

刑事诉讼法学研究述评

王敏远 朱长立

在1997年本刊的例行回顾中,我们未就刑事诉讼法学的研究状况进行述评。因此,这次述评的范围,从时间跨度上,已超出年度的范围。修改后的刑诉法在颁行后一年多来,刑诉法学界对其的探讨,可以说是涉及面很广;对许多问题,在理解上也存在着分歧。客观地说,这次修改刑诉法的动作之大,涉及到的领域之广,颁行后的影响面之宽和反响之烈是前所未有的。因此,存在分歧是可以理解的。应当看到和不容忽视的是,随着新刑诉法的付诸实施,在司法实践当中反映出来的问题有许多是在修改过程中所始料不及的,也给刑事诉讼法学的研究带来许多新的课题。下面,我们并不打算在面上对诸法条存在的褒贬逐一进行评点,而是主要就较为重要的一些问题作简单归纳和回顾,由于资料来源及篇幅所限,难免顾此失彼,但仍望由此可见一斑。

一、关于刑事诉讼法学基本理论的研究

随着我国学界刑诉法学研究的深入和刑诉法的修改颁行,刑诉法学的价值概念、价值目标及其相关理论的研究愈来愈受到关注,特别是近两年,应当说是在一种递进和更新状态中发展。

(一) 刑诉法学及其价值

有人就转型时期的刑诉法学及其价值进行了论述。他认为,“中国的刑诉法学在摆脱了真理论的框束,进入价值论的视野之后,首先面临的是价值多元的彷徨。这种价值的多元性与真理的一元性形成了强烈的反差”。“自由、秩序、公正和效率是刑事诉讼共同体追求的基本价值目标”,“以其多元的价值形态交织在刑事诉讼理论网络之中”。当刑事诉讼价值发生冲突时,一是应当避免将某一价值目标推向绝对化的价值倾向;二是往往需要通过冲突某一方或双方的相对牺牲或割让来实现。^[1]

有人从政治学的角度,对修改后的刑诉法从理论和实践两个方面剖析了其内在的价值冲突,论述了新刑诉法的价值选择是兼顾效率与公平,以职权主义为基调,其诉讼模式构架是基于“相对工具主义程序理论”的制度设计。认为只有把握这个基础,才能在实现刑事诉讼法双重任务过程中实现相对均衡的追求,才能正确地处理和协调其价值冲突,才能在实践中而不是在理论上推进我国刑事诉讼制度科学化和民主化的进程。^[2]

有人就诉讼法的独立价值进一步发表了见解。他认为,保障实体法正确实施尽管是诉讼法的首要价值,但不是唯一价值。诉讼法独立于实体法的本身价值体现在以下几个方面:(1)诉讼法规定的程序保障体制强调了当事人的人格尊严和法律关系主体地位;(2)诉讼法在某种程度上弥补了实体法的不足;(3)诉讼法规定的民主、公正程序使判决得到社会公众的认可和尊重,也易为当事人从心理和行为上予以接受;(4)诉讼法在特定情形下限制了实体法的实施。

[1] 参见李文健:《转型时期的刑诉法学及其价值论》,《法学研究》1997年第4期。

[2] 参见张正德:《刑事诉讼法价值评析》,《中国法学》1997年第4期。

在现代法治国家,实体法和程序法相互依存,相辅相成,构成统一的法制体系,不能有主次、轻重之分。^[3]

(二)公正与效益的关系

有人就目前存在的诉讼公正优先说、诉讼效益优先说、公正与效益兼容说这三种主要观点的基础上,提出刑事诉讼公正与效益之间是对立统一的关系的观点。“首先,刑事诉讼公正与效益两个价值目标间存有冲突,呈现出此消彼长的关系;其次,刑事诉讼公正与效益实质上是一体的,两者相辅相存,在诉讼机制的建构上同样受制于经济规律。诉讼公正与诉讼效益对立统一关系的原理要求我们一要正视诉讼过程中公正与效益冲突的存在,二要恰当地选择、协调刑事诉讼价值取向,合理化解刑事诉讼中的价值冲突。主张遵循两项原则:兼顾原则——避免将价值目标推向绝对化或片面性;权衡原则——选准一个‘度’,尽可能满足多一些利益,同时使牺牲和摩擦降低到最小限度。”^[4]

有人专就强调刑事诉讼活动的过程价值的刑事诉讼效率问题进行了探讨。

该观点认为,刑事诉讼效率价值涉及到物质性因素,又涉及到精神性因素。其主要体现在两个方面:1. 刑事诉讼程序的运作必须具备一定的经济合理性;2. 刑事诉讼效果的实现必须符合诉讼主体的欲望和需求。从经济学的观点来分析,刑事诉讼同样存在投入与产出的关系即诉讼成本和诉讼收益问题。以经济性投入换取非经济性产出的机制是其有别于其他社会实践活动的一个显著特点。对刑事诉讼的效率机制进行具体的分析,可以看出国家在刑事诉讼的投入与产出活动中始终占据着积极的、主导的地位,文中所言及的成本与收益的概念,主要是从国家的角度而言的。^[5]

有人认为,讲诉讼效率“首先应在宏观上把控制犯罪的重点转向预防犯罪”,“应当是用最小的司法资源的投入取得惩治犯罪和保护人权的最大收益”。在任务繁重的情况下,为提高诉讼效率,国家必然作出这样的选择。刑事诉讼法所规定的司法模式具有在审判前的侦查起诉阶段,控辩双方在实力上允许一定的倾斜;允许对被告人甚至犯罪嫌疑人采取一定程度的限度人身自由的强制方法;在审判过程中以当事人主义为基础,以职权主义为补充;设立简易程序;扩大自诉案件的范围等特点。^[6]

二、关于刑事被告人的权利保护

(一)无罪推定原则

随着修改后的刑事诉讼法的颁布实施,似乎使长期以来对无罪推定原则持采纳说的人们大大松了一口气。尽管在修改和完善刑法时,对要不要在我国确立无罪推定原则,展开了激烈的争论,但从颁行后一年多来的反映看,对新刑法在此问题上有突破持肯定意见的应占多数。但是新刑法中该原则究竟体现到了一种什么样的程度,对此存在不同观点:

1. 新刑法明确规定了无罪推定原则,使无罪推定原则成为了我国刑事诉讼法的基本原则之一。如有人列出如下理由:除了刑法第12条的规定外,还体现在以下几个方面:(1)在

[3] 参见陈光中、王万华:《简论诉讼法与实体法的关系》,《诉讼法理论与实践》,中国法学会诉讼法学研究会编,1997年卷,第1页以下。

[4] 参见沈丙友:《刑事诉讼公正与效益关系之检讨》,《中国刑事法杂志》总第31期。

[5] 参见李文健:《刑事诉讼效率论》,《政法论坛》1997年第5期。

[6] 参见敖德明:《论刑事诉讼的基本价值目标》,《当代法学》1998年第3期。

法律上首次将犯罪嫌疑人和被告人加以区分,改变了过去在整个诉讼过程中统称被告人的做法;(2)取消了免于起诉制度,扩大了检察机关不起诉范围。(3)规定法院对公诉案件的庭前审查是刑事审判的必经程序;(4)改变了庭审方式,实行控诉、辩护、审判分离的制度;(5)改革了刑事辩护制度,改善了无罪推定原则所需保障的要求;(6)明确规定了人民法院对“证据不足,不能认定被告人有罪的,应当作出证据不足,指控的犯罪不能成立的无罪判决。”〔7〕

2. 我国新刑法吸收而不是确立了无罪推定原则。理由是,(1)在表述上没有使用“假定其无罪”、“看作无罪的人”,而是使用了“不得确定其有罪”;(2)在证明责任上,要求控诉方提供确实充分的证据;(2)在控辩关系上,提倡配合,不提倡消极对抗,没有赋予被告人沉默权,没有设立非法证据排除规则。该观点认为,“如果说确立,也只能说是确立了中国式的无罪推定原则”。〔8〕

3. 有人认为,“虽然修改后的刑法与以前相比在对无罪推定原则的态度上变化很大”,但“保留的许多旧规定和某些新规定仍然与该原则的基本精神公然对立或有一定程度上的冲突,所以,还不能说中国已经实行了无罪推定原则”。〔9〕

有人认为,我国刑事立法、刑事政策和刑事司法均同无罪推定原则存在差距。这主要有:在刑事立法方面,新刑法第12条不符合无罪推定的精神;没有赋予犯罪嫌疑人被告人以沉默权;未明确禁止非法证据的排除使用;刑法中“巨额财产来源不明罪”的设立有违无罪推定的要求;刑事政策中“坦白从宽、抗拒从严”的政策与无罪推定的矛盾突出。刑事司法中诸如刑讯逼供、超过办案时限、被告人的辩护权未能充分行使等。他提出我国确定和贯彻无罪推定原则的对应之策:(1)确立无罪推定原则的宪法地位;(2)完善刑事立法表现无罪推定的规定;(3)完善刑事政策中表现无罪推定的规定;(4)加强刑事司法中对无罪推定的贯彻和落实。〔10〕

(二)关于“疑罪不起诉”

“疑罪从无”是当今世界各国的法律普遍确立的原则。我国学界长期以来呼吁对犯罪嫌疑人合法权益的保护,亦主张采此原则,但因人所共知的原因终未能实施。多数意见对“疑罪从无”原则在新刑法中的具体体现,基本上持肯定态度,并认为将其称之为“存疑不起诉”比较符合立法本意。〔11〕

关于存疑不起诉的效力,有人认为,“不起诉决定只具有相对终止的效力”;也有人认为“不起诉决定既有绝对终止诉讼效力的情形,也具有相对终止诉讼效力的情形”。存疑不起诉的法律后果意味着刑事诉讼程序的终止,将犯罪嫌疑人作无罪处理。存疑不起诉的救济途径,则可由公安机关寻求复议及向上一级人民检察院提请复核和被害人的自我救济。〔12〕

刑事诉讼法关于“存疑不起诉”的规定,在立法上赋予了人民检察院一定的自由裁量权,但由于立法规定得过于原则,司法实践中可操作性较差,乃需从立法上进一步加以完善。

有人认为,关于该法条中的“可以”有过于笼统之嫌,从立法本身的规范化、科学化角度讲,是一个缺陷。“因为存疑不起诉是与疑罪从无相协调一致,体现了无罪推定的基本精神。如果

〔7〕 参见郑瑞琨:《无罪推定原则在我国的确立和适用》,《研究生法学》1998年第2期。

〔8〕 参见杨安军、袁劲秋:《修改后的刑事诉讼法确立了无罪推定原则吗》,《法论》1997年第3期。

〔9〕 参见杨明:《论我国刑事诉讼法对无罪推定原则的贯彻与背离》,《法学》1998年第1期。

〔10〕 参见卢勤忠:《试探无罪推定在中国的确立和贯彻问题》,《法学》1998年第10期。

〔11〕 参见陈卫东、李洪江:《论不起诉制度》,《中国法学》1997年第1期。

〔12〕 参见周士敏:《简论不起诉制度的效率价值》,

法律赋予检察官遇有此类情形时,既可以作出不起诉的决定,也可以作出起诉的决定,将会侵犯犯罪嫌疑人的合法权益。另外,证据不足的案件属于疑罪案件,从疑罪有利于被告的原则出发,也应当作出不起诉的决定。因此,“这里规定为‘应当’不起诉似乎更合理,更准确,也便于实践中操作”。关于存疑不起诉决定作出后,发现了新证据、新事实,符合起诉条件的,应作何处理?该论者指出,刑法对此未作规定,实践中会无法可依。“应通过立法或司法解释明确规定。当出现这种情形时,检察机关应依职权撤销原来作出的不起诉决定,依法重新起诉。”他还认为,刑法第146条实际上只赋予了被不起诉人对人民检察院作出的不起诉决定有申诉权,而对存疑不起诉是否享有申诉权,法律没有作出规定,这是立法上的欠缺。“被不起诉人如果认为自己根本没有犯罪事实或自己的行为不构成犯罪,因而不服检察机关的不起诉决定的,就应有权向检察机关申诉,通过此途径来寻求救济,以维护自己的合法权益。”^[13]

有人专就“推定”进行了研究。他认为,“推定”一词由来已久,是证明事实的一种特殊证明方法。从本质上来讲,推定既不同于确认,也不同于法律上的拟制。推定只能建立在真实的、具有盖然效力证据的基础之上。它只是一种不完全的间接证明,是一种选择。从司法实践看,应用推定必须遵循以下规则:1. 适用的范围仅限于司法上必须确认而又难以取得必要的证据予以证明的事实或情况;2. 只能用来定事实、定民事责任、确定无罪,但不能单独定罪;3. 应履行一定的程序。法律上确立无罪推定只解决了问题的一半,还有一半则是要研究实现无罪推定的效力问题。真正的无罪推定应当是,不能证明有罪,一律推定为无罪。^[14]

(三)关于反对“被迫自证有罪”

我国1979年刑事诉讼法和1996年的刑事诉讼法均对沉默权采取了否定的态度。后者虽然在一定程度上体现了任何人不必自我归罪的原则要求,但又同时要求供述人负有如实陈述的义务,有人认为,“这是我国刑事诉讼所追求的正当程序与发现真实的利益间的冲突在立法上的反映”。他认为,“实体真实与正当程序、控制犯罪与保障人权是各国刑事程序所追求的价值目标,也是贯穿于刑事程序始终的时常发生利益冲突的矛盾方面。而是否承认任何人不必自我归罪的原则及由此产生的沉默权,则是一国刑事程序在上述相冲突的利益选择上的价值倾向的集中表现之一。犯罪嫌疑人、被告人负有如实回答义务不宜作为我国刑事诉讼的一般性原则”。^[15]

有人认为,在司法实践中存在诸多与反对被迫自证有罪权利相冲突因素的“症结在于以非法形式获取的口供是否能够作为证据,是否具有关联性以及是否应当具有效力”。新刑法存在的与反对被迫自证有罪权利相冲突的因素主要表现在:1. 刑法第45条规定,有关单位和个人有如实向司法机关提供证据的义务。尤其是该法第93条规定,犯罪嫌疑人对侦查人员的提问,应当如实回答。但是与本案无关的问题,有拒绝回答的权利。这就容易造成犯罪嫌疑人、被告人为了逃避法律责任而作虚假供述。犯罪嫌疑人、被告人或证人不具有保持沉默的权利,也易造成司法机关采用非法手段获取证据的滥觞,造成犯罪嫌疑人、被告人被迫自陷于罪。2. 新刑法对于采用非法手段收集证据的效力未作明文规定,客观上助长了司法人员在办案过程中为追求实体真实而不惜牺牲程序公正,导致反对被迫自证有罪权利的取消。该学者认

[13] 参见杨秀莉:《论存疑不起诉》,《河北法学》1997年第6期。

[14] 参见裴苍龄:《论推定》,《政法论坛》1998年第4期。

[15] 参见宋英辉:《不必自我归罪原则与如实陈述义务》,《法学研究》1998年第5期。

为,鉴于新刑诉法奠定了反对被迫自证有罪的现实性前提,刑事诉讼过程中应该确立此项制度,赋予犯罪嫌疑人、被告人沉默权。确定明确的取证原则,致力创造一个任意性的人证和口供的环境。^[16]

有人认为,“我国现行刑事被告人人权立法具有较强的国情特色,吸收了国际人权实践及外国刑事被告人人权立法的经验,已形成了较完备的刑事被告人人权保障体系”,但在实践中也存在一些问题,主要表现在:“(1)在刑事诉讼价值目标上,还没有把保障人权提高到与惩罚犯罪并重的地位”。新刑诉法在这方面改革的力度还不够。“例如,在辩护制度上,新刑事诉讼法一方面提前了辩护律师介入刑事诉讼的时间,规定控辩双方都能举证、定证;另一方面,又赋予控辩双方不同的调查取证权,对辩护方收集证据的权利予以限制。又如新刑诉法进一步肯定了上诉不加刑原则,但同时又赋予刑事被害人强行起诉权,强化检察机关对审判的监督功能”,“这一改革的结果必然使刑事被告人单独上诉的机会大大减少”。“另外,新刑诉法对刑事被告人举证的范围、要求以及不举证的后果没有明确界定……在司法实践中很容易引发出侵犯刑事被告人合法权益的现象。”(2)对侵犯刑事被告人人权的制裁不力。“我国刑法只对刑讯逼供、非法管制等少数造成严重后果的侵权行为作了禁止性规定,并设置了制裁规范,而对超期羁押等司法实践中常见的侵犯刑事被告人权利的行为未作任何处罚性规定。”^[17]

(四)关于上诉不加刑原则

有人认为,我国刑诉法中“不得加重被告人的刑罚”的规定,其意思不甚明了,传统理论将“刑”理解为刑罚,不免是望文生义。“刑”应该是刑事责任,具体可以外化为罪名和刑罚(包括其执行方法)。上诉不加刑原则的含义,可以表述为“为被告人利益而起动的二审程序中,判决不得加重被告人的刑事责任。”上诉不加刑原则要在实践中发挥应有的作用,必须有与其相配合的配套措施与具体规定。上诉不加刑原则在刑事诉讼法学上的直接理论来源,就是刑事诉讼中的“控辩平衡”理论。只要严格遵守正当程序、程序规则,结果就被视为是合乎正义。^[18]

(五)关于刑事辩护制度

有人认为,刑事辩护制度的诉讼价值首先体现在它对实现程序正义的保障作用,但对于发现不利于被指控人的事实真相,则可能起到阻碍作用。从总体上讲,它对于实现实体正义的积极作用远远大于其消极影响。刑事辩护制度的存在对于提高诉讼效率兼有积极和消极两方面的影响,被指控人的辩护权若过分扩张,将会从总体上妨碍刑事诉讼效率的提高。刑事辩护制度的具体设计应当兼顾公正和效率两方面的目标。^[19]

有学者指出,“中国的刑事诉讼结构,只是借鉴、吸收了当事人主义,诉讼结构中的部分合理内容而形成的以职权主义为主、以当事人主义为辅的诉讼结构”。为增强辩护的力度,以实现控辩力度的平衡,他建议在侦查阶段、审查起诉阶段、庭审阶段,律师应享有更广泛、更明确的诉讼权利。^[20]

有人专就刑事诉讼的控辩平等问题进行了阐述。他认为,“控辩平等是法律程序的核心机制,是实现程序中立性的保障”。“国家控权的出现对控辩平等观念形成了严重的挑战。”国家

[16] 参见游伟、孙万怀:《论刑事诉讼中反对被迫自证有罪的权利》,《法律科学》1998年第3期。

[17] 参见罗本琦:《刑事被告人人权的法律保障》,《现代法学》1997年第2期。

[18] 参见陈林林:《论上诉不加刑》,《法学研究》1998年第4期。

[19] 参见熊秋红:《刑事辩护制度之诉讼价值分析》,《法学研究》1997年第6期。

[20] 参见周国钧:《控辩平衡与保障律师的诉讼权利》,《法学研究》1998年第1期。

利益高于个人利益推导出控诉方高于辩护方的说法,最主要的是混淆了实体和程序两个根本不同的问题。”刑事诉讼国家控诉权的出现并不意味着公诉享有当然的优势。”控诉方收集证据能力的事实上的强大,要求程序设计从消极和积极两方面确立控辩平等机制,以纠正控辩力量的失衡和实现控辩程序均等。”我国新刑事诉讼法在实现控辩平等方面作了重要改革,但尚有较多的保留。”考虑到控辩平等在刑事诉讼中所处的地位,废除这些保留应是改革的主要方向。^[21]

三、关于刑事诉讼证据制度

随着我国刑事诉讼制度、特别是庭审方式的改革力度的加大,证据在刑事诉讼过程中的运行方式和状态已成为引起学者关注的可能影响诉讼公正和诉讼效率的迫切问题。

(一)关于“证据开示”问题

有人采用比较研究和法理分析的方法,对证据开示制度的一般法理以及我国刑事诉讼中证据开示制度的设置问题作了研究和探讨。他认为,“鉴于对抗制即控辩双方在法庭举证的诉讼程序中相互交换信息的困难,法律有必要设置专门程序来解决证据开示问题”,以“保证诉讼的公正和效率”。“就当事人对抗和对等来否定开示的必要性,实际上是以形式上的当事人主义为根据。它忽视了当事人主义程序仍然须追求案件的客观真实并反对依靠诉讼中突袭和技巧来决定诉讼的命运。同时这种主张也忽视了当事人双方在搜集证据能力上的差别。在检察官掌握有多数证据的情况下,唯有承认证据开示义务,才能真正实现当事人对等。”我国刑事诉讼法修改后,审判程序发生了重大的变革,审判方式在技术上已具有一定的对抗制特征。这就使得证据开示成为一个十分值得注意的问题。”我国刑诉法对证据开示缺乏明确的规定,“一方面是因为我们在法律修改时对新的审判方式对证据开示制度的要求认识不足,另一方面也因为存在某些法律技术上的问题。”关于我国证据开示制度的设置,他认为,人民检察院是矛盾的主要方面,负有更为重大的证据开示的责任。另一方面,辩护方也应具有证据开示的责任。关于证据开示的内容、地点及时间,应具体界定并具有可操作性。对违反证据开示程序的行为,应确定纠正和制裁制度。^[22]

有人认为,“直接和言词原则作为一项重要的诉讼原则,它本身有着达到实体真实和程序公正的两方面的价值”,“如果过分强调直接言词原则,会导致刑事诉讼的成本过高,效率低下”。在中国现阶段,一方面存在着立法的欠缺,一方面存在制度性的障碍,使我国的刑事诉讼与直接言词原则的要求相去甚远。^[23]

也有人认为,“新的刑事审判程序的运作将可能导致诉讼效率的降低。新刑事审判方式在控辩双方一方预先不可能完全了解对方全部证据的情况下,要求对对方提出的、自己事先并不知悉的证据当庭发表意见,在实践中几乎是对该方的一种苛求”,在实践中是不可行的。由于目前我国法官(尤其是基层法官)素质的现状是对审判工作不熟悉,办案操作技巧欠佳,办案水平不高。法官为了查明案情,保证审判质量,只能以牺牲效率、增加开庭次数来弥补自身的不足,造成审理的拖延,妨碍诉讼效率的提高。为保证刑事审判方式改革的成果和诉讼程序的运

[21] 参见马贵翔:《刑事诉讼对控辩平等的追求》,《诉讼法理论与实践》,中国法学会诉讼法学研究会编,1997年卷,195页以下。

[22] 参见龙宗智:《刑事诉讼中的证据开示制度研究》(上)、(下),《政法论坛》1998年第1、2期。

[23] 参见滕彪:《论直接原则和言词原则》,《中国刑事法杂志》1998年第5期。

转,必须在刑事诉讼程序中进行配套措施的建设,增设证据先悉程序。^[24]

四、关于自诉制度

修改后的刑诉法调整和扩大了自诉案件的范围。对于不起诉的效率价值选择及增加第三类自诉案件的必要性和可行性问题的认识上,受到诉讼法学界和司法实际部门的关注。

基本持肯定意见者主要立足点,在于该法条中“被害人”有证据证明上”。有人认为,“这一规定体现了保护被害人权益的价值取向,使被害人的控诉权有了保障,被害人获得了追求司法公正的法律救助方式,通过直接向人民法院提起自诉以实现自己的合法权利”,这“特别有利于形成人民群众对公安检察机关的监督和制约机制。”^[25]

对此持不同意见者认为,由于自诉程序的适用,被害人无法借助公诉机关的强大力量维护自身利益。同时,我国刑诉法规定被害人负有严格的举证责任。如果被害人无法提供确实充分的证据,将不得不面对驳回起诉的命运。而仅靠被害人自身力量,取证能力又极为有限。这种诉讼地位及举证责任上的不利,使被害人维护自身合法权益难以实现。另外,该论者还认为,因为适用“自诉救济程序”的案件适用于自诉程序,既不能迫使检察机关提起诉讼,也不能使检察机关对自身错误采取任何纠正或补救措施,因而被害人对检察机关的不起诉决定无法进行监督和制约^[26]。还有人认为,对被害人直接起诉的案件,存在举证责任不易分配、可能加大法院的工作负担、和解和撤诉问题不好解决等问题。他提出的完善措施有:(1)完善自诉案件的诉讼代理制度,把法律援助制度扩展到自诉案件中;(2)建立检察机关决定不起诉前的“证据展示制度”;(3)完善法律,明确规定刑诉法第170条规定的第三类自诉案件的自诉人可以和解和撤诉。^[27]

有人在肯定新刑诉法提高了被害人的诉讼地位、并赋予其广泛的诉讼权利的基础上,就赋予被害人对不起诉决定有起诉权的弊端进行了预测分析。他认为,公诉案件虽转变为自诉,但不完全适用自诉案件的审判程序,介于公诉与自诉之间,使实体事实原本非常简单的刑事案件,在诉讼程序上却变得相当复杂;再者,如果人民法院作出有罪判决,人民检察院提出抗诉的,不仅使同一案件在诉讼形式上变来变去,而且所产生的诉讼法律关系也复杂多变。另外,还存在改变了案件的级别管辖、分割了人民检察院提起公诉的职权、增加了人民法院的审判工作量等情况。为了更好地执行新刑诉法,有效地保护被害人、被告人(或被不起诉人)的合法权益,他提出做好司法解释工作,规定被害人对不起诉决定不服有权起诉的案件的范围和条件,规定具体的诉讼期限,补充规定被不起诉人有向上一级人民检察院提出申请复核权和申请起诉权等对策。^[28]

有人就此涉及到的公诉制度中存在的若干问题发表了看法。他认为,修改后的刑事诉讼法扩大了自诉案件的范围,允许公诉案件在一定情况下转化为自诉案件。但应进一步明确自诉的公诉化问题;关于公诉的方式以及案卷材料的移送,应当统一对“主要证据”范围的认识;关于公诉的效力,人民检察院应当享有撤销公诉及变更、追加起诉的权利,并且鉴于立法的规

[24] 参见唐永祥、刘克强:《我国新刑事审判方式面临的问题及对策》,《法商研究》1998年第3期。

[25] 参见周伟:《试论第三类自诉案件》,《汕头大学学报》1998年第1期。

[26] 参见王凯:《被害人对诉讼活动的监督制约权比较研究》,《中国刑事法杂志》1998年第1期。

[27] 参见吕轶:《论被害人的直接起诉权》,《法论》1997年第4期。

[28] 参见刘根菊:《关于公诉案件被害人权利保障问题》,《法学研究》1997年第2期。

定、人民检察院的性质和为保障审理程序的顺利进行,对于人民检察院提起公诉的案件,人民法院不宜用裁定的方式驳回公诉而终止公诉的程序效力。^[29]

还有人认为,刑法的上述修改“引起了诉讼法理上的混乱”。这表现在:1. 自诉案件失去其固有属性;2. 侵犯检察机关的公诉权和法律监督权;3. 冲击庭审的诉讼结构。“将公诉转变为自诉;并不能对被害人利益提供最有效的保障。”^[30]

五、关于简易程序

随着修改后的刑法的实施,简易程序在我国刑事诉讼中开始采用。有人撰文指出,正当程序的简易化有其深刻的内在原因,是刑事诉讼发展的必然趋势。正当程序的简易化必然带来简易程序的正当化问题。简易程序并不等于单纯的简单程序,它有着严格的适用范围、严密的适用条件和保障制度,是科学合理的刑事诉讼程序。从这个角度看,简易程序符合正当程序的理念,是正当程序,正当程序包括简易程序。正当程序的简易化抑或简易程序的正当化,都意味着刑事诉讼作为法律文明在不断进步。^[31]

有人在肯定我国刑事审判简易程序设计的基础上,提出存在的不足:1. 适用条件中未规定应征得被告人的同意;2. 操作规则有悖离刑事审判控审分离基本原则之嫌;3. 刑法对简易程序有关操作方式的规定失之粗放。他提出,适用简易程序的潜力很大,但又不可以盲目适用。^[32]

对于刑法修改后的我国庭审方式的改革,有人认为,“在我国借鉴当事人主义的庭审制度改革,将受到本土资源的顽强抵抗、限制和改造,其中包括文化、政策、制度和实际资源的四大限制,造成不彻底的实质化、不充分的对抗性,不完全的平等制以及不够规范的操作方式。而运行中的最大矛盾是控辩式程序与追求实质真实的冲突”。他认为,改革完善我国庭审制度的目标模式为灰色模式与中国色彩。第一,“对审判中的程序法规须作合理设计,不能过分地妨碍对客观真实的发现”;第二,在审判活动中,“法官不能完全消极地对待自己的审判职能,他应适当运用职权,在辩诉双方举证的基础上努力去查明案件的真实情况。由此而建立的诉讼模式当然就不是纯当事人主义的模式,而是保障实体真实、遵守正当程序、实现诉讼效率三种因素的混合型。我国刑事庭审制度完善的主要途径是磨合、调整与局部与全局的整合。”^[33]

六、关于刑事诉讼中的强制措施

有人认为,此次法律修改虽然动作较大,但在强化公民权利的同时,对打击犯罪也给予了相当注意。司法活动中,偏重国家职权运用的倾向并未根本改变。如侦查任意主义,对公民权利有直接影响的强制性侦查措施,不须司法审查,由侦查机关直接决定实施,法律上亦未规定严格的执行条件和程序。又如对犯罪嫌疑人的羁押,侦查机关独自决定拘留后不交检察、审判机关审查的时间太长,灵活性过大。又如取保候审,嫌疑人对取保候审的实际获得与否主要取

[29] 参见姚莉:《论我国公诉制度中的若干问题》,《法学评论》1998年第3期。

[30] 参见章礼明:《公诉转变为自诉的立法缺陷分析》,《法学》1998年第1期。

[31] 参见陈卫东、李洪江:《正当程序的简易化与简易程序的正当化》,《法学研究》1998年第2期。

[32] 胡之芳:《刑事审判简易程序评析》,《诉讼法理论与实践》,中国法学会诉讼法学研究会编,1997年卷,第563页以下。

[33] 参见龙宗智:《论我国刑事庭审方式》,《中国法学》1998年第4期。

决于侦查的需要,并未与国际上的保释制度接轨。

此外,如监视居住制度易在执行上偏严,搜查、扣押、查封、冻结等强制性侦查手段无需经司法审查获得司法令状,亦属于“侦查任意主义”的一种表现。^[34]

另外,在对逮捕条件的理解上,问题也比较突出,特别是何为“有证据证明有犯罪事实”,在实践中存在不同的认识和做法。^[35]

有人认为,在刑事诉讼的强制措施中取消收容审查,也是我国学者参照各国法律、从保护人权角度很早就呼吁过的。在司法实践中,收容审查虽不是逮捕,但是公安机关在案件侦查中大量使用的手段,实质上限制人身自由的严厉程度并不亚于逮捕。有学者认为,新刑法增补了许多关于取保候审、监视居住等可操作性的具体规定,并增设了保证金制度;另一方面,对拘留、逮捕的对象、条件也作了相应的修改,因而刑法的修改意图是取消收容审查,但收容审查制度的正式废除还有待于原制定机关作出明确的宣告。^[36]

七、关于刑事法律监督

庭审方式改革后,许多人认为,庭审中的刑事法律监督职能受到了影响。由于我国特殊的权力、权利结构和相互关系,庭审中刑事法律监督职能和公诉职能发生了矛盾和冲突。有人认为,其如何解决“不仅仅是诉讼程序中权力和权利调整问题,从根本上说是个敏感的宪政问题”。他认为,“应当改变现有我国权力制衡方式,从宪法权力设置上加强横向制约”,这“主要是国家立法权、行政权、司法权之间的相互约束和制衡”。另外,“可以从现有宪政体制下职能转移设想,把公诉职能赋予政府内的一个部门,使其代表国家行使公诉职能。”^[37]

也有人认为,我国公诉权与法律监督权直接合一,严重影响了诉讼程序的科学性和公正性,造成了出庭检察官强烈的角色反差,弱化了法律监督权,直接影响了公诉效果。新刑法施行后,这种体制所固有的弊端日益表面化、严重化,目前司法实践中出现的审、检冲突便是其表征之一。因而,公诉权与法律监督权分而设置,独立行使,已势在必行。^[38]

简 评

从这两年的刑事诉讼法学的研究状况来看,学界所普遍关心的问题似乎没有根本的变化。但就研究的进展而言,确有不少值得关注的具有积极意义的成果。本刊所重视的这类成果主要包括以下几个方面:

(一)刑事诉讼法的独立价值被普遍肯定。虽说刑诉学界仍有许多人坚持刑事诉讼法的价值首先在于保障刑事事实体的正确实施,但越来越多的人肯定了刑法除此之外尚有其独立的价值。关于这些独立价值的内容究竟应包括哪些,这些价值之间的关系应如何认识和处理,分歧仍然存在,但这并不会影响这一观点被越来越多的人肯定所产生的积极意义。按照我国正统的刑事诉讼理论,刑事诉讼法的独立价值本无立足之地。前些年虽然有些人开始对此问题进行研究,但在学界也不具普遍性。而在这两年的研究中,诸如刑事诉讼的人权保障功能,

[34] 参见龙宗智:《威胁还是保护:刑事司法中个人权利与国家权力的冲突与协调》,《中国律师》1998年第4期。

[35] 参见齐文远等:《新刑法的实施过程中的几个问题》,《法商研究》1997年第6期。

[36] 参见柯葛社:《我国刑法中国际刑事司法准则之体现》,《政治与法律》1997年第1期。

[37] 参见何义连:《庭审中刑事法律监督职能与公诉职能的冲突及解决》,《青年法学》1998年春季号。

[38] 参见陈吉生:《论公诉权与法律监督权的独立行使》,《政法论丛》1998年第1期。

公正程序本身的不可违反性等等,几乎是在任何探讨刑事诉讼基础理论问题时都会提到的基础。因此,刑事诉讼法的独立价值虽然不是我们首先发现和提倡的,即使在中国,也不是这两年才开始被人注意到的,但这种观点一旦被普遍肯定,其将会产生的积极意义不能低估。当然,任何一种科学的观点,要充分发挥其应有的作用,被普遍肯定只是条件之一,另一个更重要的条件是观点本身的论证。就此而言,诉讼法学界仍有许多问题需要研究。例如,刑事诉讼法的独立价值与其作为保障实体法正确实施之工具价值的关系究竟如何?刑事诉讼法的各个不同的独立价值之间的关系如何?等等。

(二)刑事被告人的权利保护日益受到重视。尽管对我国刑事诉讼法是否规定了无罪推定这一对于被告人权利来说具有基础价值的原则,尚存在争论,但似乎已经没有人怀疑,保障被告人的合法权利是我国刑事诉讼的基本任务之一或主要价值取向之一。对此,只要比较一下传统理论将打击犯罪和保障无罪者免受刑事追究作为两项基本任务,就不难发现其中的积极意义。应当看到,保障无罪者免受刑事追究及保护其相应的实体和诉讼权利,与保护被告人的权利有着重要差别。如果仅仅是将无辜者的权利保护作为任务之一,那么,在刑事诉讼的诸项原则、制度的规定和设计上,在具体执行刑事诉讼法的规定时,难免出现忽视被告人权利的现象。正是因为注意到了这种差别,学者们揭示简易程序正当化的核心内容之一就应包括对被告人权利的保护,沉默权规定的价值和如实陈述义务之弊害,才会具有我们现在所看到的学术理论价值和实践意义。当然,保护被告人的权利已经成为学界探讨问题时的理论前提,也并不意味着其中没有需要进一步探讨的问题。例如,在刑事诉讼具体制度的设计和执行时,保护被告人权利的考虑与发现、揭露、证实犯罪的任务应如何协调,以及与我国的基本状况如何相适应问题等等。对这类问题的探讨,不应再局限于宏观层面上的一般性论述,诸如两者的矛盾及兼顾等,而应放在具体制度中予以进一步研究,如保释制度的具体设计及其执行等。

中国法律史研究述评

高旭晨* 张少瑜

本文是对最近三年来中国法律史研究的一个概括性述评。作者意在为法史研究者提供一些资料线索,反映出近年来此学科研究的主要动向,从而并不着重对研究成果的评价。本文所覆盖的科研成果以论文为主,同时也顾及各种著作和资料整理。为了叙述的方便,本文对基础资料以外的研究成果采取了以下体例:凡是从整体或宏观上研究的成果入于通论部分;凡从部门法纵向发展角度研究的成果,入于专史部分;凡从历史阶段横向划分研究的成果,入于断代部分;其他议论性较强、能形成讨论热点的成果,入于专题部分。由于篇幅限制,也由于作者的寡闻和疏忽,可能会将许多极为重要的研究成果遗漏,愿法史界同仁多存谅解。

一、关于史料的整理和研究

古籍整理方面,最为重要的成果有以下几项:1. 刘海年、韩延龙主持整理、编辑的两卷本

* 中国社会科学院法学研究所助理研究员。

《沈家本未刻书集纂》。^[1] 由于许多原因,沈家本的著作,除已刊的《寄文存》和《沈寄铨先生遗书》外,大量的遗著在沈家本逝世后的80余年里,未获刊行。《集纂》的出版填补了这一空白,是法史学界的一项非常重要的成果。《集纂》共收录沈家本未刻书二十一种六十八卷,法学类为主要部分。据悉,沈家本的一些著述和日记等仍有许多未刊印者。《集纂》的编辑整理者,已开始整理沈家本的这一部分书稿,待完成后以《沈家本未刻书集纂续编》的形式出版。2. 刘海年、杨一凡主编的《古今珍稀法律集成》。^[2] 该书为14卷本的大型法律典籍汇编,共收录了散失于我国大陆、台湾和日本、美国、俄罗斯等海内外各地稀见的中华法律古籍文献近60种。其中原件为孤本的多种,且多为中国历代具有代表性的重要典籍,具有极高的史料价值。3. 刘俊文、田涛主编的《官箴书集成》,^[3] 全书共10册,收书101种。选用完整精版本,三成成为稀见本,其中一些为田涛的私家藏本。4. 田涛、郑秦、宋格文(美)编著的《田藏契约研究》,^[4] 该书收入明朝万历年至1969年共600年间的契约文件1000余件,地域所及达全国22个省,300个县市。该书是研究中国古代至近现代民法发展的必备参考资料。5. 田涛、郭成伟编辑、整理的《明清秘本官牍五种》。^[5] 本书部分材料为国内所无,由编者从海外采回,计日本、法国及台湾各一种,另有国内私家藏本两种。6. 田涛总策划的《中华传世法典》,^[6] 该套典籍共收录中国历史上最为重要的法典六种,计为:《唐律疏议》(刘俊文点校)、《宋刑统》(薛梅卿点校)、《大元统制条格》(郭成伟点校)、《西夏法典》(史金波点校)、《大明律》(怀效峰点校)和《大清律例》(郑秦、田涛点校)。

在史料研究方面,霍存福的《龙筋凤髓判判目破译》^[7] 认为,张簇的判词问目是武周、中宗两朝的实录,具有极高的史料价值。马小红的《吕刑考释》^[8] 一文考订了《吕刑》制定年代,将《吕刑》译成白话文,同时重新进行点校,在前人考释的基础上,对《吕刑》逐字逐句进行考证。另外,史金波的《西夏天盛律令及其法律文献价值》^[9]、何勤华的《华洋诉讼判决录与中国近代社会》^[10] 和《法经略考》^[11]、王志强的《名公书判清明集法律思想初探》^[12]、杨一凡的《22种明代稀见法律文献版本述略》^[13] 等文章,也是史料研究方面的重要成果。

二、通论性研究

在这一部分中,比较重要的研究成果当首推张晋藩主编的多卷本《中国法制通史》。这套书刚由法律出版社出版,是我国法制史学界许多知名学者多年来研究成果的汇集,反映了我国

[1] 中国社会科学出版社1996年版。

[2] 科学出版社1994年7月版。

[3] 黄山出版社1997年版。

[4] 中华书局1997年版。

[5] 中国政法大学出版社1999年版。

[6] 法律出版社1998年至1999年陆续出版。

[7] 《吉林大学社会科学学报》1998年第2期。

[8] 《法律史论集》第一卷,法律出版社1998年版。

[9] 《法律史论集》第一卷。

[10] 《中外法学》1998年第1期。

[11] 《法律史论集》第一卷。

[12] 《法学研究》1997年第5期。

[13] 《法律史论集》第一卷。

目前研究的较高水平。此外还有:张晋藩的《中国法律的传统与近代转型》。^[13]该书将中国法律传统概括为12个基本方面,具有启发性,如果对比伯尔曼所概括的西方法律传统10个方面的特征,^[14]可以做为研究中的重要参考。作者还对传统法观念的转变这一问题进行了深入的分析。张建国的《中国法系的形成与发达》。^[15]该书的研究范围为汉代与三国时代的法制。作者对军法与刑罚、军法与古代作战方式的关系及曹魏实行户调制的原因进行了探讨。他否定了长期以来一直认为三国沿用汉律很少改变的说法,指出“科”的出现带来三国法制的大改观,曹魏律令的制定代表律令体系发展的一个新阶段。郝铁川的《中华法系研究》^[16]在研究风格上迥异于张建国,它的定位是观点优先。作者提出的具有创见性的论点似乎比他提出的论据具有更为重要的意义。“法典的法家化”、“法官的儒家化”、“民众法律意识的神鬼化”,究竟是不是可以涵盖中华法系的特点,本身并不重要,重要的是它们是一种客观存在。对此人们多知其然,但要阐明其所以然还有许多工作要做。

武树臣的《中国古代法律样式的理论诠释》^[17]对中国古代法律形态进行了事实的探究和理性的思索。他指出,中国的法律样式经历了由判例法发展为成文法,再由成文法发展为混合法的历程。自西汉到清末,中国法律样式的总体面貌是成文法与判例法相结合的混合法。判例法样式基本上能够适应宗法贵族政体的要求,它的理论支柱是“人治”和“仿上而动”;成文法样式基本上能够适应中央集权君主制政体的要求,它的理论支柱是“两权分立”学说以及“君权独上”、“缘法而治”。作者指出,荀子发现了成文法的弊端,其提供的礼法结合的治国理论,勾画出了混合法的蓝图。在混合法时代,“法”与“人”的作用在理论上已被置于同等地位,消弥了人法之争。

在研究中国法律传统的具体特点方面,有几篇论文值得注意。范忠信的《中西法律传统中的“亲亲相隐”》。^[18]虽然作者意图纠正的“误解”其实并不存在(其断言:“中国法史学界长期以来存在一个误解:亲亲相隐或亲属容隐,是中国传统法律特有的原则或制度。”这种断言可能有些草率),虽然过分强调中西之间关于容隐制度的共同性可能失之偏颇,但其研究成果无疑仍具有重要意义。作者在详尽考察了中外容隐制度的基本内容及其共同性后得出的结论认为它是人性在法律制度中的体现,它在当代社会中的功能和意义也值得研究和强调。在任何法律体系中,如果忽略了人类本质的东西,必然会走向歧途。制度的合理必须高于个案的合理。鼓励亲属间的告发、强迫亲属和挚友之间互证其罪、赞扬送子归案的父母,不但是对人性的嘲弄,也是制度的缺憾。马小红的《中国传统社会道德法律化浅释》^[19]认为,道德的法律化体现了中国法律的精神,符合中国传统法律追求的最高境界。以法律的合理治理为根本准则的西方思想观点来看待中国的传统法律,势必认为它是具有无法修补的缺陷的。但在中国的古代传统文化中,这种缺陷是合理的。如果在中国的历史传统中硬性地加入规范化的诉讼程序、条

[13] 法律出版社1997年版。

[14] 参看伯尔曼著,贺卫方等译:《法律与革命》。

[15] 北京大学出版社1997年版。

[16] 复旦大学出版社1997年版。

[17] 《中国社会科学》1997年第1期。

[18] 《中国社会科学》1997年第3期。范忠信关于容隐制度的相关研究成果还有:《“亲亲尊尊”与亲属相犯:中外刑法所暗合》,《法学研究》1997年第3期;《亲亲相为隐:中外法律的共同传统》,《比较法研究》1997年第2期;《中国亲属容隐制度的历程、规律及启示》,《政法论坛》1997年第4期。

[19] 《国学研究》第五卷,北京大学中国传统文化研究中心主办。

理分明的法律分类、完备的法典,那还是中国吗?在现代的中国,我们实际上也不可能如弃敝履般地彻底摆脱传统,而道德法律化,法律与道德相为表里毕竟是数千年统治经验的结晶。所以,使道德与法律找到结合点,将不失为现实法制建设的一条佳径。

在中国法律思想史中,没有比“礼与法”的关系更为重要的问题了。虽然在过去的研究中经常有人提到这点,但很少系统地论述它们。马小红的《礼与法》^[20]是研究这一课题的重要成果。她从中国社会本身发展的角度对中国传统法律进行探讨,不仅避免了简单化的批评,阐述了中国传统法律的合理性,而且也使我们思考这样一个问题:西人东来,在为我们提供了一种可能性的同时,是不是也扼杀了许多其他的可能性呢?作者声称“即使在清醒地认识到西法优于中法的近现代,中国人对于源远流长的民族法律传统也未曾失掉信心。”马作武的《传统法律文化中的礼与法》^[21]专门论述了礼与民法的关系问题。作者称:“无论是汉唐还是明清,各朝立法无一例外地以刑事为中心,既心照不宣,又相沿成习地将纷繁驳杂的民事关系拱手让与礼来调整。在这种前提下,古老的传统、现实的需求,加上儒家文化的氛围,导致司法审判中将礼奉为民事法律关系的基本准绳,这种选择也与古代统治者礼教立国的政治思想相契合,因而得以大行其道、全面推行。”徐忠明也认为,礼不仅影响中国传统法律文化的外在特征,而且成为它的内在精神气质。^[22]韩秀桃的《中国古代礼法合治思想在基层乡里社会中的实践》^[23]认为,在古代农业社会中,基层乡里社会为礼法合治思想提供了存在和发展的自然基础和社会条件,宗族自治与国家行政管理相结合的基层行政模式和礼法并用的基层乡官课考方式等是礼法合治的具体表现形式。

三、专史研究

学者对民商、经济、审判、监察等制度的历史较为注意,成果多在此方面。孔庆明、胡留元、孙季平的《中国民法史》^[24]按照现代民法的基本理论和总则、物、债、婚、继的基本结构对中国古代的民事法内容作了系统叙述。李祝环的《中国传统民事契约中的中人现象》^[25]是作者以中国传统民事契约为研究对象的系列论文中的一篇。该文对“中人称谓的演变”、“中人的作用、身份及连带责任”等问题进行了研究。刘海年的《中国古代经济法制之研究》^[26]一文对中国古代经济法制之目的、表现、特点及研究中应注意的问题作了简要的分析,并归纳出中国古代经济法制的若干特点。

杨一凡、刘笃才的《中国古代匭函制度考略》^[27]一文,对中国古代的举报制度——匭函制度的产生、功能和性质、匭函的具体管理方式以及匭函制度在五代、两宋时期的实行情况和变化等问题进行了细致的考证。董念清的《论中国古代赦免制度》^[28]对赦免制度的前后变化及

[20] 经济管理出版社1997年版。

[21] 《现代法学》1997年第4期。

[22] 见《“礼治主义”与中国古代法律观念》一文,刊载于《南京大学法律评论》1998年春季号。

[23] 《安徽大学学报》(哲学社会科学版)1998年第1期。

[24] 吉林人民出版社1996年版。

[25] 《法学研究》1997年第6期。

[26] 《南京大学法律评论》1996年秋季号。

[27] 《法学研究》1998年第1期。

[28] 《兰州大学学报》1996年第3期。

其与政治变化的关系进行了论述。汪世荣的《中国古代判例法制度》^[29] 试图对中国古代的判例现象作一个总体上的评说。他还著有《中国古代判词研究》和《中国古代判例研究》。^[30] 他对古代判例法的研究,虽然由于资料较为单薄还无法达到令人十分满意的结果,但在探讨我国古代法律样式上还是非常有意义的。

杜刚建的《无罪推定与罪刑法定——中国古代人身权利保障原则的新仁学思考》,^[31] 采用理性思考的方法,对无罪推定这一现代刑法原则在中国古代的产生和发展过程,进行了论述与评价。柳励和的《中国古代版权保护论略》^[32] 一文断言中国是世界上最早出现版权观念与活动的国家。作者认为,中国古代的版权保护在某些方面已接近现代版权的内涵,在世界版权史上应占有重要地位。姜建设的《古代中国的环境法:从朴素的法理到严格的实践》^[33] 认为,古代社会的环境禁忌体现着保护环境的朴素法理,它们虽然属于社会习俗的范畴,但却为环境法的发生作了准备。倪正茂的《中国古代生命立法述评》^[34] 把中国关于生命立法的时间推至周朝,认为最早记载生命立法的典籍是《周礼》。自此以后,我国古代生命立法沿着由简入繁、由粗而细、由不完备到基本完备的方向不断发展,其内容包括了行政、民事、刑事立法三大类,还扩及海港卫生检疫这一国际立法的前奏。杨平、路毅的《我国古代卫生法的特征》^[35] 一文简单论述了我国卫生法的基本特点及发展历程。以上几篇文章,表明现代法制的发展也影响了法史工作者的思路,中国法律史的研究领域正在不断地扩展。

此外,对古代少数民族法制史的研究,尤其是清代蒙藏地区的法制,近年来也涌现出许多有价值的成果,限于篇幅,此处从略。

四、断代史研究

1. 先秦时期

在法律起源问题上,李明德提出了新的思路。他的《中国法律起源模式探索》^[36] 一文把法律起源的模式定义为法律产生的具体途径或方式。作者认为,研究中国法律起源,不仅要指明它是由什么样的途径或方式产生的,还要指明它与西方法律的起源有何不同。为此,作者从“氏族战争与法律起源”、“氏族习惯与法律起源”、“中西法律起源模式比较”三个方面对中国法律起源的模式进行了探索。田成有也著文分析了战争与法律起源的关系。^[37]

在三代法律制度方面,也有进展。李力的《夏商法律研究中的若干问题》^[38] 所涉及的内容包括:文献所见夏朝的法律、文献所见商朝的法律、甲骨文所见商朝的刑罚、商朝的军法和商朝的司法审判活动。同一作者的论文《东周盟书与春秋战国法制的变化》,^[39] 采用“以点带

[29] 《判例与研究》1996年第1期。

[30] 中国政法大学出版社1997年版。

[31] 《天津社会科学》1997年第1期。

[32] 《湘潭大学学报》(哲学社会科学版)1997年第3期。

[33] 《郑州大学学报》(哲学社会科学版)1996年第6期。

[34] 《法学学刊》1997年第3期。

[35] 《山东医科大学学报社会科学版》1998年第1期。

[36] 《法律史论集》第一卷。

[37] 《酋邦战争与中国国家法律的起源》,《广东民族学院学报》1996年第1期。

[38] 《法律史论集》第一卷。

[39] 《法学研究》1995年第4期。

面研究方法,通过对具体文献的研究和分析,对当时法制变化的状况加以论述。刘向明也从誓盟诅约的仪式方面分析了与法的关系。^[40]李力还撰写了《出土文物与先秦法制》^[41]一书。本书在占有大量资料的基础上,注意了各种出土文物法制资料的横向比较,进而与文献资料相互印证,对法律史研究中的种种基本史料的误用情况做了必要的纠误。

先秦法律思想方面研究成果很多。首先是儒家。高恒的《富之教之、允执其中及其他》^[42]一文认为,孔子的治国之道最为重要的思想体现在:富之教之、允执其中、正名之治和为政以德四个方面。其中,以关于“允执其中”的论述富有创见。作者认为,“中庸之道”做为治国的理念,与治国的工具“礼”是相契合的。“礼”的“制中”特性,使得两者永远不会发生冲突。俞荣根的《“法先王”——儒家王道政治的理想法》^[43]一文指出,古代中国的儒家政治以法先王、圣人为法权根据,他们法先王、法圣人,或“以先王为法”、“以圣人为法”。文章对“法先王”的价值、历史命运作了较深入的探讨,对儒家政治的“理想人格、理想政治、理想法”、“复古与开新”及“圣王与王圣”等思想内容进行了研究和剖析,结论是:以“王圣”观替代“圣王”观,实在是儒家的一种悲哀。法家研究也有进展。徐进在《商鞅法制理论的缺失》^[44]一文中,把商鞅的法制理论概括为:功利主义的法律工具论、强国弱民的制民论、只见民不见社会的人性论和以奸止为度的重刑论。其结论为:兴秦者商鞅的法律思想,亡秦者韩非的“集大成”之学。武树臣、李力出版了《法家思想与法家精神》。^[45]在这部著作中,作者对法家思想加以系统的论述并概括了法家精神的基本特征,认为在整个封建时代中,封建王朝一面标榜孔孟儒家学说,一面推行法家的治国之术,即所谓“外儒内法”、“明倡儒经、暗行法术”。其实,采取“外儒内法”态度的不仅仅为王朝的统治者,许多思想家也是如此,尤其是当社会生活处于动荡之时。比如,晚清变法思想家所推行的变法方案,大多渗透着法家思想,其行为准则也体现着法家的精神实质,但他们几乎都以儒家的面目出现,在其著作中所征引的文献也大多为儒家的经典,而法家的著作罕为引用。武树臣在《寻找最初的“法”》^[46]一文中,对古“法”字的形成过程进行了法文化考察,认为“法”是由三方面因素结合而成的:首先,一个世代代执掌兵刑的部族,在古代法律生活中发挥了持久的影响;其次,水在原始社会中具有禁忌上的和行为准则上的特殊功能;其三,在诉讼活动中证据具有重要的意义以及由此产生的严重的后果。还有文章对儒、法、道、墨四大家以外的其他学派的法律思想进行了探讨。胡旭晟的《先秦名家学派法律观阐释》^[47]通过对曾与儒、墨、道、法等显学并称于世的先秦名家学派之基本学说所进行的思辨性考察,概括了其独特的法律观,并对这种法律观的形成及其后果进行了逻辑分析。高积顺的《论邓析》^[48]一文对邓析的时代、思想、活动及运数等方面也进行了独到的论述。达知的《孙子法律思想述

[40] 《誓盟诅约与我国先秦法制》,《嘉应大学学报》1997年第1期。

[41] 大象出版社1997年版。

[42] 《法律史论集》第一卷。

[43] 《法律史论集》第一卷。

[44] 《法学研究》1997年第6期。

[45] 中国广播电视出版社1998年版。

[46] 《学习与探索》1997年第1期。

[47] 《法学研究》1997年第6期。

[48] 《法律史论集》第一卷。

面研究方法,通过对具体文献的研究和分析,对当时法制变化的状况加以论述。刘向明也从誓盟诅约的仪式方面分析了与法的关系。^[40]李力还撰写了《出土文物与先秦法制》^[41]一书。本书在占有大量资料的基础上,注意了各种出土文物法制资料的横向比较,进而与文献资料相互印证,对法律史研究中的种种基本史料的误用情况做了必要的纠误。

先秦法律思想方面研究成果很多。首先是儒家。高恒的《富之教之、允执其中及其他》^[42]一文认为,孔子的治国之道最为重要的思想体现在:富之教之、允执其中、正名之治和为政以德四个方面。其中,以关于“允执其中”的论述富有创见。作者认为,“中庸之道”做为治国的理念,与治国的工具“礼”是相契合的。“礼”的“制中”特性,使得两者永远不会发生冲突。俞荣根的“法先王”——儒家王道政治的理想法^[43]一文指出,古代中国的儒家政治以法先王、圣人为法权根据,他们法先王、法圣人,或“以先王为法”、“以圣人为法”。文章对“法先王”的价值、历史命运作了较深入的探讨,对儒家政治的“理想人格、理想政治、理想法”、“复古与开新”及“圣王与王圣”等思想内容进行了研究和剖析,结论是:以“王圣”观替代“圣王”观,实在是儒家的一种悲哀。法家研究也有进展。徐进在《商鞅法制理论的缺失》^[44]一文中,把商鞅的法制理论概括为:功利主义的法律工具论、强国弱民的制民论、只见民不见社会的人性论和以奸止为度的重刑论。其结论为:兴秦者商鞅的法律思想,亡秦者韩非的“集大成”之学。武树臣、李力出版了《法家思想与法家精神》。^[45]在这部著作中,作者对法家思想加以系统的论述并概括了法家精神的基本特征,认为在整个封建时代中,封建王朝一面标榜孔孟儒家学说,一面推行法家的治国之术,即所谓“外儒内法”、“明倡儒经、暗行法术”。其实,采取“外儒内法”态度的不仅仅为王朝的统治者,许多思想家也是如此,尤其是当社会生活处于动荡之时。比如,晚清变法思想家所推行的变法方案,大多渗透着法家思想,其行为准则也体现着法家的精神实质,但他们几乎都以儒家的面目出现,在其著作中所征引的文献也大多为儒家的经典,而法家的著作罕为引用。武树臣在《寻找最初的“法”》^[46]一文中,对古“法”字的形成过程进行了法文化考察,认为“法”是由三方面因素结合而成的:首先,一个世代代执掌兵刑的部族,在古代法律生活中发挥了持久的影响;其次,水在原始社会中具有禁忌上的和行为准则上的特殊功能;其三,在诉讼活动中证据具有重要的意义以及由此产生的严重的后果。还有文章对儒、法、道、墨四大家以外的其他学派的法律思想进行了探讨。胡旭晟的《先秦名家学派法律观阐释》^[47]通过对曾与儒、墨、道、法等显学并称于世的先秦名家学派之基本学说所进行的思辨性考察,概括了其独特的法律观,并对这种法律观的形成及其后果进行了逻辑分析。高积顺的《论邓析》^[48]一文对邓析的时代、思想、活动及运数等方面也进行了独到的论述。达知的《孙子法律思想述

[40] 《誓盟诅约与我国先秦法制》,《嘉应大学学报》1997年第1期。

[41] 大象出版社1997年版。

[42] 《法律史论集》第一卷。

[43] 《法律史论集》第一卷。

[44] 《法学研究》1997年第6期。

[45] 中国广播电视出版社1998年版。

[46] 《学习与探索》1997年第1期。

[47] 《法学研究》1997年第6期。

[48] 《法律史论集》第一卷。