权》。在文章中，今井嘉幸分析了领事裁判权的起源，以及其对中国主权的侵害，指出中国必将废除该项制度，并鼓励中国人民尤其是青年一代为此目标而奋斗。^[9]而后者则有1926年发表在《法律评论》第131期上的日本人柏田忠一的文章：“日本宜率先提创撤废对华领事裁判权论”。在该文章中，作者首先对领事裁判权作了猛烈的谴责：我在上海生活了10年，主稿《上海日日新闻》，并兼营律师业务，常出入“所谓会审公廨之国际法庭，因知中国现状。如正义之破坏，人道之蹂躏，以及社会组织之毁损，国民性之堕落，推厥原由，皆领事裁判权之厉也。以是余尝谓，不废领事裁判权，无以求中国”。作者接着详细论证了在各列强中，日本应率先提倡废除在中国的领事裁判权，这对树立日本在东方的领导地位和在国际社会中的良好形象是极具意义的。当然，这里，柏田忠一虽然是从日本的立场出发，^[10]提倡应率先废除在中国的领事裁判权，但其客观效果是对中国人民要求废除领事裁判权运动的一种支持和响应，是有积极的意义的。

第二次世界大战的爆发，给中国废除领事裁判权带来了契机。从1941年始，中国开始与英美两国进行取消这两个国家在中国的领事裁判权的谈判。太平洋战争爆发后，中国在对日、德、意战争宣言中声明与这些国家订立的一切不平等条约从此无效。1943年1月11日，中国进一步与英、美两国签订了取消领事裁判权的条约。随后，中国又与印度、比利时、卢森堡、挪威、加拿大、瑞典、荷兰、法国、瑞士、丹麦、葡萄牙等国签订了取消领事裁判权的条约。^[11]这样，至1947年1月，领事裁判权制度在中国基本上得以废除。^[12]

第三，中国以发起国的身份，与英美等国一起创建了联合国。联合国的建立有一个过程，而中国虽然没有参加所有的过程，但几次重要的事件，都是有中国代表参与的。如1942年1月在华盛顿签署的有英、美、苏、中等26个国家参加的反对法西斯的联合国家宣言，开始提出了“联合国家”的概念。1943

[9] 今井嘉幸：《中国国际法论》，李大钊、张润之译，健行社1915年版，附录。

[10] 这一点，柏田忠一在文章中表露的很是赤裸裸：“以应付欧美诸国而论，日本果欲于东洋未来之经济战争占据优势，并欲于世界舞台，以东洋盟主之资格，从人道上获得强有力之发言权。自应立于第一战线，首先提倡撤废东洋诸之领事裁判权。”

[11] 前引王铁崖：《中国与国际法——历史与当代》。

[12] 据笔者考证，事实上，在清末民初，领事裁判权制度已经衰落。当然，该项制度的全面的真正废除是1949年中华人民共和国成立之后的事情了。参见何勤华：《〈华洋诉讼判决录〉与清末民初社会》，载《中外法学》1997年第4期。

年10月，中、苏、英、美四国代表在莫斯科签署了四国普遍安全宣言，主张“在尽速可行的日期，根据一切爱好和平国家主权平等的原则，建立一个普遍性的国际组织，所有这些国家无论大小，均得加入为会员国，以维持国际和平与安全”。接下来，在提出建议案由中、法、苏、英、美5个常任理事国和6个非常任理事国组成联合国的1944年秋天的华盛顿巴顿橡树园会议、正式成立联合国的1945年4月至6月的美国旧金山会议上，中国都发挥了重要作用，并成为新建的联合国的核心成员之一。而联合国宪章以及联合国的活动发展了国际法则是世界各国公认的事实。

因此，中国作为发起国，在创建联合国的过程中，一方面承担了自己的国际义务，另一方面，也开始享有世界大国所应当享有的平等的国际权利，这在事实上提高了中国在国际社会中的地位，也进一步缩小了现代国际法原则与中国的国际法实践之间的距离，并为中国近代国际法的定型奠定了基础。

第四，中国开始以主权国家的平等身份，参与国际司法活动。在清末，中国不要说参与国际司法活动，就是自己的司法权，也受到了西方列强的侵犯（其突出表现就是上述领事裁判权）。进入民国时期，虽然，领事裁判权等不平等特权还强压在中国人民的头上，中国的国际地位不高，但由于中国人民的持续斗争，加上一部分先进的知识分子的努力，中国开始在国际法律事务尤其是国际司法活动中显露头角。

1921年，中国南京中央大学国际法教授周纬，当选为于1873年设立在比利时的国际法学院（Institut de Droit International）会员，随后，又出任中国驻国际联盟代表和秘书长之职6年，国际联盟通过的许多决议都出自周纬之手。^[13]1922年，荷兰海牙成立国际法庭，第一任法官为11人，副法官4人，中国的王宠惠是首任副法官之一。^[14]这些，虽然未能改变中国仍然还是弱国的地位，但毕竟向世界表明了中国人是可以参与国际事务，可以为世界和平发展、国际法的进步作出贡献的。

第二次世界大战结束后，为了清算国际法西斯势力，惩办战争罪犯，维护世界和平，为在战争中遭受蹂躏的世界尤其是远东各国人民伸张正义，根据

[13] 周纬：《新国际公法》（上册），商务印书馆1930年版，张我华序6。

[14] 胡愈之：《国际法庭》前言，商务印书馆1928年版。

1945年7月26日英、美、中三国签署的《波茨坦公告》第10条的规定,^[15] 1945年12月16日至26日召开的苏、美、英三国外交部长会议的决议,以及接着进行的苏、美、中、英、法、澳、加、新(西兰)、荷等国间的多次交涉,于1946年1月19日由盟军最高统帅美国将军麦克阿瑟(D. MacArthur, 1880-1964)签署命令,成立了由11个国家(即前述9个国家加上后来加入的印度和菲律宾两个国家)组成的远东国际军事法庭,对东条英机等28名日本甲级战犯进行审判。^[16]

在远东国际军事法庭中,中国法律工作者发挥了重要作用。中国方面的法官是梅汝璈(1904-1972),他1924年毕业于清华大学,4年后获得美国芝加哥大学法学博士,回国后任武汉大学、山西大学、中政大学、南开大学、复旦大学等校的法学教授,并长期担任中国政府立法院的委员之职,是一个法律专业知识扎实、充满了正义感的优秀法官。中国方面的检察官是向哲濬(1892-1992),他1917年毕业于清华大学,后入美国耶鲁大学和华盛顿大学攻读法学,1925年回国后,先后出任北京大学法学教授、司法部和外交部秘书、苏州地方法院院长等职,也是一个优秀的国际法学家。当时协助梅汝璈和向哲濬工作的中国方面的国际法学家还有法官助理杨寿林(1912-?)、检察官顾问倪征(1906-)和检察官助理裘劭恒(1913-)等人。他们在收集日本战犯的罪证、对其定罪量刑、起草判决书、敦促判决的执行等各个方面,都发挥了积极有力的作用。可以说,东条英机、土肥原贤二、武藤章、松井石根、坂垣征四郎、广田弘毅、木村兵太郎等7个人最终被判处死刑,参加远东国际军事法庭审判的上述中国方面的法律工作者的作用是至关重要的。^[17]

远东国际军事法庭对日本甲级战犯的审判,以及中国法律工作者在法庭上的出色表现和重要作用,大长了中国人民的志气,大灭了帝国主义的威风。自1840年鸦片战争以来中国人民所遭受的种种耻辱到此时第一次在法律上获得了昭雪。中国在国际社会中的地位也开始受到关注,作为一个主权国家中国的国际法主体资格也得到各国的承认。虽然,由于美国、澳大利亚等国法官的妥

协干扰,以及国民党的软弱退让,许多本来应该判决死刑的日本战犯逃脱了法庭的惩罚,但东京审判的历史意义尤其是对中国近代国际法的确立所起的作用仍是十分巨大的。^[18]

再次,民国时期中国移植西方国际法在理论和实践方面所获得的初步成功,其根本原因在于中国人民持续不断地反对帝国主义的斗争。比如,1915年,袁世凯政府之所以不敢公开实施丧权辱国的“二十一条”,就在于当时中国各界人民的强烈反对;又如,1919年6月,中国政府的代表敢在《凡尔赛和约》上拒绝签字,相当部分原因也是以“五四运动”为代表的当时中国人民反抗帝国主义和北洋军阀卖国的斗争。再如,东京审判之所以能够顺利进行,以及将东条英机等人送上断头台,也是由于中国人民在中国共产党的领导下,在近代史上第一次打赢了一场反侵略战争——抗日战争,中国作为第二次世界大战的战胜国,理所当然地可以参加对战争罪犯的审判。而在中国废除领事裁判权的整个过程中,其背后的中国人民不屈不挠的抗争,始终是一个重要的不可或缺的基础。

因此,民国时期中国移植西方国际法的历史,既是一个屈辱的、痛苦的理论与实践相分离的过程——西方国家在理论上所阐述的国际法原则和他们在实际上所做的往往不一致,也是一个中国人民逐步觉醒、持续与帝国主义抗争、使中国的国际地位不断提高,使国际法上主张的各项原则在中国有一个实施基础,从而使国际法理论和实践日益结合,使移植过来的国际法原则逐步本土化的过程。“弱国无外交”、“自己的权利要靠自己争取”、“世界的和平要靠世界人民自己来维护”等等,这些就是中国近代国际法形成的经验,也是近代国际法的基本内容的精神实质。

[15] 该条内容为:“我们无意奴役日本民族或消灭其国家,但对于战犯,包括虐待我们俘虏的人在內,将处以严厉之法制制裁”。引自《远东国际军事法庭判决书》,张效林译,五十年代出版社1953年版,第2页。

[16] 余先予、何勤华:《东京审判始末》,浙江人民出版社1986年版,第8页。

[17] 关于梅汝璈等人的事迹,详细请参见前引余先予、何勤华:《东京审判始末》,第19-21页;关于东条英机等7人的死刑执行情况,参见同上书,第123页。

[18] 余先予、何勤华:《东京审判始末》,第156页。

50年代后中国对苏联国际法的移植

1949年新中国的成立，标志着中国在外交活动和国际法的发展方面进入了一个新的时代。与民国时期不同，新中国高层领导人提出了对建国初期国际法发展有重要指导意义的4项原则。

首先，“另起炉灶”，即不承认国民党政府同各国建立的旧外交关系，而要在新的基础上同各国另行建立新的外交关系。如上所述，由于旧中国积贫积弱，在100余年中历届政府受帝国主义的欺侮与压迫，签订了许多不平等条约，割地赔款，丧权辱国。新中国的外交要求坚决反对旧的屈辱外交，在相互尊重主权与领土完整、平等互利的基础上建立新的外交关系。而新中国的成立，也为我们实行“另起炉灶”创造了前提条件：我们彻底废除了帝国主义强加于中国人民的一切不平等的条约，从一个半殖民地半封建国家成为一个人民当家作主的、民主自由的独立国家，这些，都为中国成为一个国际法的平等主体，积极参与国际各项事务，为新的国际法秩序的建立作出贡献奠定了基础。

其次，“彻底废除伪法统”。1949年2月，在毛泽东主持制定的《中共中央关于废除国民党六法全书与确定解放区司法原则的指示》中，明确宣布与旧法统（当然也包括民国时期的国际法的理论研究和实践活动）彻底决裂，开始创建革命法制包括国际法制的工作。这样，自清末始已经进行了80余年的移植西方国际法的进程不得不中止，中国脱离了以西方发达国家为主体的国际法律体系。

再次，“打扫干净屋子再请客”，即“先把帝国主义在中国的残余势力清除一下”，再来建立外交关系。中国革命胜利后，“帝国主义的军事力量被赶走了，但帝国主义在我国百余年来经济势力还很大，特别是文化影响还很深”，而且帝国主义总想保留一些在中国的特权，并钻进来利用他们在经济文化上的

影响进行捣乱。因此，在建立外交关系之前先把屋子打扫干净，以免“留下它们活动的余地”。〔1〕

最后，“一边倒”，即倒向社会主义阵营。毛泽东在1949年6月30日所发表的《论人民民主专政》一书中，明确指出，总结中国共产党28年来的经验，“深知欲达到胜利和巩固胜利，必须一边倒”。即在国际事务中，必须“联合苏联，联合各人民民主国家，联合其他各国的无产阶级和广大人民，结成国际统一战线”。〔2〕向社会主义阵营的“一边倒”，实际上就是倒向苏联，以苏联为坚强后盾，在重大的国际事件中与苏联保持一致。其结果，就是从建国后至50年代中叶，中国国际法的理论和实践进入了全方位向苏联学习的阶段。

上述4项原则的全面贯彻，虽然使新中国的国际法发展出现了一个与前一时期明显不同的新的趋向，即中断了移植西方国际法的进程，步入了移植苏联国际法的道路，但就法的移植而言，中国仍然在移植外国国际法的道路上前进，只是移植的对象发生了变化。当然，此时的中国，已不像民国时期那样只是被动地、屈辱地周旋于西方列强之间，寻求一隙发展的空间。而是一个有着在当时占世界上四分之一的人口的大国，是一个与世界上广大发展中国家建立起了广泛联系的国家，是一个在世界政治、经济、军事发展事务中享有发言权的国家。因此，中国在全方位移植苏联国际法的同时，也开始主动提出或与其他发展中国家一起提出国际法的基本原则，在建立和维护国际法律新秩序中发挥了自已的重要作用。

中国实施上述4项原则，以及移植苏联国际法的理论与实践，是在新中国成立前后特定的远东乃至国际经济、政治和军事背景下展开的。

第二次世界大战结束后，美国等西方帝国主义国家帮助、扶植国民党政府进攻共产党政权的严酷现实，近100年来西方列强欺压、凌辱中国人民的历史，以及中国共产党人所奉行的与西方国家所对立的共产主义的理想、价值观和意识形态等，决定了由中国共产党人领导创建的新中国不可能马上与美国等西方国家发展关系，而只能靠向以马克思列宁主义为指导思想的世界上第一个

〔1〕王绳祖主编：《国际关系史》，第8卷，世界知识出版社1995年版，第5页。

〔2〕《毛泽东选集》，第4卷，人民出版社1991年第2版，第1472-1473页。

社会主义国家苏联——虽然在第二次世界大战结束至新中国成立这段时间，苏联的对华政策存在着明显的大国沙文主义和民族利己主义的错误，存在着对美蒋力量估计过高、对中国人民革命力量估计过低的短见，存在着谋求在中国东北的特权和经济军事利益的非分之心，但苏联仍然对中国共产党领导的人民革命力量给予了巨大的支持，对美国的侵略野心进行了抵制，对新生的共产党政府给予了承认，立即与之建立正式的外交关系。因此，新中国成立后，中国在外交事务中向苏联一面倒，是当时形势发展的必然选择。

1949年12月6日，毛泽东从北京乘火车启程赴莫斯科访问苏联，至1950年2月底回到中国，历时近3个月，开创了现代国际关系史上大国领导人访问外国时间最长的先例。在苏联期间，毛泽东（包括后来赶去的周恩来）与斯大林等苏联领导人进行了多次会谈，取得了重大的成果，双方于1950年2月14日签署了《中苏友好同盟互助条约》，其要点为：

(1) 双方保证共同尽力采取一切必要的措施，以期制止日本或其他直接间接在侵略行为上与日本相勾结的任何国家之重新侵略与破坏和平。

(2) 一旦缔约国任何一方受到日本或与日本同盟的国家之侵袭，另一方即尽其全力给予军事及其他援助。

(3) 缔约国双方不参加反对对方的任何同盟。

(4) 双方根据巩固和平和普遍安全的利益，对有关中苏两国共同利益的一切重大国际问题，均将进行彼此磋商。

(5) 双方保证以友好合作的精神，并遵照平等、互利、互相尊重国家主权与领土完整及不干涉对方内政的原则发展和巩固两国之间的经济与文化联系，彼此给予一切可能的经济援助，并进行必要的经济合作。^{〔3〕}

《中苏友好同盟互助条约》的签订，既是新中国成立后中国以平等的国际法主体积极参与重大国际事务的第一次实践活动，也是中苏在重大国际问题保持步调一致、为第二次世界大战后国际新秩序的创立共同作出贡献的开端。在随后的结束朝鲜战争、参与朝鲜南北和平谈判、签署停战协定（1953年7月27日）的活动中，在和平解决印度支那三国（越南、柬埔寨、老挝）问题的日内瓦协定书的签订（1954年7月21日）方面，中国与苏联都保持了比较一致的立场，从而为东南亚地区的和平与安全作出了贡献。

“另起炉灶”、“废除伪法统”、“一边倒”，以及《中苏友好同盟互助条约》的签订、中国与苏联在重大国际事务中保持一致的立场，不能不使新中国移植苏联国际法的活动变得活跃起来，这首先表现在中国认同了苏联学术界创立的以列宁和斯大林关于国际法的学说作为参与外交活动和从事国际法理论研究和实践活动的指导思想。这方面特别提及的是如下几件事。

1950年10月，中国翻译出版了由F·I·柯席乌尼科夫编著的《斯大林论现代国际法的基本原则》一书。^{〔4〕}该书收了两篇长文，即柯席乌尼科夫的《斯大林论现代国际法的基本原则》和M·I·沙拉洛夫的《斯大林论不干涉国家内政与国际干涉的概念》。此二文都是对斯大林有关国际关系和外交活动意见的阐述。前者具体论及苏维埃外交的特性，国家与法律主体问题，国家的承认问题，民族自决与国家主权，不干涉他国内政问题，国际条约问题，苏联与国际合作问题，关于战争问题等。后者在阐述马克思和列宁关于国际干涉的理论的基础上，重点论述了斯大林关于国际干涉的观点以及其对马克思列宁主义的贡献：“斯大林同志对国际干涉的意见，乃是马克思主义创造性的示范，乃是在新情况与腐朽的帝国主义条件中，马列主义论干涉法则的最进步的发展和深入。”^{〔5〕}

1961年，世界知识出版社依据俄文版《列宁论国际政治和国际法》一书的体例和内容，将该书中涉及的列宁的所有文章，从中译本《列宁全集》中抽出来，编成中文版《列宁论国际政治和国际法》一书，以提供给学术界和法律教育界。该书共收录列宁关于国际政治和国际法的论著（包括摘要）148篇，其中许多论著都是非常重要的，如《中国的战争》、《沙皇的和平》、《巴尔干和波斯的事变》、《意土战争的结局》、《巴尔干人民和欧洲外交》、《资产阶级的国际政策》、《落后的欧洲和先进的亚洲》、《世界政治的转变》、《民族和殖民地问题提纲初稿》、《共产国际第三次代表大会（讲话）》等。

在以上文章中，列宁重点论述了如下几个问题：

〔4〕 钱克新译，世界知识社出版。

〔5〕 [苏] F·I·柯席乌尼科夫编著：《斯大林论现代国际法的基本原则》，世界知识社1950年版，第35页。

〔3〕 参见《中央政法公报》，第4-5合刊，1950年3月15日。

(1) 由于资本主义的商品经济是超越国界的, 因此, 资本主义国家需要国外市场, 这具有历史的进步性, 我们不能简单予以否定, 而应当积极参与。^[6]

(2) 各民族一律平等, 各民族应当有自决权, 在国与国交往中, 必须坚决反对民族压迫和民族剥削。^[7]

(3) 社会主义国家在对外事务中, 必须坚决维护世界和平, 反对帝国主义的侵略。侵略战争是违反国际法的犯罪行为。社会主义国家应当与资本主义国家中热爱和平的人民团结起来, 共同反对帝国主义的侵略行为。^[8]

(4) 资本主义时代的特征是资本输出, 是资本的垄断性和国际性。世界已经为少数国家所瓜分, 资本主义时代的国际关系实质上是掠夺弱者的关系, 资本主义国家奉行的是实力政策, 而帝国主义战争是检验其实力的方式, 因此, 帝国主义是战争的根源。^[9]

(5) 国与国之间不分大小, 都应该平等相处, 遵守国际公法和惯例, 反对一国干涉他国的内政。^[10]

(6) 帝国主义国家往往背着世界人民秘密地缔结条约, 而这种性质的条约往往是不平等的、掠夺性的, 它只是帝国主义之间的分赃协议而已。因此, 社会主义国家必须坚决反对这种条约, 而在平等的基础上与其他国家签订条约。^[11]

(7) 由于社会主义国家处在资本主义国家的包围之中, 也由于社会主义道路的长期性和艰巨性, 因此, 社会主义国家应当也必须与资本主义国家和平共处, 并适应国际形势的变化, 而灵活调整自己的策略, 运用维护和平和抵制侵略战争这两手, 以发展自己。^[12]

上述列宁和斯大林关于国际法的基本理论, 不仅成为当时苏联处理国际事务的指导思想, 也极大地影响了中国国际法的理论和实践。50-60年代中国在对外政策方面的一系列原则, 如独立自主、自力更生, 和平共处五项原则, 国家不分大小强弱一律平等, 反对帝国主义和霸权主义以维护世界和平, 反对

[6] 《列宁全集》, 第3卷, 人民出版社1959年版, 第43页。

[7] 《列宁全集》, 第20卷, 第456页; 第33卷, 第115页。

[8] 《列宁全集》, 第4卷, 第334页, 第338页; 第8卷, 第246页。

[9] 《列宁全集》, 第21卷, 第320页; 第24卷, 第240页。

[10] 《列宁全集》, 第18卷, 第364页; 第24卷, 第304页; 第33卷, 第115页。

[11] 《列宁全集》, 第23卷, 第209页; 第24卷, 第350页; 第27卷, 第183页。

[12] 《列宁全集》, 第30卷, 第200页, 第414页。

帝国主义的侵略和战争包括局部战争, 积极开展与广大第三世界国家的团结和合作, 利用帝国主国家之间的矛盾开展与对我友好的西方发达国家的经济、政治和文化方面的交流, 等等, 可以说都是在上述列宁和斯大林的思想的影响下提出来的。

四

50年代以后的中国, 不仅在从事国际政治和国际法的指导思想上, 全盘照搬了苏联的理论, 确立了列宁和斯大林的学说的领导地位, 而且在理论研究上也全面移植了苏联的国际法研究成果。从现在所能见到的材料来看, 50-60年代中国出版的国际法的研究论著, 几乎都是苏联学者的成果。

如人民出版社于1951年出版了《国际公法研究提纲》一书, 就是由中国人民大学研究部编译室翻译的苏联学者弗·依·柯席夫尼可夫(和前述F·I·柯席乌尼科夫应是同一人)的国际法著作。它一共有12题, 内容分别为国际法的对象、渊源与体系, 国际法与国际法科学的历史, 主权国为国际法的主体, 国际法上的人民, 国际法上的领土, 国家外交机关, 国际条约, 国际机关与国际组织, 国际关系上各专门问题的国际协定, 国际法上解决争端的方法, 战争与国际法, 苏联争取本国国境安全以及争取国际和平的斗争的国际法规范。该书虽然篇幅不大, 但现代国际法的一些基本问题都已经包括在内了。

1955年10月, 法律出版社将《苏联大百科全书》中的国际法和国际私法部分翻译成中文, 单独出版了《国际法、国际私法》一书。^[13]该书虽然篇幅很小, 只是两个词条, 但其以马克思列宁主义法学观为理论基础, 对国际法和国际私法的历史、基本原则、渊源、对象、本质、内容, 以及资本主义和社会主义两种不同类型的国际法和国际私法的区别作了较为全面的阐述, 对当时中国的国际法学界产生了不小的影响, 成为新中国国际法和国际私法概念的经典表述。

1956年2月, 法律出版社又编辑出版了《现代国际法上的基本问题》(国际法论文集第一集), 里面收录的21篇论文全是苏联国际法学者的作品。这21篇论文涉及的主题有: 斯大林关于国际法的基本观点和基本原则, 国际法上的

[13] 其中, “国际法”部分的作者是E·A·柯罗文, “国际私法”部分未署作者名, 两者都由王庶翻译。

主体、主权和不干涉原则，国际法上的领土问题，国际条约的理论与实践，国际法与国际组织，（社会主义和资本主义）两种制度的和平共处是现代国际法的主要基础，联合国的活动与现代国际法的发展，等等。

应该说，上述文章还是有理论深度的。其中，“苏维埃国家和法”杂志社论：“两种制度的和平共处是现代国际法的主要基础”一文，详细阐述了斯大林在这个问题上的原则立场，即斯大林认为，现代国际法的任务，就是保障属于两种社会经济制度——社会主义和资本主义——的各国和平共处与合作。斯大林指出：“如果有着互相合作的愿望，有着履行所承担的义务的意愿，并且平等与不干涉他国内政的原则得到遵守，那么资本主义与共产主义的和平共处就是十分可能的。”^[14]同时，斯大林还对实现这一可能性的具体途径作了详细论述。文章在阐述斯大林上述观点的基础上，对合作的意愿、承担义务的意愿、遵守平等原则以及不干涉内政原则等一一作了阐述。不容否认，斯大林的这一思想，以及该社论对这一思想的阐述，对中国后来国际法的理论和实践的走向，都有着巨大的影响，可以说，两种社会制度的和平共处原则，后来就成为中国国际法和国际关系的基本准则。

1958年，世界知识出版社编辑出版了《苏联国际法论文选》一书，作为上述法律出版社出版的《现代国际法上的基本原则和问题》一书的姊妹篇。该书在后者的基础上，进一步收录了伊·格·敦金等苏联国际法学者撰写的17篇论文，其中涉及的课题有：和平共处与国际法，纽伦堡判决书的原则与国际法，国际法上保证一词的概念，论战争结束后战前条约的效力，国际条约对第三国（非缔约国）的效力，国际条约中的保留问题，国际行政法庭判决的法律效力，国家对上空的主权，现代国际法上国际组织工作人员的豁免问题，领水法律制度的基本问题，帝国主义时代的海洋自由，南极洲和北极区域的法律地位问题。该论文集对当时帝国主义国家破坏国际法的行为也进行了批判，如它收录了帝国主义国家对遵守国际条约原则的破坏，美国对海洋自由原则的破坏等两篇文章。此外，该书还编辑了附录：苏联国际法论文编目（1946—1957），从而增加了该书的资料性和学术价值。

就50年代中国国际法研究的总体情况而言，中国学者自己的成果甚少，民国时期已经成名的一些国际法学者，如周鲠生、李浩培、赵理海、王铁崖

等，在50—60年代基本上也没有发表有份量的新的成果（当时的国情也不允许他们发表这类成果）。^[15]因此，因移植西方国际法的中断而造成的空白，就由苏联的国际法论著来填补了。^[16]即使是中国学者在阐述自己的理论观点时，所依据的也往往是苏联国际法学界的学说。这方面的突出例子，是杨兆龙关于国际法的阶级性问题的观点。

杨兆龙于1956年12月在上海《华东政法学报》上发表了轰动当时学术界的一篇论文：《法律的阶级性和继承性》。文章在讨论国际公法有无阶级性时，阐述了如下观点：

国际公法乃是从各国之间的合作与斗争中成长起来的，它的规范是国际合作与斗争的一种结果。合作的结果必然意味着各方意志一致；斗争的结果有时意味着各方由互相让步而归于意志一致。从这个角度来看，我们可以说，国际公法是国际社会里各国统治阶级在国际合作及斗争的过程中意志一致的表现。因此，国际公法具有阶级性，但这种阶级性不一定表现在它的规范本身，而主要地表现在各国对规范的实际运用或从规范所获得的或预期获得的利益。

杨兆龙的这一观点，在当时是非常大胆，也非常有见地的。但是支撑他的观点的主要理论依据是苏联学者柯谢尼柯夫、李索夫斯基等人的国际法学说。^[17]我们知道，杨兆龙是在美国哈佛大学获得的法学博士学位，并在德国柏林大学进行博士后研究的，他虽然也懂俄语，但其法律素养应当是美、德西方资产阶级的，连他在法学研究中都受到了如此深的苏联的影响，当时的其他

[15] 此点，笔者想以李浩培先生为例作些说明。李先生在40年代就因勤奋著述、连续发表《权利能力的准据法》（《中华法学杂志》第4卷第5期）、《国际私法中之反致与转致的问题》（《中华法学》第3卷第6期，1944年）、《国际私法中的公共秩序问题》（《中华法学》第4卷第1期，1945年）、《19世纪的国际私法学》（《新法学》第1卷，1948年）、《国际私法中的当事人本国法主义》（《新法学》第1卷第3期，1948年）等一系列有分量的论文而蜚声国际法学界，但在新中国建立后的50—60年代，时值中年的李先生却没有发表多少成果，仅有的一二篇也都是应时性的，并无理论研究的深度，如《美轮撞沉新安轮的法律问题》（《新建设》第2卷第6期，1950年）、《国有化与国际法》（《政法研究》1958年第2期）等。他在该时期写作的有分量的几篇佳作，如《华侨的概况及其国籍问题的研究》（写于1950年）、《社会主义国家的国籍法的原则》（写于1958年）等，均没有能够公开发表，一直到2000年10月法律出版社出版《李浩培文选》一书时，才将其收入其中。

[16] 王铁崖先生的情况特殊一点，他于50—60年代出版的《中外旧约章汇编》（三联书店版），具有很高的学术和史料价值，也是王先生的代表作，但编写的动机和环境却仍是政治性的，即是为当时中国的外交政治服务的。

[17] 杨兆龙：《法律的阶级性和继承性》，载《华东政法学报》1956年第3期，注1、注2。

[14] 参见《现代国际法上的基本原则和问题》（国际法论文集第一集），法律出版社1956年版，第19页。

学者的研究成果也就可想而知了。

五

在国际法律教育方面,此时,基本上也是苏联国际法教科书的一统天下。

在中国国际法教育的重镇中国人民大学法律系,50年代国际法教学中,尚无中国学者自己编写的教材。当时该系使用的,主要是苏联学者编写的国际法教材。^[18]就是教学参考用书,也是如此。如1951年,中国人民大学国际法教研室就将苏联法律科学博士柯罗文编写的《现阶段的国际法》作为国际法学习参考资料之一,印发给学生。

当时中国国际法教育的另两个重要基地国际关系学院和北京大学法律系,使用的也是苏联的国际法教材。1961年,国际关系学院和北京大学国际法教研室联合,将由苏联科学院院士E·A·柯罗文等8位国际法学者编写的《国际法》一书译成中文,由世界知识出版社出版,作为本科生的教材。由于该教材是苏联高等教育部综合大学、经济及法学高等院总管理局批准为苏联法学高等院校教科书,因此,除了北京大学和国际关系学院之外,也被中国其他的高校采纳为国际法教材或教学参考书。

苏联国际法教材的影响不仅表现在直接被采用为中国大学生的教材上,而且也表现在后来中国学者自己编写的教材也全方位地吸收了苏联国际法教科书的体系和内容,即使在粉碎“四人帮”之后的70年代末80年代初,情况也一样。这一点,只需比较一下中苏两国国际法的教材即可看出。

苏联科学院法律研究所编全苏高校统编教材《国际法》:

第一章,国际法的概念、渊源和体系

第二章,国际法及国际法学的历史

第三章,国际法的主体

第四章,国际法上的居民问题

第五章,国际法上的领土(包括领水)

第六章,条约

第七章,国家对外关系机关

[18] 笔者曾就此事询问过50年代初毕业于中国人民大学法律系的北京大学法学院由嵘教授,他回忆说,当时上国际法课时所使用的国际法教材和辅导材料,均来自于苏联。

第八章,国际组织(包括国际会议)

第九章,和平解决国际争端

第十章,战争法规和惯例^[19]

吉林大学法律系国际法教研室编本科生教材《国际法讲义》(上下册):

第一章,国际法的概念、渊源和体系

第二章,国际法与国际法学的历史

第三章,国际法的基本原则

第四章,国际法的主体

第五章,国际法上的居民

第六章,国际法上的领土

第七章,海洋法

第八章,宇宙法

第九章,国家外交关系机关

第十章,国际条约

第十一章,国际会议与国际组织

第十二章,和平解决国际争端

第十三章,战争与和平法^[20]

这里,除了比苏联的《国际法》增加了第三章国际法的基本原则、第八章宇宙法之外,其他体系内容几乎完全一样(第七章海洋法,在苏联的教科书中,被包含在第五章领土之中)。与此同时,中国人民大学国际法教研室编写的教材《国际法》(校内用书,1984年2月印发)教材的体系和内容,也与此大体相同。^[21]

[19] 参见《国际法》,世界知识出版社1961年版,国际关系学院翻译组、北京大学国际法教研室合译自莫斯科1957年俄文版。

[20] 参见《国际法讲义》,高树异、吴琦、李春福编,吉林大学法律系国际法教研室1981年印发。

[21] 该教材的体系为:第一章,导论。涉及国际法的概念,国际法的渊源,国际法与国内法的关系,国际法与国际关系、国家对外政策,国际法的编纂,国际法的作用;第二章,国际法的基本原则;第三章,国际法的主体;第四章,国际法上的居民;第五章,领土;第六章,海洋法;第七章,国际航空法和宇宙法;第八章,外交领事法;第九章,国际条约法;第十章,国际组织;第十一章,和平解决国际争端;第十二章,战争法。

六

60年代中叶以后,中苏关系公开破裂,中国在外交上进一步走上了独立自主的道路。但是,由于意识形态的一致性,由于当时国际关系中冷战局面的持续,中国的国际法理论和国际法实践基本上延续了50年代的传统,以马克思、列宁的学说为指导、以苏联国际法理论为基础确立的国际法的框架体系没有实质性的变化。换言之,经过50-60年代中国对苏联国际法理论的全面移植,苏联的国际法在中国已经扎下根。除了一些具有中国特色的国际法原则和理论如和平共处五项原则、三个世界的理论、反对两个超级大国的霸权主义等之外,其他主要的内容基本上都是苏联的东西。^[22] 中国在国际法的理论和实践中,进一步创造自己的经验,摆脱苏联的影响,并日益跟上整个世界发展的潮流,是70年代末在内部全面实行改革开放、打开国门,在外部建立起与美国等发达国家的合作关系,重新恢复在联合国的席位,加入各种国际公约之后的事情了。

第六章 百年法律移植之反思^[1]

【按语】 以上五章,我们分别从宪政、民商法、刑法、司法制度和国际法角度,对中国100年移植外国法律的历史过程作了回顾和总结。这当中,已经可以得出若干关于法律移植的带有规律性的结论。本章在此基础上,进一步从历史和现实角度,对法律移植问题作一些纯理论的分析,以使我们对上述法律移植的百年历程有一个更加宏观、更为理性的认识,从而更加自觉地投身于建设21世纪中国法制和法学的活动中去。

法律移植是国内外学术界讨论比较热烈的课题。^[2] 认为法律移植不可能者不少,如法国启蒙思想家孟德斯鸠就曾说过:“为某一国人民而制定的法律,应该是非常适合于该国的人民的;所以如果一个国家的法律竟能适合于另外一个国家的话,那只是非常凑巧的事。”^[3] 美国学者罗伯特·塞德曼(Robert B. Seidman)与其夫人安·塞德曼进一步强调“法律不可移植规律”,宣称“从一个地方到另一个地方移植法律,这种世界性的经验表明,由于法律所引起的行为具有高度的时空特定性,被移植的法律在它的新移植地通常不能成功地再产

[22] 事实上,和平共处五项原则、反对霸权主义乃至将世界划分为先进与落后、富裕与贫穷的思想,在列宁的思想中也已经存在。此外,和平共处五项原则中的前四项即互相尊重国家主权与领土完整、互不侵犯、互不干涉内政、平等互惠,在《中苏友好同盟互助条约》的第3条和第5条中已经有了规定,该第3条内容为:“缔约国双方均不缔结反对对方的任何同盟,并不参加反对对方的任何集团及任何行动或措施”;第5条内容为:“缔约国双方保证以友好合作的精神,并遵照平等、互利、互相尊重国家主权与领土完整及不干涉对方内政的原则,发展和巩固中苏两国之间的经济和文化关系,……”。因此,即使被认为最具中国特色的和平共处五项原则也不全是中国人的创造,而是在移植苏联经验基础上的发展。

[1] 本章中的主要内容曾先后在北京大学法学院、中国社会科学院法学研究所、中共中央党校研究生班、华东政法学院、上海财经大学和上海大学法学院作过讲演,值本书出版之际,特向上述几次讲演的主持人和评论人朱苏力、陈兴良、贺卫方、信春鹰、刘海年、夏勇、张志铭、张恒山、刘永艳、游伟、丁邦开、金国华、倪振峰、汤啸天等教授表示诚挚的谢意。

[2] 关于法律移植的讨论,在国外大约兴起于20世纪70年代,在国内则从80年代末开始。1989年第3-4期《比较法研究》曾为此发了“编后小记”,向我国学术界提出开展法律移植讨论的倡议。自此以后,学术界陆续发表了一批译文和论文。2000年4月,全国外国法制史研究会在湘潭大学法学院举行了“法的移植与法的本土化”的专题研讨会,从而标志着我国对法律移植问题的研讨达到了一个新的规模。

[3] [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上),张雁深译,商务印书馆1961年版,第6页。但从孟德斯鸠的整体思想而言,他并不反对法律移植。如他将法律分为两种,一种是支配地球上所有人民的场合的法律,孟德斯鸠称它为“人类的理性”;另一种是各个国家具体的法律,这是将人类的理性用于各个国家的结果。孟德斯鸠认为不太可能移植的是第二种法律,并未否定第一种法律即人类的理性对所有各个国家的普适作用。参见《论法的精神》(上),第6页。

生出它在起源地所引起的行为。”他们在谈到我国深圳地区移植香港地区法律时，也悲观地认为：“从实际上看，移植香港法到深圳也是不可能的”。〔4〕我国学者朱苏力也认为：“关于法律移植，我确实认为法律移植不大可能”。〔5〕

与此相对，国内外法学界绝大多数学者则认为法律移植不仅是必须的，而且也是可能的，无论在古代、中世纪和近代，法律移植的事例都大量存在。即使在当代世界法律发展中，法律移植也是一个普遍的现象和基本的发展趋势。〔6〕笔者对法律移植也持肯定说的观点，并想就此问题谈一点自己的研究心得，以求教于学界诸贤。

一、关于法律移植语境中几个概念的分析

在谈论将某一种外国的法律制度、原则或思想、学说吸收到国内来，溶入到中国本土的制度、原则、思想和学说之中，成为我们自己的本土资源，并予

〔4〕〔美〕塞德曼夫妇：《评深圳移植香港法律建议》，赵庆培译，载《比较法研究》1989年第3-4期。在塞德曼夫妇之前，英国比较法学家奥·卡恩·弗罗因德（O. Kahn Freund）在1973年发表的《比较法的应用与误用》一文中，对法律移植也持消极态度。参见沈宗灵：《论法律移植与比较法学》，载《外国法译评》1995年第1期；郑强：《法律移植与法制变迁》，载《外国法译评》1997年第3期。

〔5〕苏力著：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，中国政法大学出版社2001年版，自序。但事实上，苏力也没有完全拒绝法律的移植。如他承认“中国当代的司法制度就其直系血缘来说是欧陆法系的”（同上书，第16页），“作为一个事实问题，我们不可能什么都移植，移植是要成本的”（同上书，第14页）。这些，都说明苏力是承认法律移植的，只是强调要有所选择，要考虑成本。

〔6〕比如，英国比较法学家阿兰·沃森（Alan Watson）在1974年发表的论文和专著中，举了世界法律发展史上大量的实例，来说明法律移植现象的普遍性以及其对法律进化的重要意义（参见阿兰·沃森：《法律移植论》，贺卫方译，载《比较法研究》1989年第1期；阿兰·沃森：《法律移植与法律改革》，尹伊君、陈成霞译，载《外国法译评》1999年第4期）。德国图宾根纽尔奥拉大学法学教授诺尔（K. W. Noerr）在《法律移植与1930年前中国对德国法的接受》（李立强、李启欣译，载《比较法研究》1988年第2期）一文中，结合中国近代法律改革的实际，也全面肯定了法律移植对法律发展的促进作用。日本学者伊藤正己在其《外国法与日本法》（岩波书店1966年版）；北川善太郎在其《日本法学的历史与理论》（日本评论社1968年版）和五十岚清在其《比较法学的历史与理论》（一粒社1977年版）等作品中，也全面肯定了法律移植的作用。韩国汉城大学法律系教授崔仲库在《韩国法与西洋法》（韩大元译，载《比较法研究》1995年第2期）一文中，在系统分析韩国移植西方法的历史和现状之后，对法律移植在法律发展中的积极作用也作了充分的肯定。至于中国，由于对法律移植持肯定说的学者人数众多，此处就不一一列举，可参见何勤华主编的论文集：《法的移植与法的本土化》，法律出版社2001年版。此外，作为当代中国高层领导，对法律移植也持肯定态度。如前任全国人大常委会委员长万里和乔石在1988年12月和1994年1月分别所作的报告中，都明确指出对境外比较成熟的适合于我国的法律条文，可以直接移植进来。

以看待、加以运作实施（我们简单称之为“法律移植语境”）时，常常会遇到几个基本的概念，如“移植”、“借鉴”、“影响”、“继受”、“本土化”等。因此，我想在进入主题之前，有必要先对这几个概念作些说明。

“移植”

按照各种汉语辞典的解释，“移植”包括两个含义：一是指“把播种在苗床或秧田里的幼苗拔起或连土掘起种在田地里”；二是指“将有机体的一部分组织或器官补在同一机体或另一机体的缺陷部分上，使它逐渐长好。”前者主要是农业或林业上的，幼苗可以是水稻、油菜等农作物，也可以是果树等其他树木；后者主要是医学上的，如角膜、皮肤、骨和血管等的移植等。

至于社会科学方面，有没有移植的现象，各汉语辞典在解释上述第一种含义时，也曾作了肯定的回答，如它们举例，说“近年来京剧从各种地方戏曲移植了不少优秀的剧目”等。当然，该例子讲的只是本国不同剧目之间的移植，没有提到国与国之间文学艺术作品的移植。但意思是很明确的，应当包括国与国之间作品的移植。

要使移植获得成功，一般需要若干条件，如植体和受体的相容性，受体与供体（原生环境）之间质的相似性，受体系统内部的开放性（非封闭性），受体系统内部排斥现象的可克服性，等等。

从自然界和人类历史的发展历程来看，无论是生物学、医学，还是人文社会科学，都存在着大量移植成功的事例。而法律移植，既包括了学术理论方面的移植，也涉及制度方面的移植，同样也有大量成功的事例。

“借鉴”

“借鉴”一词，在法学界使用频率还是比较高的。我们常常会看到诸如“借鉴西方的法治经验，加强我国民主与法制建设”，“借鉴美国的公司制度，为完善我国的公司法制服务”等。由于借鉴的实质含义为“跟别的人或事相对照，以便取长补短或吸取教训”，在将“外国的东西拿来视为自己的东西来使用”这一意义上，比起移植来，程度要浅得多，“西化”的色彩很淡（危险性很小），或几乎没有。因此，该用语是得到学术界普遍认可的。即使在对外国的事物排斥比较严重、将外国的制度都视为资产阶级的或修正主义的“文化大革命”时期，“借鉴”一词也是被经常使用的。

但是，由于“借鉴”的主要意思是将别国的制度、原则等作为一面镜子，来反观自己的同类事物，以确定它们中哪些是可以吸收的，哪些是不必采纳的，哪些是我们应当避免的，等等，并不带有硬要将它们吸纳进来不可的因

素。因此,该词与“移植”一词存有很大的差异,不能与其互换。换言之,使用“借鉴”一词的场合,往往是其所指的事物仅仅作为一种参考、参照,使用“借鉴”一词的主体,并不负有一定要把其所指的事物引入中国的义务。

比如,我们在论述“借鉴西方的法治经验,加强我国民主与法制建设”时,我们可以借鉴这种经验,吸收到我们的制度中去,也可以不吸收,只是了解一下,看看西方人是如何做的,甚至还可以批判它,指出它有哪些问题、它是为剥削阶级服务的等等。在谈到“借鉴美国的公司制度,为完善我国的公司法制服务”时,情况也一样,美国的公司制度可以成为我们立法的模式,也可以作为我们的反面教材,供批判之用。

尤其是在法律移植的语境中,过分强调“借鉴”一词,具有消极的作用。因为在借鉴之场合,即使移植了外国的法律制度,但为了回避“照搬西方法律制度”的批评和指责,为了突出中国国情和特色,因此,总要考虑把受移植的制度加以改造,这样,往往不仅使受移植的制度变形,丧失其功能,而且借鉴引进后,变得不伦不类。比如,我国民事诉讼法中也移植了外国的辩论原则,但由于是在“借鉴”名义之下引进的,故对此原则作了许多限制和改造,从而使其原有的功能受到了损害。^[7]

因此,“借鉴”一词,粗看似乎与“移植”有相同之处,学术界也常常用于讨论吸收外国经验之场合,但实际上两者并不是一个层面的概念。^[8]

“影响”

鉴于中国在古代是一个超级大国,看不起周边的国家,感到去移植别国的东西是丢脸的;自近代又沦为西方列强的半殖民地,对西方先进资本主义国家又是仇恨,又是自卑,因此,更不愿意使用“移植”这一术语。因而,在议论中国移植外国法的时候,许多学者或者如上所述,使用“借鉴”一词,或者使用“影响”一词。谈到中国近现代法的形成和发展时,往往会说“我国近代的民法是在日本和德国民法的影响下形成的”,或者“我国近代宪政体制受到了西方国家的强烈影响”等等。

但是,在移植外国法、并使其本土化这一语境中,“影响”一词与“移植”

[7] 张卫平:《民事证据法:建构中的制度移植》,载《政法论坛》2001年第4期。

[8] 当然,在许多场合,学者一般并不严格区分“移植”和“借鉴”。在论述法律移植的论文与专著中,有时论述同一个问题或同一种情况时,也会随意交替使用这两个词。至于明确认为“移植”和“借鉴”无甚大的差别的例子,则可参见沈宗灵:《论法律移植与比较法学》,载《外国法译评》1995年第1期。

一词也是有着巨大的差异的。按照中国人对“影响”一词的理解,它主要有两个意思:第一,一件事或一个人对别人的思想或行动起作用,即“影之随形,响之应声”,如“父母应该用自己的模范行动去影响孩子”等。第二,一件事或一个人对别的人或事物所起的作用,如“他爱好音乐是受了一位老师的影响”等。^[9]

“影响”一词的这种含义,与移植一词所要表达的意思虽然有相同之处,比如,我们既可以说1912年成立的中华民国所实行的总统制是移植了美国的制度,也可以说1912年中华民国的总统制是在美国总统制的影响之下建立的,等等。又如我们既可以说民国时期五编制的民法典体系是移植了近代德国和日本的模式,也可以说这种民法典模式是受了近代德国和日本民法典的影响,等等。

但是,“影响”与“移植”还是有区别的:首先,影响具有更多的客观性,而移植具有更多的主观性。如影响的受体往往是在不知不觉当中,或者是在被动之中,模仿了或者学会掌握了影响的主体的思想和行动。其次,影响的程度有深有浅,对一件事或一个人而言,可以全部接受了别的事或别人的影响,也可能受到了一点点影响。而移植的程度比较一致,即必须达到将别国的东西吸收进来,植入本国的制度之中,并予以施行的程度。再次,影响往往是一种事后的评价,事情过了以后,实际结果出来以后,人们评价说,这项制度的建立,受到了某某国家的影响,这个人的变化,受到了某某人的影响等等。而移植不仅仅是事后的评价,也可以是事情进展过程中的做法,甚至是事情进行前的计划,如我们可以说50年代中国的检察制度移植了前苏联的体制,也可以说我们正在起草的物权法中的某项制度是在移植德国的制度,甚至可以说我们将要制定的反腐败条例拟移植我国香港地区的同名法规等。^[10]

“继受”

在日本,也使用“移植”一词,主要表达的也是两个意思,一是移种、移

[9] “影响”一词还有一个解释是,“传闻的”,“无根据的”,如“模糊影响之谈”等。

[10] 在中文中,与“移植”、“借鉴”、“影响”等词相关联用得较多的是“吸收”和“接受”两词。前者在表示将他国的法律制度吸纳进来为我所用方面与“移植”的含义比较接近,但在表示将吸纳进来的事物(植体)作为养料来营养某一有机体(受体)这一意思时与“移植”有区别。后者的中心意思是“对事物容纳而不拒绝”,故也可以表示将外来的法律制度容纳下来,加以利用的含义。但一方面,“接受”的范围比较广,既可以接受制度,也可以接受礼品、金钱;另一方面,它没有“将外来制度本土化”的潜在意蕴。因此,在表示法律移植时,用“吸收”、“接受”也不甚确切(如我们可以说“法律移植”,但不能说“法律吸收”、“法律接受”等)。

裁,如“将南方的茶移植到北方”;二是医学上的移植,如“角膜移植手术”等。但是,在社会学方面,将一种制度、一项原则、一种艺术等,尤其是法律移植到另一个地区或国家,在日本一般不用“移植”一词,而是使用“继受”这一用语。^[11]

“继受”一词在日文中不是一个固定的专业名词,在日文辞典中,并无“继受”一词的释义,它是日本法学界从明治维新以后开始使用,专门用来描述日本移植外国主要是西方发达国家的法律的现象。现代日本学者在论述日本移植西方各部门法律制度与部门法学说时,用的都是“继受”一词。^[11]

如日本著名比较法学家五十岚清(1925-)的代表作《比较法学的历史和理论》(一粒社1977年版),在阐述中世纪后期西欧各国移植罗马法等现象时,用的就是“继受”一词。

日本著名民法学家北川善太郎(1932-)在其代表作《日本法学的历史与理论》(日本评论社1968年版)一书中,就日本民法学与德国民法学的关系作了全面深入的阐述。他在谈到日本移植德国民法及民法学时,通篇用的也都是“继受”一词,如法的继受、学说的继受等。

日本著名英美法专家伊藤正己(1920-)主编的《外国法与日本法》(岩波书店1966年版)一书,其第二编就是“法的继受”,里面涉及的有何谓法的继受,关于法的继受的研究历史,关于继受的各种现象(罗马法的继受、大陆法的继受、英美法的继受、法典的继受、法的选择的继受、同质法的继受、异质法的继受等),继受与同化的关系等。

“transplant”

在英语中,表达移植之含义时,一般使用 transplant 一词,如“移植秧苗(插秧)”,用 ~ rice seedlings;“我们将那棵玫瑰移植到花园”,用 We transplanted the rose-bush into the back garden;“茶树是从中国移植到印度和斯里兰卡的”,用 Tea was transplanted from China to India and Sri Lanka;“将一颗人的心脏移植到病人体内”,用 ~ a human heart into a patient;“病人刚接受了肾脏移植手术”,用 The patient has just had a kidney ~, 等等。

以上都是陆谷孙主编《英汉大辞典》和张道真编著《现代英语用法词典》上所举的例子。

[11] 有时,也用“摄取”一词,如〔日〕伊藤正己主编:《外国法与日本法》(岩波书店1966年版)一书之第三编就以“日本对外国法的摄取”作为标题。见该书第159页。

至于在制度移植方面,transplant用得更为广泛一些。如 legal transplant (法律移植)就是西方比较法学中经常使用的一个术语。西方学者许多专著,以“法律移植”为书名或论文名的也不少,如英国法律史学家阿兰·沃森(Alan Watson)就发表了《法律移植与法律改革》(1974年)、《法律移植:比较法的方法》(1974年)等论著。

在西方比较法学作品中所使用的与“移植”相当的词,还有“借鉴”(drawing on borrowing)、“吸收”(assimilation)、“模仿”(imitation)、“转移”(transfer)、“传播”(spread)、“引进”(introducing)以及“接受”(reception)等,但较普遍的还是“移植”。^[12]

中国历史上并无“移植”一词。19世纪下半叶,随着西学东渐,transplant也与生物学、医学等学科一起传入了日本,并由日本学术界以“移植”之汉字予以表述。至20世纪初叶,“移植”一词又经由日本传入中国,成为中国近代生物学和医学中的重要概念。虽然,我们目前对这一传播途径和过程还不是很清楚,需要作进一步的考证,但“移植”随着中国近代生物学和医学的创立,从西方移植过来则是可以肯定的。

“本土化”

在中国的辞典中,并无“本土化”的专门用语,只有“本土”之概念。它表示两个含义:一是指“乡土”,即原来的生长地,如本乡本土等;二是指“相对于所掠夺的殖民地而言的殖民国家本国的领土”。

显然,这里的第二个意思,与我们在法律移植语境中所说的“本土”并不是一回事。我们所说的本土,只能是第一种含义。加了“化”以后,就使本土一词,从名词变成了动词,就是要将外来的东西,变成本土的东西,要将外国的法律制度,吸收进来以后,植入本土之中,让其生根发芽,开花结果,成为本土的可利用资源,为本土社会服务。^[13]

[12] 沈宗灵:《论法律移植与比较法学》,载《外国法译评》1995年第1期。

[13] 在日文中,一般用“同化”来表示“本土化”之内涵(参见〔日〕北川善太郎:《日本法学的历史与理论》,日本评论社1968年版,第172-173页;伊藤正己主编《外国法与日本法》,岩波书店1966年版,第157页)。在中国,也使用“同化”一词,但它在更多的场合表示的是民族的同化。故与“本土化”稍有区别。在法律移植之场合,说法的本土化比法的同化要更为生动和确切一些。此外,在澳门,就法律的本土化使用了一个“本地化”的概念,意思是指除了对澳门现行的法律进行清理、分类、修订、翻译(中译)和过户之外,着重于将原来适用于澳门的葡萄牙法律与澳门本地的实践相结合。说法不一,但实际内容是一样的。参见夏吟兰:《“本地化”后澳门新民法亲属卷议》,载《外国法译评》2000年第3期。

应当说,本土化与移植密不可分,没有外国法律的移植,就没有这种法律的本土化;反之,没有本土化,这种移植进来的法律也就没有生命力,不能发挥作用,时间一长,就会自然而然地枯萎、死亡。

比如,日本于1923年移植英国的陪审制度,颁布了《陪审法》(1928年10月实施),规定由12名陪审员组成陪审团;陪审员的资格受在日本居住时间、纳税数额、文化水平和性别的限制;陪审只适用于一部分刑事案件;陪审员虽然有权对犯罪事实作出判断,但此权的行使受法院的约束;陪审分法定陪审和请求陪审;等等。该法律虽然已对英国的陪审制度有所修正,但仍因不符合日本的历史传统和缺乏民主法治的现实而归于失败,于1943年被宣告停止施行。在《陪审法》实施的15年时间内,实行陪审的案件不过483件,接受陪审审理的被告才611人。^[14]

从以上分析中,我们可以获得如下几点:

第一,“移植”一词,本身就是从国外移植而来,并成功完成本土化的概念。如上所述,在中国古代,并无“移植”一词的用法。与该词最为接近的用法有两个,一是“移花接木”,含有嫁接、转移的内涵。如《聊斋志异》卷二“陆判”：“断鹤续凫,矫作者妄;移花接木,创始者奇”。《红楼梦》第109回“宝钗恐宝玉思郁成疾,不如稍示柔情,使得亲近,以为‘移花接木’之计”。二是“移风易俗”,带有改变、改造之含义,如《史记》卷八十七“李斯列传第二十七”：“孝公用商鞅之法,移风易俗,民以殷盛,国以富强”。“移植”一词,当是近代以后随着西方生物学、医学的东渐,经由日本传入中国。当然,对其移植入中国的具体过程及时间,尚需作进一步的考证。

第二,在上述各个概念中,“移植”一词是个核心概念,其他的概念都无法取代它。作为一个原本是生物学上的概念,“移植”带有“原封不动地拿过来”、“将植体原原本本地植入受体之中”等色彩,因而,该词虽然可以比较形象、生动地表达将某一国的某一法律制度在不使其受损伤地植入另一国法律体系之内、使其充分发挥功效的含义,但其“拿来主义”、“照抄照搬”的色彩较浓。所以,不仅在中国曾有一段时间人们避免使用它,即使在比中国开放更早的日本,也回避使用该词。

然而,笔者认为,“移植”所含有的上述意义,恰恰是我们在建设中国新法律和新法学时所追求的境界。因为,如上所述,植体(包括法律制度)如

果受到过多的加工、修正,就会损伤它的有效性,损伤其功用,其原有的功效就会大打折扣。在这种情况下,即使后来它在受体中存活下来,其所起的作用也会发生变异,如前苏联之移植大陆法系的辩论制度、中国移植大陆法系的陪审制度等。因此,在法律移植之语境中,珍贵的恰恰是“移植”,而不是“借鉴”等概念。至于在“移植”状态下,如何解决受体对植体的排异,解决植体与受体的相容,应当做的不是加工、改造植体,而是改变受体的环境,营造能够使植体存活、生长的条件。用一句通俗的话来讲,就是不能“削足适履”,而是要“适足造履”。

需要说明的是,在这方面,我们不必顾虑会产生“全盘西化”或“全盘外化”的问题,因为凡是移植过来的法律,即使是本土化完全成功者,事实上也都已经发生了变异,因为自然界和人类社会是极其纷繁复杂的,如同世界上没有两片完全相同的树叶一样,世界上没有也不可能存在两个在各个方面都一致的国家。因此,一个国家的法律对另一个国家而言,总是有这样或那样的差异,移植过程中,也总是有这样或那样的排斥与拒否。^[15]我们这里所讲的不损伤“植体”的功能和效用,都只是就其主要和实质方面讲的。实际上,本土化过程也就是植体的变异和被改造过程,我们所要强调的是,这一过程不能伤及植体的基本功能。

第三,与上一点相连,移植原本是植物学上的术语,后来才逐步被使用于生物学和医学上。当它被使用于法学上时,虽然将植体移入受体之内使其发育生长、并使其保持原有的有用性(功能)这一核心内容未变,但其意义已有许多变化,即生物移植与法律移植存在着诸多差别。

首先,生物学和医学的移植对象,是一个客观实体,具有惟一性,移往何处,则此处并不留存。^[16]而法律的移植,移植对象是一种知识、经验、制度

[15] 对于不必担心“全盘西化”或“全盘外化”问题,国外学者也有清醒的认识。如德国比较法学家诺尔就指出:“原封不动地搬用外国法律制度是最令人难以想象的。被接受的法律和本国法总是互相渗透的,前者或多或少会被同化,甚至常常会走样。纵使法律文本一样,但由于通过‘一般性条款’(例如“诚实信用”)和通过对每一规范的评价,本国的思想就可能渗进被接受的法中,这是毫无疑问的”。参见〔德〕K. W. 诺尔:《法律移植与1930年前中国对德国法的接受》,李立强、李启欣译,载《比较法研究》1988年第2期。

[16] “移植的植物学含义是指将植株连根移往他处”。见贺航洲:《论法律移植与经济法制建设》,载《中国法学》1992年第5期。

[14] 何勤华、李秀清等:《日本法律发达史》,上海人民出版社1999年版,第27页。

或观念,从理论上讲,可以被无限复制,移植之后,在原产地并无丝毫毁损。^[17]

其次,生物移植一般是同时代(同时间段)的生物之器官或组织之间的移植,而法律移植,作为人类社会之一种制度和观念的移植,既可以是同时代的,即横向的移植,也可以是异时代的,即纵向的移植。如近代资本主义各国之移植古代罗马法,现代亚洲各国之移植近代西方资产阶级国家的法律等。因此,与生物移植相比,法律移植的可能性更为充分,其空间更为广阔。

再次,在生物移植的情况下,受体的排斥体现为植体因不能与受体的融合而丧失继续存活的基础,最终趋于死亡;而法律移植虽然也有排斥现象,但一般不表现为植体(被移植的法律制度)的直接死亡,而是其效用(有用性、有效性)不能得到全面实现,成为一种无用的制度^[18](如果效用部分实现的话,也应视为移植的成功)。

最后,由于法律移植与生物移植一样,在移植过程会出现受体对植体的排斥现象,因此,法律移植和生物移植一样,是十分困难的。但是,由于这种排斥的严重程度决定于受体内部结构的紧密程度,即受体系统内部联系越紧密、越精致,对异物(植体)的排斥就越剧烈,移植就越困难。因此,法律移植比起生物移植来说,要相对比较容易一些,因为法律移植的受体是人类社会,而人类社会的内部结构比动物和人体的内部结构要松散得多:动物和人体作为高级有机体,体内联系异常紧密和繁复,牵一发而动全身,进行器官移植十分困难;而社会内部关系虽然也很复杂,但其联系并没有有机体那么紧密,容存外来事物的空间相对较大。尤其是动物与人作为生物体,与其所处环境之间泾渭分明,生物体的完整性决定了它的封闭性。而社会系统较为开放,小社会之外是大社会,其边界模糊不清。因此,法律移植成功的可能性比生物移植的要大。^[19]

第四,在法律移植中,有时移植的失败,尽管也有植体的问题,但主要是受体方面的原因,即移植的法律制度受移植环境的排斥和受植环境存在着缺陷这两个方面。就前者而言,有受体(移植之国家)中的法律体制方面的排斥、

[17] 陈传法:《法律移植简论》,载何勤华主编:《法的移植与法的本土化》,法律出版社2001年版,第4页。

[18] 张卫平:《民事证据法:建构中的制度移植》,载《政法论坛》2001年第4期。

[19] 陈传法:《法律移植简论》,载何勤华主编:《法的移植与法的本土化》,法律出版社2001年版,第5页。

受植环境中法律观念、法律意识的排斥、受体中某些具体的制度和原则等因素的排斥等;就后者即受移植环境的缺陷而言,一般是指受植环境缺乏被移植制度运作的相关配套制度,从而影响了植体的存活以及发挥正常的效用。^[20]因此,要使法律移植获得成功,关键是要对受体及其环境作出改造。

在对上述法律移植语境中一些相近概念的内涵及其意义作出分析之后,我们现在可以为法律移植和法律本土化下一个定义了。即我认为,法律移植是指一个国家或地区,将其他国家或地区的法律(体系或内容或形式或理论)吸纳到自己的法律体系之中,并予以贯彻实施的活动。^[21]而将植体与受体相结合,使其日渐溶合并成功地成为受体之一有机部分的过程,就是法的本土化。如果这一过程成功了,即它不仅将外国或地区的法律移植了进来,予以贯彻实施,而且使这种法律成功地度过了排异时期,成为其本土法律体系的一个有机组成部分,被人们作为本土的法律来使用。那么,我们就可以说该法律制度的移植和本土化获得了成功。^[22]

由于法的移植是法的本土化的前提和基础,而法的本土化又是法的移植的目的所在,并且法的移植和法的本土化是同一个过程,因此,一般也可以将法的本土化的概念包含在法的移植的概念之内。^[23]本文以下所讲的法的移植,也是在这种意义上使用的。

[20] 张卫平:《民事证据法:建构中的制度移植》,载《政法论坛》2001年第4期。

[21] 关于法律移植的内涵,学术界尽管有不同的见解,如有的学者认为,法律移植是指“特定国家(或地区)的某种法律规则或制度移植到其他国家(或地区)”(沈宗灵:《论法律移植与比较法学》,载《外国法译评》1995年第1期),使接受移植的国家能尽快完善或替代本国原有缺陷的法律,或填补某些法律规范、原则或具体法律制度方面的空白,以推动本国的法律改革和法制建设,提高自己的法律文化品位(马建红:《法律移植中的观念因素——以中国近代以来的法制变革为例》,载何勤华主编《法的移植与法的本土化》,法律出版社2001年版,第92页);有的学者认为,“所谓法律移植,不过是一种形象化的比喻,用以说明一国(地区)对他国(地区)既有法律经验的采用”(陈传法:《法律移植简论——从发展的观点看》,载同上何勤华主编《法的移植与法的本土化》,第4页),但对其核心内容的理解是一致的,都是指对他国(地区)法律的植人和吸纳。

[22] 当然,法的移植可能成功,也可能失败。而法的本土化,也可能成功,也可能失败。笔者的上述定义,是从法的移植与法的本土化的本质属性之意义上说的。

[23] “一次成功的法律移植——正如人体器官的移植——应该在新的机体内存活,并成为这新机体的有机组成部分,如同那些在其母体内继续发展的规范与制度一样”(参见[英]阿兰·沃森:《法律移植论》,贺卫方译,载《比较法研究》1989年第1期)。“所谓法律移植,就是一国(或一地区)接受外国的(或另一地区)法律并使之发挥作用的过程”(吴玉章:《对法律移植问题的初步思考》,载《比较法研究》1991年第2期)。

二、法律移植是法律发展的规律之一

那么,为什么要进行法律的移植活动呢?换言之,法律移植对一个国家法律的发展、进化有什么作用、有什么价值呢?笔者认为,首先,从理论上说,法律移植是法律发展的规律之一。

第一,从辩证唯物主义哲学来看,世界上任何一个事物,都包含了普遍性和特殊性两个方面,法律也不例外。我们常常讲“英国法”、“美国法”、“法国法”、“德国法”等等,这里的“英国”、“美国”、“法国”、“德国”就是法律的特殊性,而这里的“法”就是普遍性。换言之,各个国家的法律,产生于各个不同的国家的土地之上,因此,具有各自不同的特点,这是法律的特殊性。但是,作为调整各国人们行为的一种规范,法律又有普遍性,它要解决一些各个国家的人们都面临的共同问题。^[24]

法律的普遍性和特殊性来源于人类的普遍性和特殊性,“英国人”、“美国人”、“法国人”是不同国家的人群,具有不同的风俗和习惯,也有不同种族、皮肤和发色,这是人的特殊性,但作为人,他们都要吃饭、睡觉、结婚、生育等,又有一些共同性,这是人类的普遍性。法律也一样。^[25]

既然法律具有普遍性,而这种普遍性所要解决的问题又是各个国家都面临着共同问题,^[26]那么,一国移植他国的法律就是必然的事情了。因此,法

律移植是法律的普遍性的必然表现,是法律发展的规律之一。^[27]

第二,从社会学角度看,法律是社会发展的产物,而社会是一个互相联系、互相制约的大系统,国家也好,法律也好,都是这一系统中的一个要素,不能脱离社会这个大系统而孤立地存在。因此,从社会学角度来看,法律是没有国界的,英国法、美国法、法国法、日本法,都是整个社会的法,某个国家所创造的法律成果,不仅仅是这个国家的财富,也是整个人类社会的财富,理所当然地应当为各个国家所共同享用。因此,按照社会学原理,法律移植不仅是应该的,也是必需的,并且也是必然的。^[28]

第三,从文化学角度来看,法律是文化的一种,而文化是没有国界的,因此,一国法律被移植到另一国家,如同一国的电影在其他国家放映、一国的歌剧在他国演出、一国的油画被他国公民买下来收藏一样,完全是一种正常的现象。当然,法律与其他文化现象相比,阶级性和强制性的色彩更加浓厚,所以,在国与国之间移植起来也更加困难一些,但法律当中也有一些代表全人类共性的文化要素,如对人们行为的规范价值、协调价值、引导价值、鼓励价值等,这些,应当是没有国界,而为人类所共同享用的。^[29]

第四,从历史学角度来看,法律是历史发展的某一个阶段的产物,其发展也具有历史的延续性,处在某一阶段的法律,都具有两重性,一是它是继承前

[24] “法律在反映一定的统治阶级意志的同时,还具有一些超越时间和空间,超越种族、宗教信仰和文化背景差异的共同价值。这就是法律之可以被移植的哲学基础。”参见贺航洲:《论法律移植与经济法制建设》,载《中国法学》1992年第5期。

[25] 英国学者阿兰·沃森说:“移植某一法律制度的个别或大部分条文是极其普遍的现象”;“事实上,移植是发展的最丰富成果的源泉”;“法律如同技术一样,是人类经验的成果”,“移植法律规则在社会中简便宜行”。转引自〔美〕罗伯特·B·赛德曼:《评阿兰·沃森的〈法律移植:比较法的方法〉》,王晨光译,载《中外法学》1989年第5期。

[26] 比如,《中华人民共和国海洋环境保护法》第28条规定的150总吨以上的油轮和400总吨以上的非油轮,应当具有油类记录簿,以及《中华人民共和国海洋倾废管理条例》第11条确立的倾废紧急许可证、特别许可证和普通许可证制度等,都是移植了英国、加拿大和美国等西方发达国家相应的规定,经实践证明这些规定是解决同类问题的较好办法,已成为国际海洋环境保护的公认事实。各国的立法必须承认这一事实,否则就没有办法与他国合作。参见汪永清:《比较法与当今中国立法》,载江平主编:《比较法在中国》,第1卷,法律出版社2001年版,第99-100页。

[27] “如德国民法典,便曾在非常不同的政治和经济制度下有效;首先,在君主立宪制的德国,然后在议会制的魏玛共和国,继而在纳粹统治下的德国,最后在社会主义的民主德国(直至1975年)和议会制的联邦德国(两德统一后德国民法典仍然适用——引者)”。参见〔德〕K. W. 诺尔著:《法律移植与1930年前中国对德国法的接受》,李立强、李启欣译,载《比较法研究》1988年第2期。

[28] 在西方,自孟德斯鸠时代以来,出现了一种称为“镜子”的理论,认为法律是社会的一面镜子,法律的每一方面均由经济与社会所铸成。该理论认为由于法律深深地扎根于各个特定的社会,故移植起来很困难,或基本不可能(参见郑强:《法律移植与法制变迁》,载《外国法译评》1997年第3期)。“镜子理论”当然也是从社会学角度所做的价值判断,强调了法律对社会的依存关系。但是,如同笔者分析的那样,社会也是可以分解的,它既然作为人生活在其中的场所及共同体,必然既带有某些特定的人群的特征,也带有普遍的人性及人的生活方式的特征,而涉及人的普遍的人性和生活方式的共同特征部分,是可以超越各个具体的人群社会而对其他人群也具有影响力和适用价值的。因此,“镜子理论”并不能否定法律的移植属性。

[29] “自有国家以来,几乎任何形式的法律文化都避免不了法律之间的移植问题,因为其大前提是国家民族的文化有互动的关系。历史发展到今天,几乎无法想象存在不受他国影响或世界文化大潮影响的国家,所以说法律移植是大国际文化交流背景下所产生的一种必然现象”(肖光辉:《法律移植及其本土化现象的关联考察——兼论我国法的本土化问题》,载同前何勤华主编:《法的移植与法的本土化》,第111页)。

面的法律发展而来,二是对以后法律的发展产生影响,为后世的法律所吸收。而在这种传承过程中,一国法律不仅会吸收自己本国以前的法律,也往往会吸收他国历史上的法律成果。从这一角度而言,法律的继承性中,已经包含了法律的移植属性。

因此,法律移植是法律发展、法律进化过程中的良性的进步运动;有法律移植比没有法律移植要好,在一定意义上,拒绝法律移植,实际上就是拒绝法律的进步。

三、法律移植是世界法律发展的一个基本历史现象

从世界法律发展史来看,法律移植是法律发展的一个基本历史现象。

在古代和中世纪社会,虽然国与国之间的交通不甚方便,但法律移植已经非常普遍。^[30]

比如,古代腓尼基及地中海诸国,曾经较为系统地移植了古巴比伦的商法。这种移植,已经为大量出土的法律文献所证明。^[31]在移植古巴比伦商法之基础上建立起来的腓尼基商法,后来又为其殖民地罗得岛的海商法所吸收,而罗得岛的海商法后来则为古希腊法和古罗马法所移植。如在罗马《学说汇纂》中,就记载了罗得岛法的一些内容,并演变成为《罗得弃货损失分担规则》。^[32]

在希伯来法律中,有一条规定,即若自由人之间彼此争斗,发生了伤害,“就要以命偿命,以眼还眼,以牙还牙,以手还手,以脚还脚,以烙还烙,以伤还伤,以打还打”。^[33]这一被认为著名的同态复仇的格律,其实是移植了古巴比伦的法律规定。在《汉穆拉比法典》中,就有了较为系统的同态复仇的内容,如“倘自由民损毁任何自由民之子之眼,则应毁其眼”(第196条);“倘彼折断自由民(之子)之骨,则应折其骨”(第197条);“倘自由民击落与之同等之自由民之齿,则应击落其齿”(第200条);“倘自由民打自由民之女,

[30] 阿兰·沃森教授经过详细的考证之后认为:“我们已经在遥远的古代发现了法律的移植,并且很可能在当时这种移植并不少见。”参见[英]阿兰·沃森:《法律移植论》,贺卫方译,载《比较法研究》1989年第1期。

[31] 冯卓慧:《法律移植问题探讨》,载何勤华主编:《法的移植与法的本土化》,法律出版社2001年版,第19-20页。

[32] 冯卓慧:《法律移植问题探讨》,载何勤华主编:《法的移植与法的本土化》,法律出版社2001年版,第21页。

[33] 《新旧约全书》,中国基督教协会印发,1994年,南京,第73页。

……倘此妇死亡,则应杀其女”(第209、210条)。^[34]

同样,希伯来犹太教法中的许多内容,也为后来其他中世纪法律所移植。如中世纪的教会法,就移植了犹太教法中的整个《摩西律法》;伊斯兰教法,也移植了犹太教法中的独尊一神、净身、禁止收取利息、禁食不洁净食物、土地为“安拉”(阿拉伯民族之神,也叫“真主”)所有、教徒须捐献自己财产的百分之十作为宗教施舍(类似“什一税”)等。^[35]

至于古代罗马移植古希腊的法律,中世纪西欧各国移植罗马法,中世纪欧亚非国家移植伊斯兰教法律等,由于学术界已有许多论述,故本文不再展开。

近代以后,法律移植的现象更为普遍,如法国移植古代罗马的法律,近代德国移植法国的法律,近代美国移植英国的法律,^[36]近代日本移植法国和德国的法律,^[37]近代亚洲国家移植日本以及西欧的法律,^[38]第二次世界大战以后日本移植美国的法律,广大亚非拉发展中国家移植西方两大法系国家的法律,等等。^[39]

这里需要重点探讨的是,从中国近现代法的发展来看,自从清末修律以来的一百年,也是中国学习、移植外国法的时代。中国法的近现代现代化,与外国法

[34] 阿兰·沃森教授也曾举了古巴比伦法移植在它之前出现的两河流域的法规,以及古巴比伦法又被希伯来法移植的事例。如《汉穆拉比法典》中关于牛造成的损害赔偿的规定移植了《埃什南纳法令》的有关规定;而《出埃及记》(圣经中的希伯来摩西律法)关于牛造成损害赔偿的规定又移植了《汉穆拉比法典》的有关规定。详细请参见[英]阿兰·沃森著:《法律移植论》,贺卫方译,载《比较法研究》1989年第1期。

[35] 何勤华:《法律文化史论》,法律出版社1998年,第56页。

[36] 关于各国对英国法的移植,参见高鸿钧:《英国法的域外移植——兼论普通法系形成和发展的特点》,载《比较法研究》1990年第3期。

[37] 关于日本移植西方法的分析,参见申政武:《日本对外国法的移植及其对我国的启示》,载《中国法学》1995年第5期;华夏:《日本法制的近代化与日本法的西洋化》,载《比较法研究》1990年第3期;张德美:《浅论法律移植的方式》,载《比较法研究》2000年第3期。

[38] 关于近代印度移植西方法的分析,参见蒋迅:《法律文化的冲突与融合——印度法现代化的实践》,载《比较法研究》1987年第2期。

[39] 关于世界各国历史上法律移植的大量实例,冯卓慧教授有很好的阐述,参见其论文《法律移植问题探讨》,载何勤华主编:《法的移植与法的本土化》,法律出版社2001年版,第18-34页。

律的移植密不可分，这已是一个不争的事实。^[40]

就法律观念而言，中国近现代法上的一系列观念，如公法与私法的观念，部门法划分的观念，法律面前人人平等的观念，审判独立或司法独立的观念，三权分立或孙中山先生提出的五权独立的观念，在中国传统社会中是找不到的，它们完全是移植西方社会法律观念的产物。

就法律体系而言，无论是将中国整个法律分为宪法、行政法、民商法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法、国际法等各个部门法的体系，还是在各个部门法内部，再分成若干个部分如将民法领域分成总则、债权、物权、亲属、继承等的做法，都是外来的，而不是中国本土的。

就法律制度而言，中国近现代宪法上曾经出现过的总统制、内阁制、选举制、政党政治、代议制，民商法上的法人制度、物权制度、侵权行为制度、时效制度、代理制度、监护制度、亲属制度、继承制度、财产担保制度，刑事法律上的定罪量刑制度，诉讼法上的审级制度、辩护制度、陪审制度、证据制度、律师制度，以及经济法、知识产权法等各个法域中的制度，应当说是移植了外国的法律制度。

就法律原则而言，中国近现代宪法上的民主原则、平等原则、国民主权原则、公民的各项权利受到严格的法律保护原则，民商法上的公民个人民事权利平等原则、私有财产所有权应当受到严格保护原则、契约自由原则、过失责任与无过失责任相结合原则，刑法上的罪刑法定原则、罪刑相适应原则、法不溯及既往原则，刑事诉讼法上的无罪推定原则、一事不再理原则、不告不理原则，等等，也都是移植了外国的法律制度。

就法律的概念与术语而言，中国近现代法上的法律专业名词，几乎都是经由日本而从西方传入的，如法律、法学、法医学、法律行为、仲裁、宪法、民法、刑法、公法、私法、主权、公民、权利、自然人、法人、成文法、动产、不动产、不当得利、无因管理等。这些概念和用语，至目前事实上已经完全本土化了，已经成为现代中国法律文化的一个组成部分。

就法律教育和法律职业而言，情况也大体相同。

中国从清末立法改革起，就仿照西方先进国家的做法，建立起西洋式的法律教育体制。1895年10月，中国第一所近代型的大学天津中西学堂开学，其所设学科和修业期限，均系美国人丁家立以美国哈佛、耶鲁大学为蓝本设计的。1898年开办的京师大学堂，其章程明确规定：“仿日本例，定为大纲分列于下：政治科第一，文学科第二，格致科第三，农业科第四，工艺科第五，商务科第六，医术科第七。”科下设目，“政治科之目二：一曰政治学，二曰法律学。”^[41]以后北洋政府时期中国建立的法律学堂，及至国民党统治时期创办的综合性大学中的法律院系，从学业年限、教学手段、教学体制、课程设置、教材内容、职称系列、学位授予等，基本上都是从法国、美国和日本等国家中移植而来。^[42]

即使到了20世纪末，中国在创建法律硕士教育体制时，我们仍然移植了美国法学院JD培养模式，规定法律硕士必须从非法律专业的本科毕业生中招收，然后学习3年的法律知识，毕业后获法律硕士学位。当时（1996年）从美国引进该制度时，我们曾结合中国的国情有所改良，即不仅非法律专业，而且法律专业的本科毕业生也可以报考法律硕士。但至1999年，经过3年时间的实践后，我们进一步向美国的体制靠拢，取消了法律专业本科毕业生报考法律硕士的资格，从而基本上与美国的制度接轨了。

就法律职业而言，中国古代没有专业的法官，也没有检察官，更没有律师。^[43]中国近代型的法官、检察官和律师制度，都是在清末修律以后，从西方移植而来的。1949年新中国建立后，随着对国民党政府法制传统的否定，我们中断了移植西方资本主义国家法律职业的进程，但与此同时，我们却全方位地移植了苏联的司法体制，如法院组织和系统、检察体制和律师制度、以及民事诉讼和刑事诉讼的各种程序等。2002年3月，中国司法界在移植外国司法体制方面又迈出了重要的一步，即取消已经在中国实行了10多年的律师考试，而改为统一的国家司法考试，即法官、检察官和律师的考试合在一起，一并进行，一起选拔。很明显，这一体制就是移植了日本统一司法考试的模式。

[40] 除笔者外，国内许多学者也都用大量的事实阐述了这一点。如贺卫方在《比较法律文化的方法论问题》中指出：“现代中国法律制度的概念分类、结构、司法机构设置乃至法律教育模式等均是西方学来自日本‘转口’而来”（见《中外法学》1992年第1期）。张乃根在《论西方法的精神——一个比较法的初步研究》中指出：“自清末民初，除了在一个不太长的时代，中国一直面临着西方法的移植（transplanting）问题”（见《比较法研究》1996年第1期）。

[41] 汤能松、张蕴华、王清云、闫亚林编著：《探索的轨迹——中国法学教育发展史略》，法律出版社1995年版，第124-126页。

[42] 孙晓楼：《法律教育》，中国政法大学出版社1997年版，第7章、第14章。

[43] 中国古代有帮助老百姓打官司的“讼师”，但“讼师”无论在专业角色，还是在社会地位上，与近现代律师都是无法相提并论的。参见徐家力、吴运浩编著：《中国律师制度史》，中国政法大学出版社2000年版，第1、2、3章。

综上所述,我们可以这么说,没有一百年来对国外法律的移植,也就没有近现代中国法。中国近现代法的基干,并不是中国传统社会的法律,而是外国法,主要是西方法。法律移植是中国近现代法发展的一个基本历史现象。^[44]

这里的问题是,中国依靠学习、移植西方法而建立起自己的近现代法,是否违背了法律的发展应当以本国的经济发展内在要求为基础这一法律发展的客观规律?笔者认为,答案应当是否定的。理由有4个方面。

第一,根据历史唯物主义的基本原理,法律是一定社会生产力发展基础之上的社会经济关系的提炼和抽象,有什么样的经济发展关系,就有什么样的法律,超越经济发展关系的法律,既不可能产生,即使产生了也不可能成长。

但历史唯物主义同时也告诉我们,法律一旦形成,就具有相对的独立性,它对经济基础的巩固乃至生产力发展具有反作用。日本明治维新以后颁布的一系列土地、税收、金融、殖产、兴业等法律,有力地促进了资本主义的生成和发展,就是一个明显的例子。^[45]

尤其是进入20世纪以后,随着西方列强对中国经济的渗透和控制的加强,中国国门的进一步开大,中国资本主义经济获得进一步发展(半殖民地经济也是资本主义经济的附庸,是资本主义经济的组成部分),在这种情况下,引入的西方法律是符合中国社会的发展变化的,起着引导作用的,也是符合中国生产力的发展趋势的。

第二,近现代以后,随着社会生产力的提高,科技的发达,世界日益一体化,国与国之间的交往变得容易和频繁。在这种情况下,在生产力发展方向日趋一致,经济日益全球化的前提下,以符合本国发展方向的他国法律作为自己

国家法律的基干,来构建法律体系,不仅是可能的,也是必要的。换句话说,既然市场经济发达国家今天的经济、政治制度可以是正在确立或试图确立市场经济国家明天的经济、政治制度,那么,为什么不可以将它们今天的法律作为我们明天的法律移植过来呢?这种情况不仅在中国存在,在世界其他地区也存在。^[46]

第三,中国移植外国法律的时间既长,反复又大,已经有了一个与本国的国情相磨合的历程,许多不适合中国国情的外国法律,实际上已经被淘汰,保留下来、作为中国近现代法律的基干的成分,是既合乎中国国情,又是人类所创造的法律文化中的精华部分,^[47]而法律文化中的精华部分,具有超越国界的属性,它是全人类的财富,是可以为全人类所共同享用的。因此,不仅中国,即便是日本、韩国、马来西亚、印度、新加坡等国,其近现代法律,也都是非本国传统法而是在西方法的基础上建立起来的,就是一个最好的证据。

第四,从世界法律发展的历史进程来看,凡是法律之后进国家,必然要向法律之先进国家学习,移植先进国家的法律制度和法律原则,这是法律发展的内在要求。因为各国的经济发展是不可能平衡的,18世纪是这几个国家走在前面,19世纪和20世纪是另外几个国家走在前面,21世纪又可能是其他几个国家走在前面。这种状况决定了法律发展也必然是不平衡的。

但是国与国之间又要进行经济、政治和文化等各种交往,而这种交往又需要一种统一的规则来规范,而这种统一的规则,在国际的现实秩序中,又往往是以经济上、政治上、法律上先进的国家的法律作为基准的(如WTO的规则,基本上就是以英美法德等国的法律为基准的),因此,法律之后进国家,向法律之先进国家学习、移植法律,就构成了法律发展的客观规律之一。中国以西方先进国家的法律为基干,构建自己的近现代法律,是符合这一客观规律的。这一点我们也已经从亚非拉许多后进国家法律发展的道路中获得了证据。^[48]

[44] 2001年10月13-14日,清华大学法学院“依法治国基本理论研究课题组”和“法治与人权研究中心”主持召开了“法治:中国与世界”的研讨会。出席会议的全国各高校和研究机构的著名学者对中国传统法律文化对中国近现代法制的影响表示了较多的赞同,对近代西方“强势文化”对中国的影响表示了较多的批判。但尽管如此,“鸦片战争以后中国在移植西方近代资产阶级法律的基础之上建立起了近代法律体系”这一基本观点,没有受到批判和遭到否定。

[45] 如1868年5月,明治政府商法司颁布《商法大意》,废除了人股上的封建行会垄断,允许股的买卖自由,并废除各地的关卡,打通了全国各地的贸易流转线路;1869年,颁布法令废除了铜输出的限制,废除各藩的专卖特权以及各藩禁止本藩米谷出藩的禁令,允许普通百姓拥有大型船舶从事航运业;1871年,废除了对利息的限制,并改革封建等级制度,宣布贵族与平民地位平等;1872年,颁布法令允许农民兼营商业,实行自由契约的制度,并下令废除封建领主土地所有制,允许一切人自由买卖土地。所有这一切,都有力地推动了日本资本主义经济的发展。参见陈鹏生、何勤华:《中日法律文化近代化之若干比较》,载《中国法学》1992年第2期。

[46] 如1875年,埃及直接采纳了法国的法律,来构建自己的民法典(取《法国民法典》三分之二以上的内容)、刑法典、商法典、海商法典等法律体系。刚果、毛里塔尼亚、科特迪瓦、突尼斯等国家,其近代法律体系也都是在移植西方法律的基础上建成的。参见徐国栋:《非洲各国法律演变过程中的外来法与本土法——固有法、伊斯兰法和西方法的双重或三重变奏》,载何勤华主编:《法的移植与法的本土化》,法律出版社2001年版,第201-231页。

[47] 如主权在民、公民权利保障、法律面前人人平等、契约自由、罪刑法定、法不溯及既往、无罪推定、法人等各项制度、原则和观念等。

[48] 徐国栋:《非洲各国法律演变过程中的外来法与本土法——固有法、伊斯兰法和西方法的双重或三重变奏》,载何勤华主编《法的移植与法的本土化》。

四、法律移植与中国法的国际化进程

由上可知,法律移植之所以是必须的,说到底,是因为它是法律后进之国家的法律发展、进步的捷径之一。假如没有自清末以来一个世纪对外国法的移植,法制落后的中国怎么能够在短短的100多年时间内就初步建成与世界基本接轨的现代法律体系呢?

在中国法的国际化进程中,与法律移植紧密相关的是三个方面:“走出去”(派遣留学生)、“请进来”(聘请外国专家来华讲授法律、指导立法)和参与“法律全球化”。

就第一个方面而言,在中国移植外国先进法律,逐步跟上国际法律发展潮流的进程中,法学留学生始终发挥着重要作用。1940年和1941年,时执西南联大法律系教鞭的蔡枢衡在《当代评论》和云南《民国日报》上发表了《中国法学的病和药》、《中国法学之贫困与出路》两篇论文,指出中国法学发展之所以存在着种种问题,原因之一就是30年代以前法学界几乎全为留学生所把持,这一状况所带来的后果之一便是在法学领域充斥着形式主义、超形式主义和“刀的外语观”(将外语能力视为法学能力)三种“怪物”。^[49]

蔡枢衡先生的批判,当然着眼于当时法学留学生的缺陷这一方面,但这种批判也从反面证明了当时法学留学生在“中国法和法学发展中所起的巨大作用。事实上,法学留学生在将西方先进之法律移植入中国,并使其逐步本土化方面是作出巨大贡献的,中国近现代各法学学科的带头人,如法理学领域的吴经熊,宪政领域的王世杰、钱端升,民商法领域的胡长清、史尚宽,刑法领域的杨兆龙,国际法领域的周鲠生、王宠惠、王铁崖等,几乎都是法学留学生,就说明了这一点。^[50]

到了50年代,中国在全方位移植苏联法律的高潮中,也派遣了一批优秀的青年去苏联和东欧社会主义国家留学。根据笔者目前已经查实的材料,当时去苏联留学、回国后一直从事法律教育和法律研究工作并且卓有成就的法科学生有24人,去东欧(保加利亚)留学的有1人。去苏联留学的24人,目前都已经成为中国法学界的学科带头人和学术骨干,如我国著名刑法学家、北京大学

法学院教授甘雨沛,我国著名法律史学家、北京大学法学院教授、中国西方法律思想史研究会会长王哲,我国著名宪法学家、北京大学法学院教授萧蔚云、清华大学法学院教授王叔文,我国著名民法学家、中国社会科学院法学研究所研究员、全国人大法制委员会副主任王家福,我国著名民法学家、中国比较法研究会会长、中国政法大学教授、原校长江平,我国著名法理学家、中国社会科学院法学研究所研究员吴大英、任允正,我国著名法律史学家、中国社会科学院法学研究所研究员高恒、韩延龙,我国著名民法学家、上海市人民政府参事、华东政法学院教授彭万林,等等。

就第二个方面而言,如前所述,在清末法律改革活动中,中国政府曾聘请了一批日本法律专家参与中国的立法和法律教育,如冈田朝太郎帮助中国起草了刑法和法院编制法,松冈义正起草了民法和诉讼法,志田钾太郎起草了商法,小河滋次郎起草监狱法。^[51]在起草法律的同时,这批专家还担任了当时中国法政学堂的法律教师,为中国学生系统讲授外国法律知识,如冈田朝太郎讲授过法学通论、宪法、行政法、刑事诉讼法等课,松冈义正讲授过民法总则、物权法总论、债权法各论、亲族法、相续法(继承法)、民事诉讼法、破产法等,志田钾太郎主讲商行为法、会社法(公司法)、手形法(有价证券法)、船舶法(海商法)、国际私法等,岩井尊文讲授国法学(宪法学)、国际法等,小河滋次郎讲授过监狱学等课。^[52]这些讲课的笔记都由中国学生整理后予以出版,从而构成了中国近现代法和法学发展的基础之一。

就第三个方面而言,自20世纪80年代起,中国在改革开放的国策之下,就开始积极加入了法律的全球化潮流。进入21世纪以后的中国,要适应经济的全球化,政治的国际化,社会生活的信息化等世界发展潮流,法律也必须进一步国际化和全球化。这种国际化和全球化,就意味着中国必须加大吸收引进世界先进国家的法律的力度。哪一个国家的法律比中国先进,代表国际水平,我们就移植哪一个国家的法律。换言之,法律移植与中国法的国际化进程始终相伴。

具体而言,中国法的国际化,必须在如下几个方面与国际接轨。

第一,在完善市场经济体制方面,我们必须移植发达国家的立法经验和司

[49] 李贵连主编:《二十世纪的中国法学》,北京大学出版社1998年版,第53-55页。

[50] 关于法学留学生在“中国近现代法和法学发展中的作用”,详细可参见郝铁川:《中国近代法学留学生与法律近代化》,载《法学研究》1997年第6期;丁相顺:《晚清赴日法政留学生与中国早期法制近代化》,载《中外法学》2001年第5期。

[51] 高尚:《清末修律变法与法律移植》,载何勤华主编:《法的移植与法的本土化》,法律出版社2001年版,第81-82页。

[52] 李贵连主编:《二十世纪的中国法学》,北京大学出版社1998年版,第62-63页。

法程序,为建设有中国特色的社会主义市场经济体制服务;^[53]

第二,在参与国际贸易竞争方面,我们要通过加入WTO,移植该组织的游戏规则和法律规范,以使我们的外贸法律体系更加完善;

第三,在科教兴国、提高全中国的文化素养,培养高层次的人才方面,我们要解放思想,全方位地移植发达国家在这一领域中的法制经验;

第四,在加强依法治国、建设社会主义法治国家方面,我们要移植世界先进国家关于权力制衡、依法行政、切实保障公民的各项政治权利的法律、法规,尤其是他们如何运用法律手段来有效地制约权力、防止权力腐败的经验和做法;

第五,在加强司法体制改革、完善保护公民的各种权利的程序、防止司法腐败方面,我们要移植发达国家的司法建设、审判制度改革方面的经验。

五、法律移植与国家主权

主权(sovcreignty),是国际法上最基本的权利,它不从属于任何其他权力,具有属地(领土)方面的最高优越(统治)权。国际法上的国家是主权国家,主权表示一个国家在国际法上的基本地位,它可以支配一定空间(领土)里的一切人和物。^[54]国家主权对内是最高统治权(包括立法权、司法权、行政权等),对外是可以不受他国干涉从事各种行为的独立权。

法律移植会不会损害国家主权?对于这个问题,应当具体分析。

在历史上,法律移植往往分为两种,一是接受移植的国家(受体国)是主动地、积极地去移植它认为值得移植的法律体系,如法国、德国等西欧国家移植罗马法,美国独立以后移植英国法,日本明治维新之后移植法国、德国法,中国于20世纪70年代末以后移植西方发达国家的法律等。二是被动地、被强制地移植外国的法律,如殖民地国家被迫移植宗主国的法律,中国在鸦片战争之后被迫与西方列强签订不平等条约、接受外国的法律等。

在后一种情况即被迫移植外国法的情况之下,国家主权肯定是要受到伤害的。因为这种法律移植是与受体国和植体国(将自己的法律强制地输送给他国的国家)的关系相联系的,是以武力或武力相威胁为法律移植的背景的,是与领土被侵略、被占领为前提的,即与被迫签订不平等条约、割地赔款、放弃部

分政治、经济和司法权力相联系的。因此,在这种情况下,受体国在国际法上的主体地位已经变得不完整了。近代以后,中国、朝鲜、印度,以及广大非洲殖民地国家的历史,就是这方面的例子。

在前一种情况之下,国家主权是否会受到损害的问题,则必须作具体分析。

一般而言,如果是主动地移植他国的国内法,受体国的主权是不会受到影响的,如日本近代移植法国六法,美国在18世纪广泛移植英国判例法,都未损害其在国际法上的主体地位。但如果是移植其他国家的国际法,或者是因参加了由其他一批国家倡议订立的国际公约而接受了其法律规则,那么,受体国的主权就会受到部分损害,即使这种移植是主动的、自愿的,也不例外。

比如,中国于80年代初参加的《联合国国际货物销售合同公约》,虽然是由联合国国际贸易法委员会于1978年完成的,但该公约的基础是1964年在海牙外交会议上通过的由罗马统一国际私法研究所起草的《国际货物买卖统一法公约》(以下简称“海牙第一公约”)和《国际货物买卖合同成立统一法公约》(以下简称“海牙第二公约”),而这两个公约主要反映的是欧洲发达国家的法律规定。^[55]因此,中国参加该公约,在规范货物销售行为、货物销售合同的适用范围、货物销售合同的形式以及成立要件、买卖双方的权利和义务以及违约救济的方法等方面,就必须接受公约规定的约束,事实上也就是移植了以欧洲发达国家的销售法律规范为主的条款,从而对中国自己的主权即立法权和司法权作了一定程度的限制。

不仅国际公约是如此,地区性的盟约也是一样。比如,按照欧洲联盟法律的规定,欧盟法律自颁布生效之日起,在全体成员国内具有一致的完全效力,即可以在全体成员国直接适用,不必通过国内的立法或行政措施;欧盟法为所有欧盟国家公民个人直接创设权利和义务,公民个人可以依法请求国内法院保护,国内法院必须保护欧盟法赋予个人的权利,即使这些权利与国内法存在冲突。^[56]因此,当欧洲某一个国家如英国在没有参加欧盟之前,它的主权是完整的,可以不受欧洲联盟法律的任何约束。但当其加入欧盟,开始适用(移植欧盟法作为其本国法)后,它就部分地丧失了主权,至少在立法权和司法权方

[53] 关于这方面的详细论述,可参见贺航洲:《论法律移植与经济法制建设》,载《中国法学》1992年第5期。

[54] 日本国际法学会编:《国际法辞典》,世界知识出版社1985年中文版,第215-216页。

[55] 曹建明主编:《国际经济法概论》,法律出版社1994年版,第50页。

[56] 曹建明:《欧洲联盟法——从欧洲统一大市场到欧洲经济货币联盟》,浙江人民出版社2000年版,第85页。

面是如此。

但是,这种因参加国际或地区性的公约和条约,移植了其他国家制定的法律规则,从而影响了该国的国家主权,只要是该当事国是自愿的,那么,即使其国家主权受到了一定程度的损害,也应当被认为是正常的,这是一个国家参与国际秩序,从中领受到经济、政治和文化等各种平等待遇而必须支付的代价。比如,中国加入世界贸易组织(WTO)以后,虽然在经济、政治和法律行为等许多方面要受其限制,对中国的许多行业如农业、汽车制造业等产生冲击,但它可以使我国获得一个公平、公正与稳定的国际贸易环境,有利于中国融入国际经济主流,有利于中国参加与制定经济全球化的规则,有利于锁定中国的改革目标,有利于中国经济稳定健康的发展。^[57]

由上可知,国家主权不仅仅只是权利,也包括了应当承担的义务,放弃一部分主权,换得享有各国之间的各种平均利益,这原本就是国家主权的应有之义。假如每个国家都想得到,不愿付出,那么,国际经济政治秩序是无法形成的,即使形成了也无法持续下去。

比如,当一个国家加入了世界贸易组织(WTO)之后,那么,按照世界贸易组织的规则,它在其非歧视原则、互惠原则、最惠国待遇原则、国民待遇原则、市场准入原则、关税减让原则、取消数量限制原则、公平贸易原则、透明度原则等各项原则之下,可以享受来自其他成员国的各种利益和好处,但同时,也相应承担了给予其他成员国同等的利益和好处的义务。^[58]

因此,法律移植会损害一部分国家主权,但如果是建立在各国平等之基础之上,是各国主动要求移植外国法律、放弃部分主权的,应被认为是近代以后国际正常交往,各国发展自己经济、政治和文化以及法律的正常的代价,也是法律发展、国际关系发展的合理的、必然的趋势。

六、法律移植与国家意识形态

意识形态,也称观念形态,按照一般汉语词典的解释,是指在一定的经济基础上形成的、人们对于世界和社会的有系统的看法和见解,哲学、政治、艺术、宗教、道德等是它的具体表现。意识形态受社会生产力、生产关系以及社会制度的决定,但又有反作用。在阶级社会中,意识形态具有阶级性,为一定的阶级利益服务。

法和意识形态的关系比较特殊一些。一方面,法律是上层建筑。另一方面,在法的现象世界里,一般地讲,法的思想、法的学说、法的观念等,这种人们尤其是统治阶级对法这一社会现象所抱有的看法和见解本身,就是意识形态的一部分,而法律制度等已经规范化、制度化,甚至物质化如法院、检察院、监狱等,作为国家机器的重要组成部分,则是上层建筑的重要内容。因此,无论从上述两个方面的哪一个方面而言,法都与意识形态密切相关。意识形态是法律制度的指导思想和理论基础,因此,法律移植受国家的意识形态的制约,反过来也会影响意识形态的演变。这种关系可作如下层次的分析:

意识形态相同的国家之间,其法律移植比较容易,近代美国之移植英国法,德国之移植法国法,日本之移植西欧法,新中国成立以后中国之移植苏联法都比较顺利,就说明了这个道理。

意识形态不同的国家之间,法律移植就要变得复杂一些,需要具体分析。如各封建国家移植奴隶制国家的法律,各资本主义国家移植封建制国家的法律,虽然它们之间的意识形态是不同的,但其都是私有制占统治地位的国家,所以,在保护私有财产、追求个人的价值方面具有相同点,法律的移植相对也比较容易些。

而苏联之基本上拒绝沙俄时期的旧法,新中国之全部拒绝国民党的旧法,则是因为意识形态的不同,在当时的情况下,两国都是以公有制为基础的社会主义国家,追求的是为大多数人谋利益的价值观,在这种情况下,要移植另一种意识形态哪怕是自己本国历史上的法律,显然也是有很多障碍的。

但是,世界法律发展史,尤其是自20世纪70年代末以后中国改革开放法律发展的历史证明,不同意识形态国家之间的法律移植仍然是可能的,也是必须的。这当中的理由在于:

在人类社会的发展过程中,其共性大于个性,普遍性超越特殊性。尤其是在生产力发展方面,其许多因素是相同的。比如,在当今市场经济背景之下,商品生产和商品交换以及其中的规律,在各个国家之间是相同的,即使意识形态相异的国家,除非不搞市场经济,否则,就必然有一个平等参与竞争的问题,而为了能够在竞争中生存和发展,受市场经济内在的经济规律约束,大家就必须遵循一个统一的游戏规则,遵守统一的法律规范。不论是哪一个国家,意识形态是相同还是相异,如果它国内还没有这一套统一的游戏规则和法律规范,那么,它就不得不去移植这些规则和规范。在这种情况下,法律移植可以不受意识形态的约束,变成一种独立的因素。

[57] 曹建明、贺小勇:《世界贸易组织》,法律出版社1999年版,第414-418页。

[58] 曹建明、贺小勇:《世界贸易组织》,法律出版社1999年版,第4章。

意识形态不同国家之间的法律可以相互移植，还在于法律本身的属性。法律是国家的意志，它既要表达和反映意识形态的要求，更要表达和反映社会生产力乃至生产关系的发展变化。因此，如上所述，法律本身是由多种因素构成的；它的有些内容本身就是意识形态的组成部分，有些内容是意识形态的具体体现，有些内容则是生产力发展水平和科学技术成果的总结，前两者带有明显意识形态色彩，在阶级社会中，并带有明显的阶级属性，在意识形态不同的国家间移植起来阻力要大一些；^[59]后者则是人类文明发展的成果，是各市场经济国家相通的、超越国界的，不管意识形态相同与否，都是可以移植的。

因此，符合本国国情的，与意识形态不冲突的法律制度移植，不仅不会损害意识形态，恰恰相反，这种移植，如果符合生产力的发展要求，符合其经济的发展，符合该国人民的最大利益，符合综合国力的提高，那么也是必要的和正常的。假如在这种情况下，它与意识形态的主体还发生冲突，那么，这种意识形态也已经到了必须变革的时候了。

事实上，法律移植的最大障碍，是法律虚无主义。当法律被认为可有可无时，不要说异质（意识形态不同的国家之间）的法律，就是同质的法律（如20世纪60年代以后的社会主义苏联法等）移植也都变得不可能。不用说对没有被移植的，就是已经移植进来、并生根发芽的法律（如由1954年宪法所确立的“公民在适用法律面前人人平等”、“审判机关只服从法律独立审理案件”等原则），也都被作为“右派言论”、“资产阶级观点”受到了批判。1957年“反右”运动以后至“文化大革命”时期中国法律发展的道路就说明了这一点。

七、法律移植与中国法的“本土资源”

法律移植与法的本土资源，说的是外国法与本国法如何相处、结合的关系问题。从古至今，凡是法律移植都不可避免地要遇上这个问题。换言之，移植进来的法律，假如未能处理好与本国国情的关系，未能处理好与本国法的关系，未能与本国法融为一体，这种法律移植就不能认为是成功的。而要说明这个问题，非常重要的就是要认识清楚法的本土资源。

法律上的“本土资源”，按照字面的意义，是指在本国土生土长的法律、习惯等。一般而言，法律移植往往会与“本土资源”发生冲突、矛盾，假如移植进来的外国法律，未能和“本土资源”相融合，那么，这种外来法律就很难

[59] 即使是意识形态，也不是铁板一块的，里面的某些成份，各个国家之间也可以相互移植，如一些阐述了人类社会基本状况的包含有真理成份的学说、思想等。

生根发芽，成长起来。因此，在进行法律移植过程中，处理好两者的关系，就是非常重要的事情。

有学者认为，法律在本质上是一种地性知识，^[60]是一种“本土资源”，因此，法律的移植是没有必要，也是不可能成功的。^[61]笔者以为，这种观点是将法律移植与“本土资源”对立了起来，其正确性是值得商榷的。

因为，“本土资源”不是绝对的，而是一种相对的概念，它不是静止的，而是处在不断的发展变化过程之中。在这一过程中，有些“本土资源”因不符合社会的新的发展而消亡了，有些“本土资源”适应社会新的生产力的发展、经济关系的成长而产生了。比如，在古代印度，原有的“本土资源”婆罗门教法，随着婆罗门教的衰败而逐步消失，出现了新的“本土资源”佛教法。而在英国，至20世纪初，随着封建地产制的最终消亡，封建的地产法律也开始退出历史舞台，而让位于现代资本主义的商业土地法，后者成为新的英国的“法的本土资源”。

不仅法律是这样，宗教也是这样。佛教产生于印度，是印度的本土资源，但它传入中国以后，在中国得到了广泛的传播，并日益本土化，而在印度却日益消亡。至现代，在中国的佛教，无论在寺庙还是在影响力方面，都远远超过了印度（1997年的统计数据显示，佛教信徒在印度居民中，只占1%）。现在再说佛教是印度的本土资源而非中国的本土资源，已经不合适了。当然，佛教在成为中国本土资源的过程中，也发生了一些变异，如观音菩萨在印度本是男身，在东汉时期传入中国后，为了满足大量女信徒在其闺房内供奉观音的需要，至唐代被逐步改造成了女身，成为“观音娘娘”。

法律是生产力、生产关系，以及社会生活的反映，当生产力、生产关系和社会生活发生变化时，法律也会发生变化，法的本土资源也会出现迁移和消亡的情况。同样以印度为例。公元8世纪，当伊斯兰法入侵时，印度教法是本土资源，而伊斯兰教法是外来法；而当17世纪，印度居民中的许多人已经皈依伊斯兰教，伊斯兰的法律在印度逐步生根、发芽，成长壮大，英国法入侵时，伊斯兰法就是印度的本土资源，而英国法是外来法（1997年的统计数据显示，

[60] “法律就是地方性知识；地方在此处不只是指空间、时间、阶级和各种问题，而且也指特色（accent），即把对所发生的事件的本地认识与对可能发生的事件的本地想象联系在一起。”吉尔茨：《地方性知识：事实与法律的比较透视》，邓正来译，载梁治平编《法律的文化解释》，三联书店1998年增订版，第126页。

[61] 苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版，第17页。

印度的伊斯兰教信徒已达一亿多,占印度人口的11.2%)。

在埃及,传统法律是伊斯兰法。但从1875年起,埃及开始移植法国的各项法典,如民法典、商法典和刑法典等。其中,法国民法典的三分之二内容即2281条中的1450条,被移植进了埃及民法典之中。虽然,20世纪以后埃及民法有了很大的发展,在移植外国民法方面也有过许多反复,但有些基本的制度,则已经融入埃及法律体系之内,成为埃及法的本土资源,很难再予以消除。^[62]

同样的情况也发生在其他文化现象之中。比如在服饰文化方面,100多年前,中国男人如果在正式的场合穿西装,剃短发,会被认为是奇装异服。而在今天,如果再穿中式服装,留辫子,则也会被人认为是奇装异服而不合时宜的。也就是说,经过100多年的移植,西装和短发已经成为中国男子服饰的本土资源。

同样的道理,今天,当检察官代表国家出庭公诉、法院公开审理、律师代表当事人进行辩护等这些外来法律文化已经为中国人所认同时,再将其取消,恢复中国封建时期的审判方式,人们就不会接受,因为上述检察院、法院和律师制度也已经成为中国法的本土资源。因此,法的本土资源是一个动态的概念,不是一成不变、绝对的,在当今中国,已经不能认为只有那些“私了”、“厌讼”等才是中国法的本土资源了。

而且,关于本土资源的合理性问题,也是需要分析和探讨的。当一种外来的事物,不管是食品如蔬菜、水果等,还是文化形式如电影、电视等,明显优于中国原有的内容和形式时,我们一定仍要坚持将其排斥在外,抵制外来的植体,这难道是合理的吗?妇女被迫缠小脚、男子留长辫子、纳妾这些也都曾是中国的本土资源,但当社会发生变革时,它们存在的合理性也被历史所否定。法律文化也一样,凡是不合理的本土资源,都应当在改革之列,如有比其优秀

[62] 这方面最典型的例子就是关于利息的规定。埃及传统的伊斯兰法严格禁止利息,而移植了西方民法的埃及新民法典规定了利息制度。20世纪70年代以后,在阿拉伯世界出现了“伊斯兰复兴运动”,试图恢复传统的伊斯兰法,由此引发了民法典规定的利息制度是否合宪的争论。1985年,埃及最高宪法法院以“法无溯及力”为借口,拒绝了传统主义者宣告承认利息的民法典第226、227、228条违宪的要求。这说明,经过一百年的移植与融合,西方民法中的许多制度已经成为埃及法的本土资源。参见徐国栋:《非洲各国法律演变过程中的外来法与本土法——固有法、伊斯兰法和西方法的双重或三重变奏》,载何勤华主编:《法的移植与法的本土化》,法律出版社2001年版,第201-207页。

的植体的话,都应当移植进来。

应当说,本土资源往往只是对一代人的生活方式和心理结构产生较大的影响。比如,当一个人的前半生一直穿长衫马褂布鞋,后半生再让他穿西服皮鞋,确会感到不自在,不习惯,会怀念以前的“本土资源”。但对其从小就穿西服皮鞋的儿辈、孙辈而言,就没有这种不自在和习惯了。如同父母辈从农村迁入城市,刚开始会感到生活有点不习惯,但对出生在城市、成长在城市的新一代而言,再让他回到农村倒是有点不习惯了。因此,传统是可以改革的,本土资源也是在变化的,法的本土资源的演变可能花的时间要长一点,但也绝对不是一成不变的。

总之,法律移植和开发、扬弃法的本土资源并不矛盾,凡是本土资源中缺少的,移植当然是没有问题的;凡是本土资源中存在的,也要看其合理与否,是否属于改革之列,如是,则也是可以通过移植来变革不合理的本土资源的结构和成分。^[63]

八、法律移植与立法成本

一国法律的发展,主要有两种方式,一是总结本国的经济关系及其法律关系,提炼出抽象的法律规则,并适当吸收历史上或外国的经验,颁布新法典,如近代法国之制定民法典、刑法典等。二是直接移植其他国家的法律规则,结合自己的国情,稍加改造,制定为法典予以颁布,如近代日本之制定民法典、商法典、治罪法典等。在这两种立法模式中,第二种模式的立法成本当然要比第一种节约。因此,“拿来主义”、“移植他国成熟的法律”,是一国尤其是后进国家节约立法成本,迅速完成本国法律体系的一种很好的方式。

有些同志可能会举出一些例子,说明在采取“拿来主义”移植外国法律的情况下,有时也会出现比较高的立法成本,比如花费了大量人力和物力而移植外国法律失败的场合等。这里,人们举的较多的例子,就是1890年日本旧民法典。

明治维新以后,日本政府于1870年就开始着手制定民法典。先是在太政官(相当于内阁总理)的制度局里设立了民法编纂会,由当时的司法卿(司法

[63] 关于法的本土资源,学术界还有一些误解,如将其视为历史上的、或传统的法律或习惯。对此,苏力在《法治及其本土资源》(中国政法大学出版社1996年版)一书第14页明确指出:“本土资源并非只存在于历史中,当代人的社会实践中已经形成或正在萌芽发展的各种非正式的制度是更重要的本土资源。”在《送法下乡——中国基层司法制度研究》(中国政法大学出版社2000年版)一书的“自序”中,苏力进一步强调了这一点。笔者同意苏力的这一观点。

部长)江藤新平(1837-1874)主持。江藤下台后,接任的司法卿大木乔任(1832-1899)继续抓此事,重新设立了民法编纂科,并于1878年11月完成了民法典草案。与此同时,日本又聘请了法国巴黎大学法学院教授保阿索那特(G. E. F. Boissonade, 1825-1910)来帮助修改起草民法典,并设立了民法编纂局专门审议其提出的民法典草案。经过漫长的时间,日本于1890年4月和10月正式公布了民法典全文。^[64]

这部主要由外国人起草的民法典,花时20年,投入了大量的人力和物力,但由于其基本上是移植法国民法典的条文,有些内容尤其是身份和家族部分不符合当时日本的现实(江藤新平和大木乔任时期由日本人自己起草的民法典草案也主要译自《法国民法典》,被称为“复写民法”、“模仿民法”),因此,在日本保守势力的反对下,这部本来应当在1893年生效的法典,于1892年5月被宣布延期实施。^[65]

另一个常常为人们所提及的移植外国法律失败的例子便是中国的破产法。1986年12月,中国在移植外国相应法律的基础上颁布试行了《破产法》,但由于中国实施破产法的环境(即本文前面所分析的受体环境)的不配套,破产法移植进来后,并没有发挥预期的效用。既未能很好的执行,实际适用的案例也很少。甚至如有的学者所指出的那样:“破产法的试行看来不仅没有减少决策人或行为人的交易成本,相反增加了其交易成本”。^[66]

以上的例子虽然都是事实,但将立法成本的昂贵全部归结于移植,也不全面。笔者试作如下分析:

首先,在考虑立法成本时,既要看其眼前的费用,也要看其长远的效益。如前述日本1890年旧民法典,因全盘移植《法国民法典》而归于失败,没有实施,似乎浪费了许多人力和物力。但是,一方面,旧民法中的主体财产法部分,即债权法、物权法部分,后来为1898年日本民法典所吸收,成为其立法的基础。对于这一点,日本学术界已基本达成共识。“1898年日本民法典,形式上移植了德国1896年的民法典草案,但在内容上,则是采纳了法国的1804

年民法典。”^[67]换言之,保阿索那特等人依据《法国民法典》而起草的日本1890年旧民法典的主体部分,事实上为1898年日本新民法吸收,当时花费的人力和物力并没有白白浪费。另一方面,1890年旧民法颁布后,虽然在理论界有争论,但在日本司法实务部门,民法典中的财产法规范,已经被作为正式法律而获得实施。当时,日本的司法实务部门,并没有将1890年民法视为草案,而是将其作为“真正的法律渊源”,甚至被奉为“写下来的理性”。^[68]因此,费时20年制定的1890年日本旧民法典,立法成本不算高,它为1898年日本民法典提供了坚实的基础,从而使该法典能够实施一百年而不过时,至今仍然是日本的现行法典。

其次,在考虑立法成本时,不仅要考虑单个法律的立法成本,还要考虑该法颁布后所形成的综合效益成本。我们就以中国的破产立法为例。虽然,1986年《破产法》的实施不如我们移植进来的其他法律,如证券法、票据法等,但在市场经济条件下,企业作为单个的主体,独立地享有权利、承担义务,并当其资产无法满足这种权利能力的行使时,宣布破产,以维护正常的经济秩序这一经济规律是体现出来了。因此,《破产法》颁布后,即使未能很好地执行,哪怕不执行,它对市场经济的导向作用、警示作用也是巨大的,它使企业职工认识了工作岗位的重要性,使企业领导知道了企业破产所带来的巨大压力。在培育市场经济意识和观念中,《破产法》也是一个很好的老师。也许,这种立法成本是巨大的,但它却是法律发展所必需的,是法律进步必须支付的“学费”。西方资本主义国家在18-19世纪破产立法时付出的“学费”也许更贵,我们现在直接拿来可以说已经少走了许多弯路,节约了不少成本。

九、法律移植与21世纪中国法的发展

21世纪的中国,将在最近20年快速发展的基础上,有一个更大的飞跃。按照国家“十五”规划纲要的目标,中国在2010年,将使国民生产总值在现在的基础上再翻一番,达到16万亿人民币即2万亿美元,国家进入小康社会;至2050年前后,国民生产总值再翻一番,达到32万亿人民币的水平,届时中国将步入世界中等发达国家的水平。

要实现这一宏伟目标,法律的规范、促进作用是必不可少的。然而,从整体上说,中国法制建设的水平,与世界发达国家相比还有一定的差距。尤其是

[64] 何勤华、李秀清等:《日本法律发达史》,上海人民出版社1999年版,第131页。

[65] 当时,日本的贵族院经过3天时间的激烈争论,以123票对61票,众议院以152票对107票,通过了延期实施民法的决议。随后,日本组织专家,开始了重新起草民法典的工作。1890年日本民法典事实上被废止。参见前引何勤华、李秀清等:《日本法律发达史》,第132-133页。

[66] 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第93页。

[67] [日]潮见俊隆、利谷信义编:《日本の法学者》,日本评论社1975年版,第53页。

[68] [日]潮见俊隆、利谷信义编:《日本の法学者》,第53页。

关于市场经济的法律,我们因步入市场经济的时间太短,与此相应配套的法律机制尚未形成,必须借鉴、移植发达国家在这方面的经验。

首先,我们必须继续大胆地移植世界发达国家法律体系中有利于培育、发展和完善市场经济体制的法律、法规,如物权法、期货法等。

其次,我们必须继续大胆地移植世界发达国家法律体系中有利于我们进行政治体制改革的法律规范,如新闻法、监督法、政党法等。

再次,我们必须继续大胆地移植世界发达国家法律体系中有利于我们发展社会生产力、完善社会主义生产关系、提高人民的物质生活水平、促进科技和教育水平、提高社会的精神文明和文化素养的各个部门法律,如关于教育机制、科技创新、高新技术产业、新闻出版、文化管理等方面的立法。

最后,我们必须继续大胆地移植世界发达国家法律体系中有利于我们解放思想、开拓奋进的法律观念和法律知识,如法是正义的观念、法律是自由的母亲的观念、法官只服从法律而拒绝一切国家权力机关及其人员干扰的观念等。

应当指出的是,随着21世纪中国经济的腾飞,综合国力的提高,人民生活的富裕,中国在世界上的地位也将进一步提高,尤其对广大发展中国家会产生极大的榜样力量,而在这一过程中日益成熟完善的法律体系,也将成为其他国家尤其是与中国有着若干相同点的国家移植的对象。

比如,中国的经济本来比较落后,然而在20世纪70年代末以后,获得了持续快速的发展。在此过程中,在移植外国法律基础之上形成的具有中国特色的法律体系起着不可忽视的作用。而这一法律体系,对于那些本来经济也比较落后、同样希望经济能够腾飞的发展中国家,是颇具吸引力的,他们移植中国的法制建设经验也是完全可能的。

建设经验也是完全可能的。

自20世纪70年代以后实行了较为合理的计划生育政策,以后又将步入法制的轨道,从而比较有效地控制了人口的过快增长。如果我们在后期能控制住人口上升的势头,使其在14.8亿的峰顶上开始回落,^[69]

国的人口数会逐步下降,成为世界上次于印度的第二位的国家。^[70]

口学会副会长、北京大学教授张纯元于2001年6月13日在中共中央党校所作的报告中提到数字。

专家预测,如果目前中国与印度两国的人口出生率保持不变,那么,到2035年前后,中国将会超过中国,成为世界上人口最多的国家,中国则屈居第二。

那时,在调整人口出生方面发挥重要作用的我国计划生育法律体系,就有可能成为印度、巴基斯坦以及非洲等一些人口增长过快的国家制定人口法律时移植的对象。

再如,中国原是一个一穷二白的农业大国,但当我们步入世界中等发达国家,不仅养活了10多亿农业人口,而且使其过上富裕的生活之后,在这一领域中发挥着重要作用的我国的农业法律规范,对于其他比较贫穷的农业国家来说,也应当是非常有借鉴意义的,也有可能成为其移植的对象。

最后,中国是一个文明古国,也是古代东方国家中的典型,保留了浓厚的古代东方社会的精神文化传统,而在中国逐步过渡到现代化的发达国家的过程中,又大量移植了西方法律文化传统,中国的古代传统如何与外来的西方法律文化相结合,乃至水乳交融一起成长,成为中国这么一个东方大国走向现代化的调整规范。这方面的经验,对一些急于解决所面临着传统文化与外来西方先进的法律文化相互冲突、矛盾的国家而言,也是可以借鉴和移植的。

总之,到2010年,尽管中国可以大体建成适应社会主义市场经济的法律体系,但法律移植,对于中国乃至世界而言,仍然是要遇到的一个重要课题,只是在那时,不仅会有中国之移植外国法的局面,还会出现外国之移植中国法的现象。因此,法律移植是法律进步、发展的永恒的主题,只要国家存在一天,各国之间的法律总会呈现出先进与保守、发达与落后的局面,法律的移植也将是一个不可避免的现象。^[71]

[71] 本文原计划还涉及“法律移植与比较法研究”的问题。因此问题比较容易理解,学术界分歧也不大,加上沈宗灵教授已经写了前引专题论文《论法律移植与比较法学》,故本文最后没有纳入。

的法制
但由于我
其逐步纳
2033年前
那么,中

[69] 中国人
供的预

[70] 据人口
度的人

附录

主要参考资料索引

[按语] 本索引分为两部分,第一部分除外文原著和译著是按照著(编者)的国别分类编排外,其他的著作大体按照正文涉及的专题分类编排。第二部分则基本是按照期刊、论文的时间先后编排。还需要说明的是,本书撰写过程中查阅了20世纪各个时期大量的法规、法典(草案)汇编等资料,为避免烦琐,故不一一列举。

一、第一部分:著作(译著)

1. [清]魏源《海国图志》(李巨澜评注),中州古籍出版社,1999年版。
2. 《左文襄公奏稿》,光绪十六年刻本。
3. 《李文忠公全集·朋僚函稿》,光绪三十一年刻本。
4. 李青《综论洋务派的法律思想与实践》(博士论文),中国政法大学2001年4月打印稿。
5. 《清末筹备立宪档案史料》(上册),中华书局,1979年版。
6. 《辛亥革命前十年间时论选集》(第一、二、三卷),三联书店,1978年版。
7. 中国史学会主编《辛亥革命》(四),上海人民出版社,1981年版。
8. 全国政协文史资料研究委员会编《辛亥革命回忆录》(第五集),文史资料出版社,1981年版。
9. 上海文物保管委员会编《康有为与保皇会》,上海人民出版社,1982年版。
10. 梁启超《饮冰室合集》(40册,林志钧编),中华书局,1936年版。
11. 丁文江、赵丰田编《梁启超年谱长编》,上海人民出版社,1983年版。
12. 李华兴、吴嘉勋编《梁启超选集》,上海人民出版社,1984年版。
13. 钟珍维、万发云《梁启超思想研究》,海南人民出版社,1986年版。

14. 夏晓虹编《梁启超文集》(上集),中国广播电视出版社,1992年版。
15. 董四礼《晚清巨人传——梁启超》,哈尔滨出版社,1996年版。
16. 《梁启超法学文集》(范中信选编),中国政法大学出版社,2000年版。
17. 李贵连《沈家本传》,法律出版社,2000年版。
18. 《孙中山全集》,中华书局,1981年版。
19. 广宇主编《东方巨人孙中山》(下卷),内蒙古人民出版社,1998年版。
20. 《陈天华集》,湖南人民出版社,1982年版。
21. 汤志钧编《章太炎政论选集》(下),中华书局,1977年版。
22. 迟云飞《宋教仁与中国民主宪政》,湖南师范大学出版社,1997年版。
23. 白寿彝、高敏、安作璋主编《中国通史》第四卷,上海人民出版社,1995年版。
24. 汪向荣《古代的中国与日本》,三联书店,1989年版。
25. 李剑农《戊戌以后三十年中国政治史》,中华书局,1965年版。
26. 徐茅《中华民国政治制度史》,上海人民出版社,1992年版。
27. 谢俊美《政治制度与近代中国》,上海人民出版社,1995年版。
28. 薄一波《若干重大决策与事件的回顾》(上卷),中共中央党校出版社,1991年版。
29. 张志明《从民主新路到依法治国》,江西高校出版社,2000年版。
30. 萧心力主编《毛泽东与共和国重大历史事件》,人民出版社,2001年版。
31. 《邓小平文选》(第3卷),人民出版社,1993年版。
32. 《董必武政治法律文集》,法律出版社,1986年版。
33. 李泽厚《中国近代思想史论(修订本)》,安徽文艺出版社,1994年版。
34. 丁守和主编《中国近代启蒙思潮》(上、中、下卷),社会科学文献出版社,1999年版。
35. 邱远猷、张希坡《中华民国开国法制史——辛亥革命法律制度研究》,首都师范大学出版社,1997年版。
36. 朱勇主编《中国法制通史》(第九卷),法律出版社,1999年版。
37. 叶孝信主编《中国法制史(新编本)》,北京大学出版社,1996年版。
38. 杨幼炯《近代中国立法史(增订本)》,台湾商务印书馆,1966年版。

39. 杨鸿烈《中国法律在东亚诸国之影响》，台湾商务印书馆，1971年版。
40. 史彤彪《中国法律文化对西方的影响》，河北人民出版社，1999年版。
41. 王健编《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》，中国政法大学出版社，2001年版。
42. 张晋藩主编《二十世纪中国法治回眸》，法律出版社，1998年版。
43. 李贵连主编《二十世纪的中国法学》，北京大学出版社，1998年版。
44. 谢振民编著《中华民国立法史》（上、下册，张知本校订），中国政法大学出版社，2000年版。
45. 陈鹏生主编《中国法律思想通史》（近代卷），山西人民出版社，1996年版。
46. 蔡定剑《历史与变革——新中国法制建设的历程》，中国政法大学出版社，1991年版。
47. 何勤华《法律文化史论》，法律出版社，1998年版。
48. 何勤华《中国法学史》（第一、二卷），法律出版社，2000年版。
49. 何勤华主编《二十世纪百位法律家》，法律出版社，2001年版。
50. 贾静涛《中国古代法医学史》，群众出版社，1984年版。
51. 王健《中国近代的法律教育》，中国政法大学出版社，2001年版。

研究所编《中华人民共和国教育大事记 1949—1982》，
年版。

《探索的轨迹——中国法学教育发展史略》，法律出版

其本土资源》，中国政法大学出版社，1996年版。

法的移植与法的本土化》，法律出版社，2001年版。

英国法律发达史》，法律出版社，1999年版。

本法律发达史》，上海人民出版社，1999年版。

德国法律发达史》，法律出版社，2000年版。

法国法律发达史》，法律出版社，2001年版。

民国宪法史》，大东书局，1924年版。

华民国宪法史》，商务印书馆，1935年版。

渊《中国宪政发展史（增订本）》，大东书局，1947年

64. 陈茹玄《中国宪法史》，台湾文海出版社，1985年版。
65. 殷啸虎《近代中国宪政史》，上海人民出版社，1997年版。
66. 愚厂编辑《省宪辑览》，自治学会，1921年发行。
67. 汪馥炎、李祚辉编著《中华民国联省宪法草案及说明书》，泰东图书局，1925年版。
68. 白鹏飞编《行政法总论》，商务印书馆，1927年版。
69. 朱采真《行政法新论》（上编），世界书局，1931年版。
70. 陈之迈《中国政府》（二），商务印书馆，1946年版。
71. 马君硕《中国行政法总论》，商务印书馆，1948年版。
72. 林纪东《诉愿及行政诉讼》，台湾正中书局，1983年版。
73. 涂怀莹（浩如）《行政法原理》，台湾五南图书出版公司，1983年版。
74. 翁岳生《行政法与现代法治国家》，台湾大学法学丛书（二），1990年版。
75. 蔡志方《行政救济与行政法学》（一），台湾三民书局，1993年版。
76. 管欧《行政法论文选辑》，台湾五南图书出版公司，1994年版。
77. 秦瑞玠《著作权律》，商务印书馆，1911年版。
78. 熊元璠《商法总则》，安徽法学社，1911年版。
79. 熊元璠《商法总则》，安徽法学社，1911年版。
80. 金忠圻《商标法论》，会文堂新记书局，1935年版。
81. 王叔明编著《商标法》，商务印书馆，1936年版。
82. 王效通《商事法要论》，商务印书馆，1937年版。
83. 中央政法干部学校民法教研室《中华人民共和国民法基本问题》，法律出版社，1958年版。
84. 《经济法论文选集》，北京政法学院经济法教研室，1980年编印。
85. 《苏联经济法论文选》，中国人民大学苏联东欧研究所编译，法律出版社，1982年版。
86. 郑玉波主编《民法物权论文选辑》（下），台湾五南图书出版公司，1984年印行。
87. 《经济法理论学术论文集》，群众出版社，1985年版。
88. 陶和谦主编《经济法》，群众出版社，1986年版。
89. 叶孝信主编《中国民法史》，上海人民出版社，1993年版。
90. 刘文华主编《新编经济法》，高等教育出版社，1993年版。

53. 中央教育科学出版社，1982年。

教育科学出版社，1982年。

54. 汤能松等编，法律出版社，1995年版。

55. 苏力《法治与法律》，法律出版社，1996年版。

56. 何勤华主编《法律移植与本土资源》，法律出版社，1996年版。

57. 何勤华主编《英国法律发达史》，法律出版社，1999年版。

58. 何勤华等《本法律发达史》，上海人民出版社，1999年版。

59. 何勤华主编《德国法律发达史》，法律出版社，2000年版。

60. 何勤华主编《法国法律发达史》，法律出版社，2001年版。

61. 吴宗慈《中华民国宪法史》，商务印书馆，1935年版。

62. 潘树藩编《中国宪政发展史（增订本）》，大东书局，1947年。

63. 周异斌、罗

版。

91. 巫昌桢、杨大文主编《走向 21 世纪的中国婚姻家庭》，吉林人民出版社，1995 年版。
92. 《佟柔文集》，中国政法大学出版社，1996 年版。
93. 胡长清《中国民法总论》（王涌编校），中国政法大学出版社，1997 年版。
94. 傅静坤《二十世纪契约法》，法律出版社，1997 年版。
95. 梅仲协《民法要义》（张谷校勘），中国政法大学出版社，1998 年版。
96. 王泽鉴《民法学说与判例研究》（共 8 册），中国政法大学出版社，1998 年版。
97. 《江平文集》，中国法制出版社，2000 年版。
98. 梁慧星主编《从近代民法到现代民法》，中国法制出版社，2000 年版。
99. 何勤华、李秀清主编《外国民商法导论》，复旦大学出版社，2000 年版。
100. 徐国栋编《中国民法典起草思路论战》，中国政法大学出版社，2001 年版。
101. 何勤华主编《二十世纪外国经济法的前沿》，法律出版社，2002 年版。
102. 沈家本《历代刑法考》，中华书局，1985 年版。
103. 汤化龙《大清违警律释义》，秀光社，1908 年印刷。
104. 汪有龄《大清违警律论》，德兴堂印字局，1909 年刊印。
105. 熊元翰编辑《刑法总则》，安徽法学社，1911 年版。
106. 秦瑞玠编《新刑律释义》，商务印书馆，1912 年版。
107. 朱鸿达编辑《暂行新刑律汇解》，浙江书局，1923 年版。
108. 朱采真编辑《中华民国刑法释义》，大东书局，1930 年版。
109. 郑爱诚编辑《（最新增订）刑法集解》（朱鸿达和邵祖敏增订），世界书局，1931 年版。
110. 董康《刑法比较学》，上海法学编译社，1932 年版。
111. 王觐《中华刑法论》，朝阳学院，1933 年版。
112. 丘汉平、盛振为、孙晓楼合编《中国历次刑法比较》，东吴大学法律学院法学杂志社 1935 年版。
113. 翁胜环《世界刑法保安处分比较学》，商务印书馆，1935 年版。
114. 陈文彬编著《中国新刑法总论》，商务印书馆，1936 年版。

115. 中央政法干部学校刑法教研室编著《中华人民共和国刑法总则讲义》，法律出版社，1957 年版。
116. 中国人民大学刑法教研室编《中华人民共和国刑法总则讲义（初稿）》（上、下册）1957 年刊。
117. 东北人民大学刑法教研室编《中华人民共和国刑法》，1957 年刊印。
118. 高铭喧编著《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》，法律出版社，1981 年版。
119. 杨建华《刑法总则之比较与检讨》，台湾三民书局 1982 年版。
120. 高铭喧主编《刑法学》，法律出版社，1982 年版。
121. 蔡墩铭主编《刑法总则论文选辑》（上、下），台湾五南图书出版公司，1984 年版。
122. 高铭喧主编《新中国刑法学研究综述（一九四九—一九八五）》，河南人民出版社，1986 年版。
123. 何秉松主编《法人犯罪与刑事责任》，中国法制出版社，1991 年版。
124. 高铭喧主编《新中国刑法科学简史》，中国人民公安大学出版社，1993 年版。
125. 李海东主编《日本刑事法学者》（上、下），法律出版社、日本成文堂，1995 年版。
126. 马克昌《刑法理论探索》，法律出版社，1995 年版。
127. 陈兴良主编《刑事法评论》第 1 卷，中国政法大学出版社，1997 年版。
128. 高铭喧、赵秉志编《新中国刑法立法文献资料总览》（上、中、下），中国人民公安大学出版社，1998 年版。
129. 陈兴良主编《新旧刑法比较研究——废、改、立》，中国人民公安大学出版社，1998 年版。
130. 李淳、王尚新主编《中国刑法修订的背景与适用》，法律出版社，1998 年版。
131. 高铭喧、赵秉志主编《刑法论丛》第 3 卷，法律出版社，1999 年版。
132. 周其华《中国刑法罪名释考》，中国方正出版社，2000 年版。
133. 陈兴良《本体刑法学》，商务印书馆，2001 年版。
134. 熊元襄编辑《法院编制法》，安徽法学社，1911 年印行。
135. 李怀亮《民事诉讼法》，北京朝阳大学，1927 年版。

136. 郑保华《法院组织法释义》，上海法学编译社，1936年版。
137. 中华人民共和国司法部编《苏联法律工作者访华代表团演讲及问题解答汇集》，1957年印发。
138. 中央人民政府最高人民检察署编印《苏联检察工作任务及工作方

161. 曹建明、贺小勇《国际贸易组织》，法律出版社，1999年版。
162. [朝] 朝鲜总督府中枢院调查课编《李朝法典考》，朝鲜印刷株式会社，1936年版。

182. [法] 伏尔泰《风俗论》(上册, 梁守锵译), 商务印书馆, 1995年版。
183. [法] 安田朴《中国文化西传欧洲史》(耿昇译), 商务印书馆, 2000年版。
184. [美] 费正清、刘广京编《剑桥中国晚清史(1800-1911)》(中国社会科学院历史研究所编译室译), 中国社会科学出版社, 1985年版。
185. [美] 艾伦·沃森《民法法系的演变及形成》(李静冰、姚新华译), 中国政法大学出版社, 1992年版。
186. [美] 张灏《梁启超与中国思想的过渡(1890-1907)》(崔志海、葛夫平译), 江苏人民出版社, 1995年版。
187. [美] 任达《新政革命与日本—中国, 1898-1912》(李仲贤译), 江苏人民出版社, 1998年版。
188. [苏] 柯席乌尼科夫《斯大林论现代国际法的基本原则》, 世界知识出版社, 1950年版。
189. [苏] 苏联司法部全苏法学研究所主编《苏联刑法总论》(上册, 彭仲文译), 大东书局, 1950年版。
190. [苏] 高里雅柯夫《苏联的法院》(一之译), 时代出版社, 1950年版。
191. [苏] 布拉都西《民法》(中国人民大学民法教研室译), 中国人民大学, 1951年版。
192. [苏] 司徒金尼根等《苏维埃国家法》(第三册, 中国人民大学国家法教研室译), 中国人民大学, 1953年版。
193. [苏] 切里佐夫《苏维埃刑事诉讼》(上)(中国人民大学刑法教研室译), 中国人民大学, 1953年版。
194. [苏] 斯维尔特洛夫《苏维埃婚姻—家庭法》(方城译), 作家书屋, 1954年版。
195. [苏] 阿布拉莫夫《苏维埃民事诉讼》(上, 中国人民大学民法教研室译), 中国人民大学, 1954年版。
196. [苏] 布拉都西主编《苏维埃民法》(上、下, 中国人民大学民法教研室译), 中国人民大学, 1955年版。
197. [苏]《苏维埃刑法总则》(中央人民政府法制委员会编译室和中国人民大学刑法教研室译), 法律出版社, 1955年版。

198. [苏] 卡列夫《苏维埃司法制度》(赵涵舆、王增润等译), 法律出版社, 1955年版。
199. [苏] 卡列夫《苏维埃法院组织》(中国人民大学刑法教研室译), 法律出版社, 1955年版。
200. [苏]《苏维埃刑法分则》(中国人民大学刑法教研室译), 法律出版社, 1956年版。
201. [苏] 坚金、布拉图斯主编《苏维埃民法》(第一册, 李光谟译), 法律出版社, 1956年版。
202. [苏] 维涅吉克托夫《苏联民法对社会主义财产的保护》, 谢怀、李为译, 法律出版社, 1957年版。
203. [苏] 谢尔盖耶娃《苏维埃刑法对社会主义所有制的保护》(薛秉忠、王更生、高铭暄译), 法律出版社, 1957年版。
204. [苏] 安吉莫诺夫、格拉维合著《苏维埃继承法》(李光谟译), 法律出版社, 1957年版。
205. [苏] 列别金斯基《苏维埃检察院及其在一般监督方面的活动》(陈华星、张学进译), 法律出版社, 1957年版。
206. [苏] 拉普捷夫主编《经济法理论问题》(中国人民大学民法教研室译), 中国人民大学出版社, 1981年版。
207. [苏] 蒂里切夫等编著《苏维埃刑事诉讼》(张仲麟等译), 法律出版社, 1984年版。
208. [苏] 皮昂特科夫斯基等《苏联刑法科学史》(曹子丹译), 法律出版社, 1984年版。
- 二、第二部分: 期刊、论文
- (一) 清末、民国时期
- 主要期刊:
- 《新民丛报》, 1902年至1910年各期。
- 《东方杂志》, 1904年至1923年各号。
- 《民报》, 1905年至1910年各期。
- 《时报》, 1906年各号。
- 《法政交通学杂志》, 1907年各号。
- 《民立报》, 1911年至1912年各号。
- 《法学会杂志》, 1912年各期。

《法政杂志》，1912年及1913年各号。

《法政学报》，1913年各号。

《宪法新闻》，1913年各号。

《甲寅杂志》，1915年各号。

《大中华》，1915年各期。

《苏社临时特刊》（第1期 省宪），苏社出版部，1922年版。

《浙江公立法政专门学校季刊》，1923年版。

《中华法学杂志》，1930年至1936年各号。

《中华法学杂志》（新编），1937年各号。

其他主要论文：

1. 凤文祺《内阁制与总统制》，载《言治》，第1期，1913年。

2. 陈独秀《宪法与孔教》，载《新青年》，第2卷第3号，1916年。

3. 李剑农《民国统一问题》，载《太平洋杂志》，第1卷第9号，1918年。

4. 胡适《联省自治与军阀割据》，载《努力周报》，第19期，1921年。

5. 李剑农《由湖南制宪所得的教训》，载《法学季刊》，第1卷第3期，1922年。

6. 王凤瀛《二十世纪民法之趋势及吾国立法之方针》，载《法学会杂志》，第8期，1922年版。

7. 陈霆锐《省宪之几个根本原则》，载《法学季刊》，第1卷第7期，1923年。

8. 吴宝楨《对于刑法第二次修正案之意见》，载《法律评论》，第14期，1923年。

9. 毛泽东《“省宪经”与赵恒惕》，载《向导》，第36期，1923年。

10. 王世杰《论联邦制之基性与派别》，载《社会科学季刊》，第1卷第3号，1923年。

11. [法] 爱师嘉拉《关于修订中国商法法典之报告》，载《法学季刊》，第2卷第3期，1925年。

12. 王凤瀛《起草票据法之管见》，载《法学季刊》，第2卷第1期，1925年。

13. 李良、彭时合编《刑事学派与暂行新刑律》，载《法律评论》，第193期，1927年。

14. 彭年鹤《再论司法官训练问题》，《时代公论》第30号，1932年。

15. 田炯锦《联邦制与中国》，载《时代公论》，第62号，1933年。

16. 李学灯《如何训练司法官》，载《时代公论》，第95号，1934年。

17. 姚虞九《妾》，载《法轨》，第2期，1934年。

18. 史尚宽《刑法之主观主义（上）》，载《时代公论》，第102号，1934年。

19. 刘陆民《欧洲各国夫妻财产制度与我国夫妻财产制度之比较》，载《法学丛刊》，第4卷第7期，1936年。

20. 黎藩《检察制度存废论》，载《法科月刊》，第5期，1939年。

（二）新中国时期

主要期刊：

《中央政法公报》，1950年至1951年各期。

《政法研究》，1954年至1965年各期。

《政法译丛》，1956年至1958年各期。

《华东政法学报》（后改为《法学》），1956年至1958年各期。

《法学研究》，1979年至2001年各期。

《中国法学》，1986年至2001年各期。

其他主要论文：

1. 王维俭《林则徐翻译西方国际法著作考略》，载《中山大学学报》，1985年第1期。

2. [英] 阿兰·沃森《法律移植论》（贺卫方译），载《比较法研究》，1989年第1期。

3. [美] 塞德曼夫妇《评深圳移植香港法律建议》（赵庆培译），载《比较法研究》，1989年第3-4期。

4. 梁华仁、周荣生《论反革命类罪名的修改》，载《政法论坛》，1990年第4期。

5. 漆多俊《经济法调整对象及其他》，载《法学评论》，1991年第2期。

6. 吕世伦等《论“湖南自治运动”初期毛泽东的政治法律思想》，载《法学家》，1993年第5、6期。

7. 朱英《论清末的经济法规》，载《历史研究》，1993年第5期。

8. 李贵连《近代中国法律的变革与日本影响》，载《比较法研究》，1994年第1期。

9. 李昌麒《论社会主义市场经济与经济法制观念的更新》，载《现代法学》，1994年第1期。
10. 李婉丽《中国典权法律制度研究》，载梁慧星主编《民商法论丛》（第1卷），法律出版社，1994年版。
11. 沈宗灵《论法律移植与比较法学》，载《外国法译评》，1995年第1期。
12. 谢怀栻《大陆法国家民法典研究》（第四节 瑞士民法典），载《外国法译评》，1995年第2期。
13. 孔祥俊《民法上的人·自然人·公民》，载《法律科学》，1995年第3期。
14. 方流芳《中国法学教育观察》，载《比较法研究》，1996年第2期。
15. 何勤华《试论中国儒学对古代日本法的影响》，载《齐鲁学刊》，1996年第3期。
16. 刘仲铭《反思与自省：市场经济体制下“经济法”的重新定位》，载《中外法学》，1996年第1期。
17. 王俊民《“罪从判定”与“无罪推定”》，载《法学》，1996年第5期。
18. 王健《中国的JD?——评“法律专业硕士学位教育”》，载《比较法研究》，1996年第2期。
19. 王立民《清末中国从日本民法中吸取德国民法》，载《法学》，1997年第1期。
20. 孔德周《“纵横统一论”是科学的经济法基础理论》，载《政法论坛》，1997年第1期。
21. 郑强《法律移植与法制变迁》，载《外国法译评》，1997年第3期。
22. 张旭《罪刑法定与无罪推定》，载《现代法学》，1998年第5期。
23. 刘悦斌《薛福成对近代国际法的接受和运用》，载《河北师范大学学报（社会科学版）》，1998年第2期。
24. 包万超《儒教与新教：百年宪政建设的本土情结与文化抵抗》，载《北大法律评论》，第1卷第2辑，1999年。
25. 俞江《两种清末宪法草案稿本的发现及初步研究》，载《历史研究》，1999年第6期。
26. 马怀德、解志勇《行政诉讼案件执行难的现状及对策——兼论建立行政诉讼法院的必要性与可行性》，载《法商研究》，1999年第6期。

27. 文正邦、孙洪坤《无罪推定的法哲学思考》，载《法商研究》，2000年第2期。
28. 杜钢建《论梁启超的人权思想》，载《人大法律评论》，2000年卷第一辑。
29. 田涛、李祝环《清末翻译外国法学书籍评述》，载《中外法学》，2000年第3期。
30. 邱澎生《禁止把持与保护专利——试析清末商事立法中的苏州金箔业讼案》，载《中外法学》，2000年第3期。
31. 春扬《略评胡汉民之立法主持活动》，载《法学评论》，2000年第6期。
32. 李胜渝《北洋政府票据立法论略》，载《法商研究》，2000年第6期。
33. 张卫平《民事证据法：建构中的制度移植》，载《政法论坛》，2001年第4期。
34. 丁相顺《晚清赴日法政留学生与中国早期法制近代化》，载《中外法学》，2001年第5期。
35. 梁根林《保安处分制度的中国命运》，载《中外法学》，2001年第6期。
36. 朱晓喆《自然人的隐喻——对我国民法中“自然人”一词的语言研究》，载《北大法律评论》，第4卷第2辑，2002年。
37. 霍宪丹《建构和完善法律人才培养体制的关键环节——论司法考试制度在法律人才培养中的地位与作用》，载《法学评论》，2002年第4期。

图书在版编目(CIP)数据

外国法与中国法:20世纪中国移植外国法反思/李秀清,何勤华著. —北京:中国政法大学出版社, 2002. 11

ISBN 7-5620-2293-3

I. 外... II. ①李...②何... III. 比较法学—中国、外国 IV. D908

中国版本图书馆CIP数据核字(2002)第088935号

书 名 外国法与中国法——20世纪中国移植外国法反思
出 版 人 李传敏
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 清华大学印刷厂
开 本 787×960mm 1/16
印 张 42.25
字 数 730千字
版 本 2003年5月第1版 2003年5月第1次印刷
印 数 0 001~4 000
书 号 ISBN 7-5620-2293-3/D·2253
定 价 58.00元

社 址 北京市海淀区西土城路25号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。