

第八部分

法学各学科发展概况

法 理 学

【概况】 2010 年的法理学研究是在总结、求实和创新的主流意识下科学发展的。在世界经济危机尚未根本好转的国际大背景下,我国经济的稳步发展令人感到欣慰,然而自然灾害的频发与社会问题的凸显,要求法理学研究进一步与我国现阶段的经济、政治、文化、社会等各方面的发展相适应,努力为实现社会主义法治国家提供法律思想和法学理论支持。2010 年的法理学研究主要集中在“中国特色社会主义法律体系”、“社会转型与法治建设”、“马克思主义法学中国化的新发展”、“法理学发展方向”、“能动司法”、“以人为本”、“权利保障”等课题上。

2010 年召开的法理学学术会议主要有:1 月,在长春召开以“部门法哲学研究的新进展”为主题的第三届部门法研讨会。3 月,在香港城市大学召开“企业、人权与正义”国际学术研讨会,在北京召开“中国特色社会主义法律体系专家座谈会”。4 月,在中国人民大学召开“马克思主义法学中国化暨庆祝孙国华教授从事法学理论研究六十年学术研讨会”。5 月,在江苏举办“人民法院能动司法”论坛。6 月,在新疆乌鲁木齐举办第五届“中国·西部法治论坛”,在中国社会科学院法学研究所召开“形成和完善中国特色社会主义法律体系”理论研讨会,在西班牙马德里召开“中欧司法研讨会”。7 月,在长春召开“全球治理与国际法治”国际学术研讨会。8 月,在哈尔滨召开以“社会主义法治理念与中国法治之路”为主题的中国法理学年会。9 月,在重庆举办以“完善中国特色社会主义法律体系”为主题的第五届中国法学家论坛。10 月,在中国人民大学召开第二届残疾人权益保障国际研讨会,在中国人民大学召开“转型中的法律体系:中国与世界”国际学术研讨会,在中国社会科学院法学研究所召开“王家福依法治国学术思想”研讨会。12 月,在厦门召开第二届“中美司法与人权”研讨会,在中国社会科学院法学研究所召开

“宪法与法律体系”学术研讨会,在山东大学召开“人的尊严与权利保障”学术研讨会。

【中国特色社会主义法律体系】 2010 年是形成中国特色社会主义法律体系的收官之年,中国特色社会主义法律体系成为法学界探讨的热点。在对中国特色社会主义法律体系是否形成这一问题进行探索时,有学者认为,判断中国特色社会主义法律体系是否形成的标准有两个。第一个标准是实践标准,即我们现行的法律大体满足了人们生活当中的需要。具体体现为:一是国家管理社会的基本制度已经法制化;二是我国的政治建设、经济建设、社会建设、文化建设以及生态文明建设等各个方面都做到了基本有法可依;三是现实生活当中公民的基本权利在现有的法律下能够得到基本的保障。第二个标准是形式标准。首先是法律的数量已经大大增加,法的总数量已经超过了法国、日本、德国三个法学发达的国家。除了数量之外,还有四个标准:一是法律部门是否齐全?我们七个法律部门现在已经进入轨道。二是每个部门当中的基本的法律或者说是支架性的法律是否已经具备?目前这七个部门当中最重要的法律基本上已制定。三是和法律相配套的法规是否建立起来?现在看来基本上能够配套。四是法律体系的内部是否和谐一致?这要看法律、行政法规、地方性法规相互之间的协调程度,看它们之间是否和谐。从这四点来看中国特色社会主义法律体系已经形成。

有学者认为,在研究和讨论中国特色社会主义法律体系是否形成的判断标准时,要坚持两个统一,即法律效果和社会效果的统一,法律形式的内在和外在的统一。法律体系的定位,不能脱离社会实际,而应当从法律和社会的互动来定位。社会的发展是相对的,法律体系的成熟也具有相对性,不能等待所有的社会关系成熟之后法律体系才能成熟。如果说我们一定要等待社会发展成熟以后法律体系才能形成、才能

成熟,那么我们永远也不会成熟,法律体系永远不会形成。我们必须立足于解决我们眼前的问题。当然另外一方面也要看到由于社会发展是永无止境的,法律在满足社会发展的需求上确实需要一个漫长的过程,因此判断中国特色社会主义法律体系是否形成不能只看法律的数量和类别,而重心应该看它与社会发展相适应的程度。只要能够有效地适应中国特色社会主义发展的要求,能够在总体上满足中国特色社会主义法律发展的需要就可以说法律体系已经形成。因此法律体系的建构不仅仅是立法工作本身的建设,更重要的是与社会发展相契合的程度。还有学者认为,完善中国特色社会主义法律体系,应当把各种基本社会关系合理纳入法律调整范畴。如,国家的经济关系、政治关系、文化关系、社会关系、国际关系的各个方面,以及国家与公民、中央与地方、地方与地方、公民与公民、公民与社会组织、各个党派之间、各个民族之间、各种组织之间、权利与义务、权力与责任、人与自然、人与社会等,使国家政治生活、经济生活、社会生活和文化生活的主要方面,都实现有法可依。目前,我国还有许多社会关系没有纳入法律调整规范的范围,仍存在一些立法空白。

在探讨中国特色社会主义法律体系中法律部门的划分时,有学者认为,目前关于七个法律部门的分类方法具有一定的中国特色,但是还不能很好地反映法律适应社会现实发展的要求。首先,环境资源和军事立法应当考虑独立出来。其次,实体和程序一体化的立法思路也可以考虑,例如:可以将刑法与刑事诉讼法,民法与民事诉讼法有机地结合在一起,从而保证刑事审判工作的统一性和整体协调。再次,从法制原则出发,考察一个国家的法律体系时,应当首先突出宪法,然后,在宪法之下再来划分具体的法律部门,这样才能体现出宪法的根本法特性,也能够很好地处理宪法与部门法之间的逻辑关系。有学者指出,七大法律部门的划分并不科学,应当根据调整方法和调整领域,把法律划分为若干调整方法类别法和若干调整领域类别法。宪法是国家的根本大法,规定的是国家各方面社会关系的根本调整方法,因此它理所当然归入前者。民法规定了平等主体人身关系和财产关系的基本调整方法(基本调整方法服从于根本调整方法),行政法规定了行政管理方面的基本调整方法,刑法规定了刑事法律关系的基本调整方法,诉讼法规定了纠纷司法救济或者准司法救济的基本调整方法,也都理应归入前者。领域法是利用这些调整方法来解决具体领域社会问题的类别法,如环境法是利用宪法、民法、行政法、诉讼法规定的调整规则或者方法(包括特殊的方法)来解决环境问题的领域法;军事法是利

用宪法、民法、行政法、诉讼法规定的调整规则或者方法来解决军事问题的法;婚姻家庭法是利用宪法、民法、行政法、诉讼法规则解决婚姻家庭问题的法。

有学者从宪法视角来看中国特色社会主义法律体系的形成与发展,认为宪法是我国的根本法,是其他一切法律、法规产生、实施的依据,在中国特色社会主义法律体系中,宪法处于核心地位。我国采取的是成文宪法的制度,除了宪法典及宪法修正案之外,其他一切法律、法规都必须置于宪法的统帅下。不能认为和主观设计出“宪法相关法”、“宪制性法律”和“宪法性法律”的概念,使得宪法与一般法律之间的关系处于混乱状态。在最高国家权力机关正式宣布形成中国特色社会主义法律体系时,必须将宪法与一般法律严格地区分开来,否则,就可能模糊法律体系的层级关系和体系自身的意义。在形成中国特色社会主义法律体系的过程中,必须要贯彻“法制统一原则”,其中,树立宪法的根本地位和权威性,真正以宪法为核心来构建法律体系的结构,是保证中国特色社会主义法律体系“有效形成”的前提。如果在表述中国特色社会主义法律体系的法律特征时,仍然掺杂着更多的政治因素的考虑,将一些似是而非的认识作为中国特色社会主义法律体系的正当性依据和理论前提,势必会大大影响正在形成中的中国特色社会主义法律体系的制度意义。

有学者在国际法的视野下审视中国特色社会主义法律体系的形成,认为通常所说的法律体系,指的是一个国家内部全部现行法的有机整体,不涉及国际法。在国家交往较少、国际联系不密切的条件下,国际法处理国家间的关系,而国内法处理国内关系,在主权原则的指导下二者界限清晰。但随着经济全球化的发展,国家、国际组织及其相互之间的联系日益紧密,国际法与国内法的因素越来越多地互相交织在一起。主要产生以下两大趋势:一是国内法的国际化,即在一国或一个地区范围内通行的法律制度由于某种原因而在更广泛的领域、在全球流行。中国改革开放以来在各个法律领域立法过程中广泛借鉴了国外相关立法。二是国际法的国内化,即国际组织的条约、规章为国内法所接受,转变为对国内具有法律约束力的规则。随着中国越来越多地融入世界经济、政治和文化的交往过程中,国际法对中国国内法的影响也呈现出越来越大的趋势。中国参加的国际条约的数量是国际法对中国影响的一个重要指标。

有学者对中国特色社会主义法律体系形成后的理论研究提出了新的要求,即法学理论工作者应当以中国特色社会主义法律体系的形成为契机,坚持从我国社会主义初级阶段的基本国情出发,牢牢把握我国经

济社会发展的阶段性特征,以改革开放以来我国民主法治建设的实践为基础,进一步加强对以下四个方面的理论研究:(一)进一步加强对中国特色社会主义法律体系形成重大意义的理论研究;(二)进一步加强对中国特色社会主义法律体系形成基本经验的理论研究;(三)进一步加强对中国特色社会主义法律体系基本特征的理论研究;(四)进一步加强对完善中国特色社会主义法律体系的理论研究。这是全面落实依法治国基本方略、进一步完善中国特色社会主义法律体系的必然要求,是不断深化法学研究、推动法律体系理论创新发展的客观需要,是当代中国法学理论工作者的神圣使命。

【社会转型与法治建设】 社会转型强调改革与发展,法治建设则强调维持传统的价值与稳定的秩序,这种看似矛盾的关系引起了法理学界的关注。有学者认为,在人类的法律制度中,确定性始终是值得追求的价值;但是,由于社会生活的复杂性和可变性,法律实践者必然会不断提出变革法律和变通适用法律的要求,于是,灵活性又被纳入法律制度之内,成为维护法律自身价值的又一种力量。无论哪一种法律制度当中,都始终存在的努力协调法律的确定性与灵活性之间关系的制度机制,可以用“法律的适应性”概念加以描述。正是“法律的适应性”机制,使得法律能够不断满足复杂的社会生活需要,成为法律生命力的源泉。有学者认为,社会转型必然引起法的理论和制度体系的统一性运动。殷周之际的社会转型形成了道德人文法思想和礼乐刑政模式;春秋战国至秦汉的社会转型形成了礼法结合、德主刑辅的法律思想和制度模式;唐宋之间的社会变动,没有改变法的统一性,但理学使法的统一理论达到了顶峰,实现了哲理、法理、天理和人情的融会贯通。晚清社会转型,使传统中国法的统一性解体,同时开启了新的中国法的统一性运动。法的统一性运动在传统中国有其必然性和长期性,而且是统一在道德原理之上的,这对未来中国法的统一性仍有影响。当代中国法正在道德和自由这两个基本原理的支配和社会主义平等理念的指引下向着新的统一性的方向发展。

有学者引入了“国家能力”的概念,认为法治乃是常规社会的稳定器,但它在大变革的社会中并不能增强“国家能力”以对外驱逐侵略,对内重构秩序。法治之要旨固然在于限制国家权力的专横,但在所谓后发国家,法治的建成却依赖于强大的国家能力。而“国家能力”就是理解近代以来中国法制变革的一个有解释力的理论框架。在刀光剑影的救亡图存之中,铁与血是时代主题;而当和平建设之际,法治却可能是我们更优先的选择。法治不是被植入的,不是被嵌

入的,它必须与我们的社会和生活有机地结合在一起,它最终必须是从我们的社会与生活中“生长”出来,用以满足我们这个民族的时代的需要。有学者从法治自主性的角度出发,认为我国正处于法治进路的转型之中,亦即从偏重于学习和借鉴西方法律制度和理论的追访型进路转向以适应中国国情、解决中国实际问题为目的的自主型进路。在这种转型中,必须对法治理论和制度中的一些重要问题予以审慎的思考和辨识,在充分考虑我国基本国情及其对法治的影响的基础上,形成深化法治的主导思路,高度重视可能出现某些偏失,避免局部性、阶段性的始乱终弃。有学者从法治信念的角度出发,认为中国的法治建设,在起步阶段就遇到一系列理论冲突与现实矛盾,这属于法治进程中的正常现象。面对冲突的理论和复杂的社会现实,法律人对法治的信念不能丢失。信念的丢失而引发法治危机的说法多少有点危言耸听。当然,也许只有在法治论者的苦苦挣扎中,我们才能够深入理解法治的真谛。而坚守法治信念则应是法律人的基本意识形态,也是法治理论和法治建设中不可缺少的精神支柱。

有学者从地方法治的角度出发,认为我国在推进法治建设的过程中,一直着力于解决经济建设中的计划与市场、政权建设中的制度化与非制度化、利益分配上的国家与社会等三个逻辑上相互关联的问题。在解决这些问题的过程中,我国法治呈现出自己具有中国特色的道路,即因为推动经济发展的需要,中央与地方之间建立了权力分工体制,为法治与宪政奠定了一个初步的基础;进而推动了国家政权正规化的建设,建立了系统而完善的国家机构以及国家机构权力运行的法律框架;市场化的经济体制改革促进市场主体与市民社会的发育,与逐渐强大的国家机构体系发生了激烈碰撞。国家一方面面临进一步保护市场主体权利的问题,另一方面,面临着规范国家权力行为的艰巨任务。上述三大问题及其解决,勾勒出了我国法治建设的基本路径与框架。有学者总结了转型时期社会主义法治建设的经验和要求:治国理政,发展是第一要务,稳定是第一责任,依法办事是第一要求;以人民代表大会制度为载体,从制度上、程序上实现党的领导、人民当家作主、依法治国的有机统一;怎样科学地管理国家权力,是社会主义法治建设需要继续回答的重大课题;社会主义法制统一是整体法律秩序下多元化的统一;强化程序法治是建设社会主义法治文明的必由之路。

【马克思主义法学中国化的新发展】 在对马克思主义法学的本质进行再认识的过程中,有学者认为,马克思主义法学是以马克思主义的世界观、方法论为

指导来研究法律现实的一切法学学科的总称,是一个庞大的、不断发展的知识体系,可以从指导思想、研究对象、学科体系、创立、发展、职能等多角度综合把握。马克思主义法律观是马克思主义法学的核心部分,在法学研究中坚持马克思主义法律观,首先必须对马克思主义的基本理论认真研究、认真学习。坚持才能发展,从实际出发,唯物地、辩证地、发展地看问题,在解决现实法律问题的过程中也就发展了马克思主义法律观。有学者认为,法的本质是法学研究的核心问题,然而法的本质的界定,又必须从人性、一般性、渐进性三个方面来进行。从本体上而言,法是阶级意志与国家意志的统一,它体现了法本质中最为核心的内容。然而,意志本身必须受到制约,这包括两个方面:理性是制约法的意志性的内在因素,而物质生活条件则是制约法的意志性的外在因素,由此来保证法的合理性。还有学者认为,研究法学的中国化,就必须研究马克思主义法理学的中国化。马克思主义法理学是西方法学传入中国的最重要的一种思想和学说,作为法学的基本理论和基本方法,马克思主义法理学从传入中国的那一刻起,就影响中国法学的发展方向,决定中国法学的发展进程。在某种意义上说,马克思主义法理学的中国化进程就是西方法学中国化的缩影。

在探索我国法学研究应该如何坚持并发展马克思主义法学的过程中,有学者认为,中国的马克思主义法学要发展,必须:一、坚持以马克思主义世界观、方法论为指导;二、从中国实际出发,立足于时代要求和实际,不能停滞不前,也不能过于超前;三、正确解决马克思主义法学与非马克思主义法学、旧法学的关系,借鉴人类积累的政治文明、法律文化的一切优秀成果,但是不能照抄照搬,对过去的法学文献要进行马克思主义的梳理和分析;四、正确处理学术问题与政治问题的关系;五、重视马克思主义法学教育,把学生引向正途、正规,引进马克思主义法学之门,传道(传马克思主义之道)、授业(授人类积累的、包括我国人民在中国共产党的领导下积累的政治文明和法律文化之业)、解惑(回答学生的思想困惑),而不是让学生陷入迷茫,无所适从。有学者认为,马克思主义法学应当是指以马克思主义基本理论为指导所形成的以社会管理治理为主题的法学。稳态社会的法与解构社会的法具有不同的命运。就马克思主义对正义的终极追求而言,她是和法律的价值本质与共的。以马克思主义学说作为理论指导的法学,其终极使命就是,如何将现存社会构建为一种堪称正义、社会成员们和谐共存的社会。当代中国法学需要马克思主义理论指导,但要以社会建构为主题的马克

思主义理论为指导,而绝不能把以批判、促进社会解构为理论主题的马克思主义理论作为当代中国法学研究和法治建设的指导。面对马克思主义法学中国化的难题,当代中国法学应当大声疾呼地弘扬马克思主义的价值理念——追求和实现一种不同于自由资本主义时期的以个人权利为本位的表象正义的更高形态的社会正义。

为了实现马克思主义法学中国化的新发展,有学者认为,首先要正确理解马克思主义法律观和法学方法论。法的发生和发展是法内在的基本矛盾运动所决定的,法内在的基本矛盾是,人们对社会生活的秩序、安定、公平、正义的追求与人的自利性、权力的扩张性的矛盾。法既是客观性和主观性的统一,又是共同性和特殊性的统一。其次,要坚持马克思主义法学的基本原理。法是随着私有制、阶级和国家的出现而出现的,是对现实社会关系和经济关系的概括,为维护现实社会关系和经济关系服务。法的内容受特定的物质生活条件制约,随着物质生活条件的发展而发展。法是国家意志的体现,在阶级社会代表统治阶级的意志,在阶级消亡后的社会主义国家代表全体人民的意志。从本源意义上讲,权利与义务、权利与权力的关系是法的基本内容。从表现形式上看,法学是国家之学,是关于国家与法的学说,是人、国家、社会的辩证统一。当下,以人为本、法治国家、和谐社会的提出及其辩证统一,构建了中国特色社会主义法学的基本框架,是马克思主义法学在当代中国的最新发展。

有学者从全球化的角度对当代中国马克思主义法学中国化进行评估,认为马克思主义法律思想体系是人类法律文化思想宝库中的瑰宝,中国共产党将马克思主义法律思想体系与中国法制建设的实践紧密结合,用以指导中国法律体系的建立和法学研究的发展,较好地实现了马克思主义法律思想中国化的历史使命。当今,在世界全球化的潮流之下,马克思主义法律思想并没有过时,其自身所蕴涵的全球化理念,使它成为全球化背景下进一步中国化的理论基础。

【法理学发展方向】 在2010年的全国法理学年会上,有专家提出了六个“始终坚持”,即始终坚持三权统一,不搞三权分立;始终坚持执法为民,不搞司法至上;始终坚持依法治国,不搞法律万能;始终坚持公平正义,不搞西方的形式平等;始终坚持三个效果(即法律、社会、政治效果)的统一,不只坚持法律效果;始终坚持实践标准,不坚持西方的双重标准。有学者则主张法理学研究的“去政策化”,改革开放以来,政策主要被看成法律实践的阻碍因素和影响法学学科自主的消极因素,这样的认识促成了制定

法意义上的中国主流法治话语的形成。另一方面,在完成了对政策的批判任务后,中国的法理学试图将政策驱逐出其研究领域,制定法、习惯、判例成为中国法理学的研究重心,此即法理学研究中的“去政策化”。但是,法理学研究的“去政策化”会带来诸多消极后果,法理学研究必须与制定法意义上的主流法治话语保持距离,唯此,法理学才能得到真正发展。

在探索西方法理学对我国法理学发展的影响时,有学者认为,法理学在中国近代社会的形成、发展与西学的传入、近代中国社会的特征密切相关。法理学西来并逐渐发展之日,正是传统法律在中国解体并断裂之时。近代中国的法理学是在批判传统、吸纳西学中形成的,所以其少有传统的因素。但随着社会的发展,新兴的法理学逐渐开始了与传统的结合,思想家们对传统法理也有了一定程度的肯定,并努力探索着中西法理的融合之路。有学者认为,全面梳理和探析西方法律理论发展的最新动态及未来走势,对批判地借鉴域外法律经验,拓展本土法律理论,具有十分重要的理论与现实意义。在全球化背景下,西方法理学正在发生快速地裂变与聚合,以德沃金《法袍中的正义》为主要标志,新自然法学派与分析法学派的论战进入哈特后时代,现实主义法学、经济分析法学和现代法学也都在进行学派内部的理论创新与超越。学科间的交叉催生新的火花,如法律与数学、法律与发展等理论的兴起,世界和谐、多元民主、自由、法治、正义与人权也已经成为法理学关注的热点。

有学者诠释了启蒙法理学对我国社会制度建设的作用,认为启蒙法理学在中国的产生和发展固然重复了启蒙哲学的经典主题,却带有鲜明的中国问题和时代特色,为此成就了中国社会成长所亟需的一系列正当性话语。在对法律的合法性、法律权威、法律主权和国家治理等论证中,强化了对矛盾原理、法律与连续性权威、代表和代理、自由和关系、“统”与“治”等问题和关系概念的理解,为进一步改革开放和国家制度建设提供了理论资源。

在研究部门法理学的作用与发展方向时,有学者认为,部门法哲学的重大意义在于它是连接哲学、法哲学与部门法之间的桥梁。它为部门法奠定基础,厘清概念,构建思维方式,提供终极的解释理由,促使部门法制度创新,并使部门法贯通起来。有学者认为,部门法哲学的研究具有十分鲜明的“双边性”属性和特征,无论是从实然认识角度,还是从价值权衡角度,都有必要充分认识这种“双边性”。从部门法哲学的“双边性”属性和特点出发来思考其深入发展的路径选择,可以得出三个基本结论:从学术共同整体构成的角度考虑,必须要走双边学者对话的合作之

路;从学术研究者个体担当的角度考虑,必须要走理性与经验结合的双向提升之路;从知识理论形态形成的角度考虑,必须要走“三环一体”的“专业槽”建设之路。还有学者认为,为了避免法学主体意识及内在特性的沦丧和法哲学精神品格的迷失,有必要重申回归纯粹的法理学和法哲学。与基于法认识论和法方法论、侧重于法的实证层面和应用领域的法理概括与探究的法理学不同,法哲学侧重于法的本体层面和价值领域的哲理概括与探究。就其精神品格与思维方式而言,法哲学既是一种前提性反思,即审视和追问对象赖以存在的前提,对法的本源、本质和普遍原理的追问;又是一种逻辑性反思,即对法学命题和理论的逻辑起点及逻辑展开的追问;还是一种价值性反思,即对法律规范和法学命题正当性的深层追问。部门法哲学研究与法哲学原理之间的对接不是生搬硬套或者简单移植,而是要在审视与批判有关部门法研究的基础上,注意与相应的部门法学话语体系的协调性与融贯性。

【能动司法】 有学者认为,能动司法大致是指法官不应仅仅消极被动地坐堂办案,不顾后果地刻板适用法律;在尚处于形成过程中的中国司法制度限制内,法官可以并应充分发挥个人的积极性和智慧,通过审判以及司法主导的各种替代纠纷解决办法,有效地解决社会各种复杂的纠纷和案件,努力做到“案结事了”,实现司法的政治效果、社会效果和法律效果的统一。有学者认为,在国际金融危机的司法应对过程中,能动司法已经成为了我国法学理论界和司法实务界广泛关注的一个重要课题。在当代中国,能动司法是人民法院和法官的一种司法理念、司法功能、司法方式和司法效果,进而成为人民法院和法官司法活动的基本取向。人民法院坚持能动司法,不仅要调整转变司法理念,更要深入推进能动司法制度建设,把一个时期以来人民法院和法官能动司法的经验加以总结,形成人民法院和法官共同遵守的司法准则,用于指导和规范司法工作的具体实践。

有学者认为,有必要弄清中国语境中的能动司法与西方司法能动主义的联系,进而才能阐明中国语境中的能动司法。在西方语境中,司法能动主义是一个多义性的概念,根据西方文献中司法能动主义的不同语义和语用,可将其大致归纳为三种:一是违宪审查意义上的司法能动主义。这里是指以“马伯里诉麦迪逊案”判决为实践标志、主张和坚持司法对于立法、行政等政治行为具有合宪性审查权力的司法意识形态。二是实用主义或现实主义意义上的司法能动主义。这主要是指有霍姆斯、卡多佐、庞德,以及当代的波斯纳等人倡导和主张的、以实用主义或现实主义

为其哲学基础的司法能动主义。三是混合意义上的司法能动主义。从西方司法能动主义的多语义和语用来看,当下中国语境中的能动司法主要与实用主义意义上的司法能动主义相重合,并且,由于司法制度上的差异,这两者之间的重合也是有一定限度的。

有学者认为,能动司法是当代中国法律人的智慧结晶,它是中国的本土资源,而不是所谓的舶来品。当代中国能动司法的内涵主要包括三个方面:围绕服务经济社会发展、维护社会和谐稳定、保障人民合法权益的要求,运用政策考量、利益衡平、柔性司法等方式履行司法审判职能的服务型司法;分析研判形势,回应社会需求,参与社会治理的主动型司法;根据经济社会发展要求,未雨绸缪,超前谋划,提前应对,把矛盾纠纷解决在萌芽状态的高效型司法。还有学者认为,能动司法是一种适应农村基层法庭的审判方式,该审判方式要求法官充分发挥积极性和主动性,充分运用法院职权,保护当事人的合法权益。陈燕萍审判方法,虽然形成于能动司法的理念提出之前,但却是深得能动司法的精髓的。能动司法正在成为指导当下法院司法工作的新理念,对处于审判活动第一线的法官来说具有指导意义。

在如何发展能动司法的探索中,有学者认为,作为一种司法理念或司法方式,中国的能动司法与西方司法能动主义既有知识上的缘脉关系,也有现象上的同质性,但由于各国政治以及司法制度的不同,两者亦有一定区别,总体上应将中国能动司法视为世界法治语境中司法能动主义的一种特殊形态。西方司法能动主义是以司法独立性较强、全社会规则化意识较为明确、法官职业化制度较为成熟为基本条件的,因此,对于国情差异较大的中国来说,能动司法在实践形式上对西方司法能动主义应既有保留,又有创新和发展,同时应从多方面建立相应的保障机制。在宏观上,要建立良好的司法与政治互动机制;在中观上,要建立有效的最高司法机构指导机制;在微观上,要建立合理有序的法院内部审判运行机制。有学者认为,能动司法与大调解对于转型时期的中国社会具有重要、现实的社会和政治意义。但由于社会的陌生化,非商事纠纷的解决率和调解成功率呈下降趋势。应注重从边际成本收益的视角全面理解和把握审判和调解在不同地区和不同层级法院的社会效果,充分发挥不同法官的判决或调解才能,重视判决相对于调解的制度收益,避免意识形态化地强调判决或调解的优先性和单一的评价标准。应采取多种措施促进纠纷的有效解决,但必须注意避免能动司法可能引发的不利司法实践和后果。

有学者认为,转型时期中国社会呈现出高风险状

态,在民众中确立新的共同价值观和实现社会治理模式的规则之治是风险控制与秩序重建的两个基点。能动司法的出现回应了转型时期风险控制、秩序重建的需要,因而获得高度的政治合法性。“能动”应有之意包括:通过裁判确立风险社会的法治信念,重建社会共享价值体系;通过始终如一的适用法律,实现社会治理模式向规则之治转型;完善民众参与司法机制,让司法成为第一块“公共领域”。能动司法应当建立在对司法的本质属性与时代使命的准确把握的基础上,在政治功能与审判职能之间保持必要的张力和平衡。有学者认为,近来,实务界一直在高调倡导能动司法或司法能动,从而勾起了理论界对司法能动主义探索的热情。像往常一样,实务界提出的问题,基本是在感觉的基础上理解能动的意义的,没有经过认真的认证。从哲学意义上看,司法能动是法律解释的本质,然而法治要求法律人应该是理性、克制地能动司法,否则能动就变成了毁坏法治的口号。在司法过程中即使少不了能动也不能忘记根据法律进行思维,不顾法律意义的安全性而任意能动并不符合法治的基本要求。

有学者认为,学界关于司法能动和司法克制的探讨有助于改进我国的审判管理体制。在我国当前的审判管理体制中,审判独立是法院独立而非法官独立,审判委员会制度导致审判分离,案件审批签发制度使得法官屈服于行政权威,审判解释制度突出了法院而抑制了法官。这种体制是在强化法院的地位而淡化法官的地位,具有明显的法院能动和法官克制的色彩。从理论上说,法官是司法的实质主体,应当能动司法,法院是司法的形式主体,应当对法官的能动保持克制,法院的克制应服务于法官的能动。我国的审判管理体制应当遵循这种思路,理顺法官和法院的关系,赋予法官能动的审判权,限制法院对法官审判的干预。

【以人为本】 对于近年来提出的“以人为本”的理念,有学者认为,中国古代的民本思想强调的是官民关系中的以民为本,而“以人为本”则是在更广阔的领域中思考人的尊严和权利的追求,它是中外历史上人本主义、民本主义的继承和发展,是当代人类文明发展中有关这一命题的各种进步理念的高度概括和理论升华。“以人为本”的具体内涵可以归纳为如下十点:人的价值高于一切;人是目的,不是手段;人是发展的中心主体;促进人的全面发展;崇尚和彰显人性;坚持人的独立自主;尊重人的首创精神;权利优位于义务;权利优位于权力;尊重和保障人权。保障人权是现代法律的根本目的,“以人为本”应成为现代法律的根本价值准则。依据“以人为本”的科学

内涵指导社会主义法治建设,可以将其概括为“法的人本主义”。有学者则对上述观点提出质疑,认为“法的人本主义”在相当程度上把“以人为本”视同人本主义,把法制建设要“以人为本”归结为法的人本主义或人本主义法律观。“以人为本”的法律观是基于辩证唯物论和唯物史观的马克思主义法学的新发展,而法的人本主义或人本法律观则是泛带人本主义、民本主义性质的抽象化法律理论,二者的内蕴有着本质差异。另外,法的人本主义意涵相关的权利优位于义务和权利优位于权力的提法也不尽恰当,值得商榷。

有学者将“以人为本”应用到司法实践领域,认为“以人为本”作为科学发展观的核心,对于司法而言具有特别重要的意义。司法以“现实的人”为作用对象,有利于彰显国家将人视为目的的理念,保障人民权利的实现,也是在法律实践的层面最终完成人是价值本体的环节。对于司法而言,人民性、平等性、人道性、教育性构成了“以人为本”理念下司法的应有品性。以人为本在司法实践中,就是要以当事人为本,特别要突出对犯罪嫌疑人的人权保障。有学者从“以人为本”与司法正当化过程关系的角度,认为在过程哲学的理论框架下,过程是根本的,过程是世界的本真状态,离开生成过程,就不存在真实而具体的实在。在这种解释世界的方式关照下,可以发现,“以人为本”不只是“构建”或“实现”某一目标(如“和谐社会”、“科学发展”)的出发点或者逻辑起点,也不只是一种终极关怀或价值归宿,更首先是一种过程,是具有本体意义的实在过程。正是在过程的意义之上,“以人为本”才可能确实成为每一当下的现实存在;也正是在过程的意义之上,司法的正当过程与“以人为本”之间才可能发生深刻的内在关联,并在这种关联中内蕴深刻的人本指向。因此,只要司法过程被充实了满足正当性的要件,其过程本身就应内在地蕴涵和生成着对人的尊严的最基本的尊重,“以人为本”则自在其中。

有学者把“以人为本”作为法律解释所追求的理念,而法律解释的理念是与法律价值相联系的理论问题,属于司法意识形态的内容。在解释法律的过程中究竟是“以人为本”、还是以法为本、抑或是以权为本,对法律解释结果有重大影响。以法为本是与严格法治相适应的,追求的是法律秩序;以权为本是与管理法治相适应的,达到的是方便管理和威权秩序;“以人为本”是与和谐法治相适应的,理想目标是自由法治。但在实际的法律解释过程中,却是法律、权力、权利、价值、文化等诸多因素在起作用。以法为本应该是我们目前应该奉行的司法理念,“以人为本”

应是我们下一步追求的目标。

【权利保障】 有学者认为,在当代中国,当权利已经逐渐登上社会主义法治的圣坛并日享神圣的荣耀时,我们也真真切切地需要对权利保持着欣喜与忧虑、激情与理性、鼓动与克制之间的微妙的平衡。这样,无论是在理论上还是在实践上,我们确实都需要以我国社会现实中存在并不断地争取存在的各式各样的“新兴”权利为对象,进行思想与理论意义上的逻辑梳理与内涵整理。而这样的学术工作大体可以分为两部分,一是在宏观上对于我国社会中存在的“新兴”权利进行整体描述和大致归类,探究其共性;二是更加深入到微观层面,以“新兴”权利的典型样态为对象,力求准确地揭示“新兴”权利的产生和发展的基本规律。

有学者认为,权利是社会科学最基本的概念之一,是权利主体凭借财产、组织等方面的优势违背其他主体意志实现自身意志的一种特殊的控制力。权力具有双刃性、不确定性、用益性、强制性、主体间性等特点,这些特点暗含了权力扩张和权力滥用的条件,提示人们应该注意制约和监督权力,而公共权力的内在矛盾、人性恶的思想以及权力腐败的严重后果则成为制约、监督权力的基本理由。公共权力来自于人们社会生产和社会生活的天然需要,服务于人民、造福于人民是其原初价值。对权力的制约与监督,有权力制约、监督的政治模式、法律模式、社会模式、道德模式和暴力模式。法律监督是我国权力制约与监督机制的重要组成部分,除了监督审判外,还应当对行政权进行监督。

有学者认为,理论界与实务界在基本权利保障领域侧重于定性分析,但主观性过大、确定性不够的流弊在所难免,容易陷入仁者见仁智者见智的困境。为了增加基本权利保障的确定性与预测性,采用定量分析法,运用数学思维建构一个操作可行的技术方案势在必行。其主要思路为:首先,在传统三重审查基准的基础上,创立六重审查基准,亦即明显审查基准、合理审查基准、严格合理审查基准、中度审查基准、严格审查基准与绝对审查基准;其次,建立案件类型与违宪审查基准之间的联动机制。该机制的主要内容是厘清具体案件所包含的保障因子;根据保障因子的保障分值,计算出具体案件的保障量数;按照保障量数的大小,选择适用的审查基准,并据此对之进行宪法检验。

有学者认为,法治社会应当特别关注在社会中处于不利地位的群体。在现代社会学、人类学和人权理论中把他们称为弱势群体。弱势群体是一个相对的概念,在具有可比性的前提下,一部分人群比另一部分

人群在经济、文化、体能、智能、处境等方面处于一种相对不利的地位。在法治社会中,法治的一个重要功能,就是按照公平、公正的原则,通过运用公共权力对社会资源的重新分配,给予弱势群体以特别的物

质保障;或者运用公共权力,通过创造条件,排除妨碍等方式,给予弱势群体以特别的精神、道义保障;或者双管齐下,两者兼而有之。(陈根发 张茜)

宪法学

【概况】 2010年举行的宪法学学术会议主要有:

4月24日,由中国宪法学研究会、韩国比较公法学会和山东大学法学院联合主办的“第四届东亚公法学的现状与发展趋势国际学术研讨会”在山东大学中心校区办公楼会议厅隆重举行。来自韩国外国语大学、成均馆大学、釜山大学等二十所院校和中国人民大学、清华大学、中国政法大学等十几所院校的六十余名学者参加了会议。本届会议也是中、韩、日学者就东亚公法学理论的第五次交流。本次国际学术研讨会分为三个单元进行,分别以“社会和谐的公法学意义”、“基本权利与宪法发展”、“公共治理与行政法治”为主题进行探讨。

4月25—26日,国际宪法学协会在以色列希伯莱大学举行了题为“违宪的宪法修正”的圆桌会议。包括我国学者国际宪法学协会中国执委、中国社会科学院法学研究所莫纪宏研究员,国际宪法学协会中国理事、西北政法大学董和平教授以及香港城市大学法学院朱国斌教授在内的来自世界各地近50名宪法学专家和学者出席了会议。此次圆桌会议的主题是“违宪的宪法修正”。

5月8日,由中国法学会宪法学研究会与中央财经大学法学院联合主办的全国预算法治学术研讨会在中央财经大学举行。本次会议共收到论文25篇,来自全国各地理论研究院所以及人大、政府等实务部门的60余位代表参加了会议。会议围绕“我国预算民主与法治建设之路”的主题展开。

8月27—28日,中国法学会宪法学研究会2010年年会在郑州召开,会议主题为“宪法与法律体系”。本次年会由中国法学会宪法学研究会、郑州大学法学院主办,河南省法学会、河南大学法学院、郑州大学“法治建设与公民教育”研究中心协办。年会共收到论文近200篇,总计约240万字。

11月6—7日,中国法学会宪法学研究会会长韩大元教授率团赴东京参加“西欧立宪主义在亚洲的继受与变革”第一次学术研讨会。为了加强中日宪法学交流史的研究,推动双方之间的了解,2009年,中国法学会宪法学研究会和日本公法学会共同申请了日

本文部省课题“西欧立宪主义在亚洲的继受与变革”,预计三年完成研究。会议在明治大学举行,双方着重就中国近现代宪法学与日本的关系问题展开研讨。

12月6—10日,由国际宪法学协会(International Association of Constitutional Law)组织、国立墨西哥大学司法调查研究所承办的第八届世界宪法大会在墨西哥城米内里阿宫举行。共有来自70个国家近600名代表出席了大会,与会者向大会组委会提交了近400篇论文,论文提交总数为历届之最。中国法学会派出了以中国法学会对外联络部尹宝虎副主任,中国法学会宪法学研究会常务副会长、国际宪法学协会执委莫纪宏研究员为团长,由12人组成的代表团,参加了会议组织的4个大会主题研讨会和18个分主题研讨会的各项学术活动。

12月10—11日,由中国法学会宪法学研究会、中国法学会财政法学研究会主办,广东省法学会、广东商学院承办的第二届“公共财政与宪政建设”全国学术研讨会在广州召开。来自北京大学、吉林大学、武汉大学、厦门大学、中国政法大学、中央财经大学、中山大学等全国30余所高校80位专家学者与会。本次会议收到论文58篇,围绕社会转型期的财政法治、征税权的界限、纳税人权利保障、“阳光财政”的地方实践及其法治意义等四个专题展开讨论,就公共财政与宪政关系的许多问题形成共识。

12月25日,“宪法实践与研究中的比较法”学术研讨会在中国人民大学法学院召开。研讨会主要围绕中国的宪法实践和宪法研究应如何面对比较法、如何应用比较法研究方法、如何借鉴国外研究资源、如何避免比较法研究方法的滥用等基本问题展开研讨,本次会议由中国人民大学宪政与行政法治研究中心比较宪法研究所和中国人民大学法学院比较法教研室共同举办。

12月26日上午,“社会管理创新、纠纷解决机制与基本权利保障”有奖征文颁奖典礼暨学术研讨会在中国人民大学法学院举行。来自全国10余所高校、科研机构的获奖者和中国人民大学、清华大学、中国政法大学等高校宪法学、行政法学专家出席颁奖典礼暨学术研讨会。

2010年出版的学术著作、译著、教材有52部,论文1000余篇,其中重要期刊上宪法方面的论文200余篇。

【宪法文化】 有学者指出,宪法是文化的结晶,也是一种重要的文化现象。宪法文化是孕育宪法原则、宪法规范和宪政制度并促使其发育、成长和发展的价值观念、思维方式、政治制度及政治行为的总称。就其性质而言,宪法文化是一种集束性文化,它囊括观念、制度与行为等要素;内含价值性、实践性与规范性等特性;具有涵化、濡化与匡约等功能。宪法文化的涵化意指两个或两个以上不同的宪法文化体系之间,由于持续接触和影响而造成一方或双方原有的文化模式发生文化变迁或部分渗透的状态或者过程,是对彼此相异的文化间横向影响及其过程的概称。文化濡化具有两层含义:一是指发生在同一文化内部之间的纵向传承机理及其过程;二是指文化对于受体的浸润或者潜移默化之状态和能力,这一过程实际是文化对个体潜移默化的熏陶过程,人们不可能总是清晰地意识到这一过程,彻底被“濡化”的人也很少意识到在塑造他们行为的过程中,文化所扮演的角色。宪法文化的匡约功能意指宪法文化之于公民行为和政府行为的匡正与规约功能。正是文化为社会带来了秩序,文化匡约功能的有效发挥,乃文化实现其秩序功能的必要条件。

【宪法学说与宪法学发展】 关于对宪法学说的研究,有学者指出,宪法学说史是宪法学研究的重要内容之一,对于宪法学乃至整个法学的发展都有着重要的理论价值和实践意义。如果一个国家的宪法研究没有演化为一种宪法学说,如果在宪法研究上缺乏本土宪法学说的理论支撑和资源借鉴,那么国家的宪法发展与宪政实践必将面临着巨大的局限性。如宪法与宪政、宪法与法律、国家与社会、宪法效力等基本范畴的研究需要成熟的宪法学说史的支持。

关于宪法学科的发展,有学者指出我国宪法学还应在以下几方面加强研究:(一)中国宪法学理论体系研究。在经济全球化背景下,中国宪法学的形成和发展既有普遍性,又有特殊性。我们需要合理地定位中国宪法学的功能,应当从中华文明传统和宪政实践中总结提炼宪法学的“中国元素”,增强宪法学的中国话语。在多元宪法文化的冲突与融合中,推动宪法学的中国化,使中国宪法学成为关心人类发展命运、参与解决人类面临重大存在和发展问题的知识体系。(二)基本权利救济研究。加强基本权利的应用研究,探索建立中国特色基本权利体系,着重回答:基本权利在中国和西方宪法文本和宪政实践中的共性与个性,中国特色基本权利体系的理论来源、正当基础和

现实效力。(三)人民代表大会制度研究。在把握世界议会制度总体发展趋势的基础上,系统研究我国人民代表大会制度的特点与功能,突出人大在利益调整过程中的地位与作用;研究如何强化人大的财政和预算监督职能,丰富调查、质询、视察等监督方式的内涵和功能;研究全国人大与全国人大常委会之间的关系,以及基本法律与法律的位阶与适用;研究全国人大与地方人大的关系,以及中央立法权与地方立法权的合理配置;研究人大及其常委会在保证法律实施和法制统一中的地位、功能和审查程序等。(四)中央与地方关系研究。研究我国宪政体制下中央与地方的权力与利益分配机制,实现立法体系的规范和统一;研究如何以宪法为依据进行国家机构改革;系统地研究“一国两制”和祖国统一的宪法基础问题,特别要关注民族区域自治制度的宪政基础以及国家意识在民族区域自治中的意义,使自治机关的自治权得到进一步落实。(五)高度重视宪法运行机制研究,实现“依宪治国”、“依宪执政”的基本理念。根据宪法运行经验与教训,从国家制度合宪性的角度尽快建立具有实效性的宪法保障制度,促进宪法解释立法,探索人民代表大会制度下的宪法解释制度原理;研究如何进一步发挥宪法解释的功能,避免宪法文本的频繁变动,促进我国宪法从“修宪型”向“解释型”模式的转变;在充分论证的基础上,在全国人民代表大会体制下成立宪法委员会,切实解决现实生活中存在的违宪问题。(六)宪法的社会适应性研究。进一步探讨宪法适用的途径与形式,强化宪法的社会适应性,重点研究在经济发展、社会变革的宏观背景下,如何保证宪法的稳定性与社会适应性之间的平衡?如何克服所谓“改革”、“试点”等突破宪法秩序的现象?如何在现实生活中维护宪法权威和最高法地位?如何提高全体社会成员的宪法意识,使宪法贴近公民日常生活,树立科学的宪法观和执政观?(七)宪法与社会主义法律体系关系研究。中国特色社会主义法律体系形成之后,应当强调宪法在其完善和发展中的地位。法律体系的形成、完善和发展,应以宪法为价值指引和评判标准,研究“以宪法为依据”在法律体系中的体现、功能和作用方式等问题;研究立法的合宪性评价机制,特别是标准、程序和效力问题;研究宪法与部门法、地方立法的关系,以保证宪法在社会主义法律体系中的核心地位。

【宪法学自主意识与方法论】 关于近些年来宪法发展表现出的一定程度的自主意识,有学者指出,近年来,宪法学研究逐步形成了自身的学术脉络与主题,树立了历史意识、中国意识、问题意识、人文意识、规范意识和学术共同体意识。在价值趋向上突出

专业化的特色,在研究思路重视研究的专题性与规范性,在研究内容上逐步趋于本土化,逐步加强了宪法学基本范畴、基本权利理论、宪法文本与宪法事例等领域的研究,同时,在探讨中国宪法问题的过程中,提倡宪法学研究方法多样化以及宪法的中国化趋势。

关于方法论,有学者从历史角度系统地对我国宪法学的研究方法进行了梳理,认为从方法论角度来看,可以将新中国成立至文革时代的传统宪法学称之为政治解说型宪法学。政治解说型宪法学在研究方法的选择上,一般包括阶级分析、历史分析、比较、联系实际内容等,在研究范围上,政治解说型宪法学具有整体性特征,在研究路径的反思上,政治解说型宪法学陷入科学性、政治性交缠的局面,而随着研究方法的多元化和规范理解型方法的兴起,方法论呈现多元格局,研究方法日趋多元化和理性化,我国宪法学界基本上已经确立了将事实与规范两分的方法论框架,对传统宪法学混同事实命题和规范命题,特别是习惯于从规范命题直接推演出事实命题的做法有了较为清醒的认识,在此前提之下,我国宪法学已经接受了理论宪法学和实践宪法学的两分理论体系,但是从总体上仍尝试对这两种方法及体系加以综合。同时我国宪法学对自身品格与研究任务的反思也已经展开。

也有学者就宪法学方法的独立性与唯物主义的关系统指出:关注于方法的多样化和独立意义的研究趋向,并不意味着宪法学方法可以彻底独立于或脱离历史唯物主义。如果说在方法多元的时代背景下,宪法学方法所呈现的独立时代的来临是一种“幻象”,那么这一现象得以呈现的根源则在于对宪法学方法论研究内容宏观把握的缺乏,以及对历史唯物主义本意的理解偏差——一方面,正因为缺乏对作为宪法学方法论研究对象的“具体方法”与“相应哲学理论”之间关系的梳理和分析,多样化的方法似乎各自形成互无关联的研究领域,成为意欲探索和昭示宪法学方法独立意义的零星阵地;另一方面,对历史唯物主义的理解偏差,以及对宪法学方法独立品格的一味追求,致使历史唯物主义的方法论价值被忽视甚至被掩盖,更有被刻意剥离于方法论研究的危险,进而使通过历史性反思,对宪法学方法论研究的发展趋势与现存问题进行准确的把握成为难题。近年来,方法论研究成为宪法学的热点问题。在学者们试图构建一种所谓独立的宪法学方法论体系,或以此为标志,宣称宪法学进入方法论多元化的全新时代之背景下,作为一种方法论的历史唯物主义似乎遭到了颠覆性批判与否认。但是,即便在方法走向多元化与风格化的时代,将历史唯物主义作为一种方法进行运用,回归其“反思与批

判精神”的本质,仍然具有其重要价值和意义;对于宪法学研究而言,尤其如此。

【基本权利】 基本权利的历史。有学者对我国基本权利的保障进行了一个历史角度的梳理,指出60年来,我国宪法学和公民基本权利的研究经历了不平凡的过程。宪法学研究者要坚持正确的政治方向;宪法学研究和教学要以宪法文本为依据;宪法学的发展是在同各种错误观点的斗争中成长起来的,宪法学研究者要有智慧,分析透彻、认识清楚,积极推动宪法和基本权利学说继续发展。有学者将我国公民基本权利的发展分三个阶段,第一阶段从建国初到文革前,是公民基本权利发展的探索阶段;第二阶段否定了1954年宪法,对公民基本权利陷入了错乱的认识状态,集中体现为1975年宪法;第三阶段是十一届三中全会以后的重建和发展阶段。这一阶段的特点是:公民权利与义务具有统一性;公民权利先于国家权力;权利是发展的;公民宪法权利的保障得到了加强。

基本权利的范围。出现了对一些新型权利有无必要入宪的讨论,如健康权、生命权等未列举的权利是否属于基本权利,有学者指出对于“基本权利”,应该理解为经宪法实定化后的人权,即宪法保障的权利。但不能认为只有宪法上予以确认的权利才是基本权利,宪法对于基本权利的明确确认与否只能产生宪法解释学上的区别。除了宪法文本以外,宪法实践特别是司法实践也是判断一项权利是不是基本权利的重要参考标准。健康权是一项基本权利,在司法实践当中也正逐步得到各国的确认。我国宪法上有多个条款可以作为健康权的依据,其规范内涵是:公民健康不受侵犯(第33条第3款,第36条第3款);公民在患病时有权从国家和社会获得医疗照顾、物质给付和其他服务(第33条第3款,第45条第1款);国家应发展医疗卫生事业、体育事业,保护生活和生态环境,从而保护和促进公民健康(宪法第21条、第26条第1款)。关于生命权,有学者指出生命权是人们对自已的生命安全所享有的不受非法剥夺的权利。作为人类最基本的、第一位人权,生命权应该由宪法予以确认和保护。生命权本身的重要性、基本权利的防御权功能、宪法的至上性以及我国生命权保护的严峻现实都要求生命权入宪。

基本权利的保护。有学者指出基本权利的实现需要政府提供保护,因而也需要相应的公共资金的支持。然而,政府财政困境及财政危机的普遍存在,构成了基本权利保护的现实限制条件。中国区域经济发展不平衡,加之“赶超型”经济发展战略造成了财政实践中的“马太效应”,使得基本权利的均等保护问题成

为“平等权”等基本权利保护中的重要课题。中国的应对之道在于构建有效的财政控权、财政分权及财政平衡机制,适时推进全国范围内基本公共服务的均等化。还有学者从技术层面对基本权利的保障加以探讨,认为理论界与实务界在基本权利保障领域侧重于定性分析,但“主观性过大、确定性不够”的流弊在所难免,容易陷入“仁者见仁智者见智”的困境。为了增加基本权利保障的确定性与预测性,采用定量分析法,运用数学思维建构一个操作可行的技术方案势在必行。其主要思路为:首先,在传统三重审查基准的基础上,创立六重审查基准,亦即明显审查基准、合理审查基准、严格合理审查基准、中度审查基准、严格审查基准与绝对审查基准;其次,建立案件类型与违宪审查基准之间的联动机制。该机制的主要内容是厘清具体案件所包含的保障因子;根据保障因子的保障分值,计算出具体案件的保障量数;按照保障量数的大小,选择适用的审查基准,并据此对之进行宪法检验。

还有学者对紧急状态下基本权利保障和国家举债权与基本权利关系问题进行了探讨,其认为:经济自由权是一项宪法基本权利,它是指市场主体的营利动机、意志及其行为的客观化应当受到国家的尊重与保护,并排除公权力恣意侵犯的一种能力或资格。它最初从财产权发展而来,但其又比财产权内涵更加丰富,外延更加广泛。经济自由权是公民租税义务之对价,对它的长期尊重和保护是一个国家大规模行使举债权的前提。反过来,国家举债权的行使对经济自由权既有积极的促进作用,也有消极的侵害后果。因此,为了趋利避害,必须对举债权实施控制。

社会基本权的保障。有学者通过分析国外一些对社会权加以救济的案例,指出南非宪法法院在格鲁特布姆案的判决中首次确立“合理性审查标准”,并对立法者课以即刻实现的积极义务,在绝对权利与相对权利的博弈中基于现实选择相对权利,在对住房权的政府积极义务进行审查时持妥协与退让立场。法院的做法虽然备受批评与指责,但却是在充分考虑了南非社会现实和法院自身能力后的明智选择,显示了宪法法院高超的平衡技巧,也为住房权等社会经济权利的司法保护提供了大量可资借鉴的经验。

有学者还探讨了宪法对农村土地使用权流转的宪法保护问题。

基本权利与私法权利的关系。有学者指出作为法学范畴,权利概念是在近代社会才出现的,它和立宪主义政治哲学的产生实质上是关联在一起的。从权利概念产生的路径来看,认为私法权利先于基本权利而产生是对权利的误解。从权利产生的根据来看,基本

权利是私法权利的依据和本源。就基本权利与包括私法权利在内的法律权利之间的关系而言,前者是后者发端的基础,后者是前者的内容表现。基本权利与相关法律权利之间在逻辑上的关联性不能否认法律权利的独立性。法律权利较之于作为其根源的基本权利,在适用上具有优先性。宪法文本之外的其他“权利”在性质上是基本权利。就权利的功能而论,民事权利的功能主要表现为其相对于义务主体的请求权,与之相比,基本权利却不具有该种属性。

【宪法解释】 宪法解释的特性。有学者认为宪法解释应当呈现出保守性,美国联邦最高法院基于马伯里诉麦迪逊一案获得了解释宪法的权力,但其在解释宪法的过程中表现出种种的保守性。美国宪法解释中的法律传统、解释方法、法官构成、审查制度和权利保护等方面都表现出了许多保守性,其对美国宪政发展产生了很大的影响。其有积极的一面,也有消极的一面,但不论如何其最终还是会在历史的发展中体现自己的价值。

具体解释方法的选择。有学者认为,结果取向解释方法就是解释者把因解释所作决定的社会影响列入解释的一项考量,在有数种解释结论可供选择时,选择对社会影响较为有利的那种解释结论。这种方法在当今宪法解释的实践中已经得到广泛采用。反对者从事实层面和法律层面对这种解释方法的正当性提出了质疑。支持者认为,在法规范目的之内进行的结果预测是有可能的,结果取向的解释方法并没有超越于权力分立和法拘束原则之外。还有学者通过分析美国宪法解释方法的变化,认为美国宪法解释经历了从原意主义到非原意主义的转向。这一转向的原因可以从直接动力和间接动力两个方面进行分析:法官注重社会民众及其变化,而民众也更积极地通过自身行动来推动宪法及其相关制度的演进。这两个方面的分析对中国的宪政实践都有一定的启示。

还有学者指出:宪法文本的抽象性和概括性是宪法解释方法重要性的现实基础。原意主义解释方法诉求制宪者的权威,但每个人无法回避的“历史前理解”使其难以厘清个人理解和制宪者意图的清晰界限;文本主义解释方法关注文本的通常含义,但其始终是以不致产生荒谬结果为前提的。社会对宪法解释所产生的社会效果的认同是衡量宪法解释方法优劣的首要标准。社会学解释方法正是在这种理念下应运而生,这是其成为宪法解释首选方法的内在缘由,同时,宪法的政治属性和最高性是决定社会学解释应当作为宪法解释首选方法的外在条件。社会学解释方法虽赋予释宪者较大的自由裁量权,但其是在遵循“法律解释共同体”的内部规则和解释传统的过程中作出

的,故其结果并不是主观的,而是客观的。

宪法解释的对象。有学者指出,当前中国宪法解释学的发展面临“释宪文本匮乏”、“释宪方法缺失”、“释宪功能不明”等多层困境。如果中国宪法学界单纯作引介域外宪法解释学原理之努力,又将可能会遭遇脱离中国具体语境之危机。部门宪法解释学乃是从实存的社会秩序与部门法体系出发,凭借宪法解释与合宪性解释等机制构建中国宪法解释学原理,以此可资为宪法学与其他学科交流、合作的理论“平台”,并为中国的立宪、立法与释宪、释法等活动提供理论参照。

宪法解释的方法的具体运用。有学者运用解释方法对劳动权进行了新的分析和阐释,认为西方理论阐述宪法上的劳动权属性,多采自由权与社会权两端。然而,理解我国现行宪法中的劳动权性质及其内涵,则不能简单套用西方既有学说,需要从宪法文本的规范体系出发、运用宪法解释学的方法才能清楚获得。同时,要真切理解劳动权在我国宪法上的性质,还必须具有宪法的“历史意识”,仔细分析劳动权在不同阶段文本中的功能流变。现行宪法中的劳动权规范既是一种保障私权的权利规范,也是蕴含社会主义国家的国家伦理的重要承认规范。

【国家权力】 整体国家权力的探讨。有学者认为宪法是国家权力秩序的基础;从现行宪法的规定来看,我国存在着统治权力与自治权力、政治权力与法律权力、意思性权力与执行性权力、全国性权力与地方性权力四对权力关系。如果说这四对权力及其相互关系构成了中国宪法权力秩序的基本内核,那么理顺这四对权力关系,并保持各对权力之间的某种程度上的动态平衡,则构成了未来中国宪政体制改革的核心任务。还有学者指出宪法权力是受宪法规范的权力,主要表现为国家权力和国家机关的权力,其中主要指向国家机关的权力。国家权力的所有权属于国家,使用权属于国家机关。国家权利主要是指国家对外的独

立权,国家权力主要表现为国家对内的管辖权,国家权利通常先于国家权力而存在,有时可以启动国家权力的运作。国家主权包括对内主权和对外主权,前者主要表现为国家权利,后者主要表现为国家权力,前者应是国家主权的重心;主权对内是指国家权力的所有权而非国家机关对国家权力的使用权,国家机关对内只能行使国家权力,人民才能行使主权;从“主权在君”到“主权在民”,主权的主体和对象都发生了变化。

具体国家权力。有学者对立法权力进行了分析,议会权力的本质是民主的多数决,但以充分协商为前提。议会权力可以分为立法权和非立法权两类,其中议会立法权的地位高于议会非立法权;立法权是制定规范,非立法权在一定程度上是执行规范。议会立法如果规范的对象是议会,一般应“根据”宪法制定,规范的对象如果是其他国家机关(如监督法),则可能“根据”宪法制定,也可能“不抵触”宪法即可,规范的对象如果是全社会(如民法),则基本适用“不抵触”原则;议会非立法权力的行使既要根据宪法又要根据宪法性法律。对议会权力的监督主要有违宪审查、提名权、否决权、解散议会、全民公决、选民选举和罢免等形式。

对于警察权行使与人性尊严的保障,有学者指出人性尊严是现代宪政理念的价值内核。警察权力是国家行政权重要组成部分,是进行警务活动时依法采取权威性措施和手段的权力,体现着公共行政权力。警察权力的行使极易侵犯公民的基本权利。公安机关必须清醒地认识到警察权力的行使不能背离人性尊严保障的核心价值追求。警察权力究其内容与精神,应当以保障人性尊严为主轴,其手段与目的之间仍然是以具有暴力性质的强制性措施为必然。所以,民主法治国家中警察权力的运行,应当受到一定的规范与检验,以彰显保障人性尊严的宪法意旨。

(韩大元 李祥举)

行政法学

【概况】 2010年,具有中国特色的社会主义法律体系如期形成,这是改革开放30年来中国法治建设的一个具有里程碑意义的成就,行政法学研究也获得长足发展,研究领域进一步拓展,研究内容进一步深入。行政法学研究累计出版教材30余本、著作70余本,在全国重要的学术期刊上发表论文320多篇。

2010年学术交流比较活跃。重要的全国性学术会议主要有:7月19—20日,中国法学会行政法学

研究会2010年年会在山东省泰安市召开,会议主题为“社会管理创新与行政法”,来自全国各地200余名学者和实务部门的同行参加会议,共提交论文160篇;9月18—19日,第12届海峡两岸行政法学术研讨会在台北市举行,主题是“民生福利原则与行政法制”和“行政计划法制”;6月10—11日,国务院法制办和中国法学会行政法研究会共同举办、浙江省政府法制办承办的“行政复议浙江论坛”在杭州市

举行,主题是行政复议法修改的相关问题;7月22—24日,最高人民法院主办的“全国法院行政审判案例指导研讨会”在泉州举行;5月29—30日,第五届全国城市管理执法论坛暨城市管理行政执法工作现场会在长沙召开;9月26—28日国务院法制办、中国法学会行政法学研究会政府法制专业委员会主办的“转变经济发展方式的法治保障”理论研讨会在贵州召开;10月13—15日,由中国法学会行政法学研究会与最高人民法院行政审判庭主办、浙江工商大学法学院及诉讼法研究中心承办的“行政争端解决机制论坛”(第三届)在杭州举行,会议主题是行政争端解决中的行政与刑事交叉问题、行政诉讼证据规则的修改和完善;10月29—30日,第五届全国公法学博士生论坛在苏州召开,会议主题是“社会治理与公法制度创新”;11月6日,王名扬学术思想研讨会暨“王名扬书库”揭牌仪式在北京举行;11月27—28日,由中国人民大学法学院、台湾政治大学法学院、政治大学法学院公法学研究中心共同发起召开的“2010首届海峡两岸公法学论坛:宪法与行政管制理论与实务”在台北举行;10月30日,第四届应松年行政法奖奖学金颁奖典礼暨“中国行政法律体系的形成与完善”学术研讨会在重庆举行;12月1日,由北京大学法学院软法研究中心、广州外语外贸大学法学院共同举办的“区域合作与软法”研讨会暨广东外语外贸大学区域一体化法治研究中心成立仪式在广州举行;12月25日,第三届中国法治论坛暨钱端升法学研究成果奖颁奖大会在北京举行,主题为“司法公正与法治建设”,陈端洪的著作《宪法与主权》获一等奖。

重要的国际会议主要有:1月23日,北京大学公众参与研究与支持中心和耶鲁大学法学院中国法律中心举办“政府信息公开评测指标体系国际研讨会”;4月22日,中国人民大学举办中国与越南立法制度比较的宪政与行政法治国际学术研讨会;6月25—26日清华大学公法研究中心与乌特勒支大学法学院、荷兰人权研究院在荷兰乌特勒支联合主办“正当程序与行政调查:中欧比较”国际研讨会;9月5—6日,浙江大学光华法学院主办了中美行政程序法比较研讨会;12月27—28日,第六届中日公法论坛在日本早稻田大学召开。

【法治政府】 有学者对服务型政府进行探讨,涉及服务型政府与有限政府的关系、服务型政府与公民社会的关系、服务与规制的关系、服务与法治的关系等多个问题。有学者对我国行政法治中的国家形象进行研究,认为我国法治形象的演进路径是从改革开放前的“前行政国家”阶段,转变为20世纪90年代的“行政国家”阶段,未来我国行政法治的发展将最终

走向“善治国家”阶段。有学者认为,在行政改革深化和行政法制转型的进程中,要积极创造条件充分发挥地方政府机关推动行政改革创新主动性、积极性以及创造性,稳健推进政府法制建设。有学者认为,行政频频干预司法的原因在于“大政府”理念下行政与司法的“一体化”,摒弃“大政府”理念应当以尊重司法的独立品格和依法行政为前提。有学者对行政体制改革的模式进行研究,认为过去经济调试型改革存在很多问题,中国特色行政管理体制的建立,需要在行政体制改革中坚持科学发展的思路,积极反映经济社会全面协调可持续发展的要求,实现向社会回应型改革的转变,以此为基础确立各阶段改革的具体任务。有学者对广东省近两年在广州、深圳、珠海、顺德、阳江等地推行的试点行政改革进行了分析,认为这些行政体制改革充分运用中央有关先行先试的改革授权,依法出台若干改革方案,保证了行政改革的制度化、规范化和程序化,较好地兼顾了依法行政的要求与行政改革的需求,还探讨了广东省要深化和推广试点改革亟待研究解决的法律问题。

【社会管理创新与行政法】 有学者指出,社会管理创新与社会建设有着紧密的联系,社会管理是社会建设的一个重要内容,而社会管理创新是推进社会建设的重要手段。经济社会的发展和变迁给社会管理带来了许多问题与挑战。当前的社会管理创新,就是要从这些问题入手,在建设社会主义法治国家和法治政府的基础和框架内,完善社会管理的体制和机制。有学者对软法机制进一步探讨,认为其是通过自律与他律相结合的规制方式规范人们行为和调整社会关系的制度创新。软法在行政管理和调整社会关系,解决社会争议中具有了越来越重要的地位,整个社会治理正在形成一种新型公共治理模式。有学者对司法介入社会组织管理进行研究,认为介入的根据是司法管辖权的国家保留,介入方式取决于该事项是否关涉公共职能,介入限度要在逻辑分析和经验分析基础之上进行目的识别、利益衡量和价值权衡。司法需要超越传统经验和智识以继续建立它同现实社会的功能联系。

【行政法学】 有学者对行政法的理论基础、基本价值、基本目的、基本原则、基本特征、调整对象、基本结构、基本规制方式八个方面的问题进行探讨,提出应当对行政法基本理论进行反思与重构。有学者探讨中国行政法学的变革,提出要发展以人类行为理论为中心的社会科学的行政法学,同时注重规范与实证研究。有学者认为,通过“和谐行政法”可以为中国行政法学塑造一种自我意识,并应当遵循中国当代行政法学价值的定位、中国问题意识以及“从中国问题出发进入西方问题再返回中国问题”的路径。有学

者认为,应当建立协调发展导向型的行政法体系,以政策协调为目标的行政组织体制和行政决策制度为重心,在法律制度上限制对GDP的不当偏好和对经济增长的片面追求,实现全体社会成员平等参与和平等发展的权利。有学者认为行政法的研究中心应该转向,应当回应公共行政的变迁,实现结构性变革。

有学者对汉语“行政法”一词的由来及其语义的演变进行考究,发现其语义由最初一个单纯的外来词演变为一个具有丰富内涵的本土化术语。有学者结合两大引用数据库和文摘数据库进行分析,认为行政法研究应当具有中国意识、完成从立法论到解释论的转变、推崇“评价性论文”。有学者对目前的行政法案例研究工作做了总结,认为案例研究发挥重要的理论和实践指引功能,并对案例研究的策略和方法进行了分析。

【行政法基础理论】 有学者对社会主义法治的几个命题进行讨论,认为治国理政,发展是第一要务,稳定是第一责任,依法办事是第一要求;以人民代表大会制度为载体,从制度上、程序上实现党的领导、人民当家作主、依法治国有机统一;怎样科学地管理国家权力,是社会主义法治建设需要继续回答的重大课题;社会主义法制统一是整体法律秩序下多元化的统一;强化程序法治是建设社会主义法治文明的必由之路。关保英提出了行政法合宪性的命题,认为行政法可以通过援用宪法规则、诠释宪法精神、补充宪法的疏漏、校正宪法的滞后条款、超前调控等而实现其合宪性。

【行政法基本原则】 有学者对行政法中的诚信价值进行探讨,认为诚信价值对行政法治所能起到的作用是其他价值无法取代的,如果可能应当制定行政诚信法、减少行政权外运作频度、行政权的行使归属于行政系统等。有学者通过哈贝马斯的交往理性理论对正当程序进行分析,据此对我国行政程序立法提出应当注意的问题。有学者则对适当性原则进行考察,认为这是比例原则审查“目的手段关系”的第一阶段,认为需要从推导方向、论证侧重、判断基准“时点”等方面,进一步规范适当性原则类型化的司法审查强度。有学者认为,行政执法主体在解释和援用法律的过程中,应当遵循合目的性原则、明确性原则与可接受性原则。

【行政主体】 有学者认为行政主体理论在形成过程中,形式上借用了法、日概念的外壳,实质上却有将民事主体理论、法人学说迁入行政法的痕迹,形成了“机关主体模式”,进而在行政实践过程中演变成“诉讼主体模式”,与法人制度相距甚远,主张对德国、法国“分权主体模式”做有条件的引入。有学者

启用“部门行政职权相对集中”来概括“大部制”,认为这是西方市场化程度比较高的国家政府部门设置的主要模式,我国的做法与西方在改革动因、目标与内容上存在共性,但在改革背景、具体措施和配套机制与制度建设上又存在差异。

【行政行为】 有学者对行政行为公定力进行深入分析,认为其概念经历了从实体性公定力到程序性公定力的理论转换,前者是以公权力的先验优越性原理为基础,而后者强调公定力概念的实定法属性。有学者对我国既有判例所建立的“行政行为违法性继承”规范的构成及其表现形式进行考证,剖析其内在构成和效力涵盖范围等。有学者对德日给付行政理论予以分析,提出应当注意给付行政和行政领域、行政给付的区分、公法与私法的区分与混合使用等问题。有学者以国内航线经营许可审查基准为例证,指出行政许可机关和咨询委员会都有审查基准制定权,审查基准必须公布。行政机关应以行政许可实践为基础来制定审查基准并适当变更。

一些新类型的行政行为也得到关注。有学者认为,行政协议本质上是对公共利益的重新优化配置,它可能为辖区的相对人规定权利、设置义务和行为规范,对相对人和第三方机关也可能产生拘束力。有学者认为,行政协议是现代行政领域解决跨部门与跨地区行政合作问题而出现的新形式,为世界各国所采用,我国侧重于强调其契约性,未对行政协议的内容进行程序性规制。有学者认为,口头行政契约已成为一种新型行政活动形式的法律地位。

【行政立法和规范性文件】 近年来立法评估制度得到越来越多的关注。有学者分析认为,国外规制影响评估制度的特点是评估的实施主体都是起草或制定规制或政策的行政主体,标准是通过分析和比较不同方案的潜在或实际的各种影响,判定其合法性、有效性、必要性,方法是综合的、多元的,并具有较强的技术性,从时点上讲多为事前评估,但也有不少国家事后评估,过程遵循合法、公开、参与、比例的原则,行政系统内部都设立了兼具权威性、专业性和客观性的监督机关对质量监控。行政立法评估制度的建立,能有效弥补传统的行政立法控制机制的不足,加快规制改革和法治政府的进程。有学者对规章的听证制度进行研究,认为我国规章制定中听证程序必须符合典则的合法形式性、适用范围的普遍性、定位的正当程序性和效力的法强制性。有学者认为报送备案审查的规范性文件的范围应当从备案审查制度的功能和规范性文件的性质两个因素来考虑。有学者对其他规范性文件的法源地位进行了细致的梳理。有学者认为,德、美的法规审查标准已形成较为完备的类型化

体系：二者在类型化构建上既有相似的理论构成，也有不同的技术因素，从审查结构来看，美国式三重标准拥有更多的优点，我国法规审查宜借鉴美国，采用“三层审查”的架构；从自由权和平等权方面进行双线构建。

有学者对行政立法不作为进行分析，认为确定行政立法不作为成立的条件需综合考虑现存义务、客观需要、主观努力及时间等因素，判定行政立法不作为成立后，行政立法机关应承担相应的法律责任和政治责任，一定条件下也应承担国家赔偿责任。

【行政处罚】 有学者对行政处罚中的重要原则——申辩不加重处罚进行了全面探析，以使得这一原则或制度在行政处罚实践中正确适用。有学者对《治安管理处罚法》立法中存在的不足做了剖析，有学者则对困扰司法实践的治安管理与刑事处罚之间的关系问题做了阐释。有学者以合肥市的公议制度实践为例，探讨了行政处罚中的公议制度。

【行政强制】 行政强制立法草案日趋成熟，很多争议也在逐渐尘埃落定，而关于行政强制的讨论并没有停止。有学者对《行政强制法（草案）》（三审稿）中存在的三项主要争议从实践层面进行了系统探讨，认为行政强制设定权应配置给法律、行政法规和地方性法规，但在条文表述上应修改得更加严谨；行政强制实施体制原则上应实现裁执分离，行政机关作出行政强制决定后，应申请人民法院审查并裁定，但一律由行政机关负责执行；行政强制基本原则应包括四项：行政强制法定原则、比例原则、教育与强制相结合原则和正当法律程序原则。有学者认为，不同类型的行政强制第三人具有不同的法律地位，应当区别不同情况予以对待。有学者认为，各地通过增量调整、为城管设定强制，或者通过存量调整、安排城管“挪用”其他行政部门的强制的做法自身的合法性也成问题，似乎可以从《行政强制法》找到出路，但是更应当通过地方性法规解决合法性问题。

【行政程序】 10多年来，行政程序一直是行政法研究的热点，2010年的论述和探讨也很多。有学者通过对行政程序法的立法目的、行政程序法典与其他单行法的关系、中国行政程序法的内容选择、立法架构及立法路径等问题的探讨，论证了我国行政程序立法的未来走向。有学者则利用程序制度的12个关键词为线索，分析我国行政程序法制化成熟程度，认为行政程序法制水平已经比较高、行政程序的法制化在全国范围内明显呈现出对国家法律和国务院相关决定加以贯彻落实的“回应型”立法的特征，行政程序立法已经完成“先地方后中央”的试验阶段，充分具备制定全国统一行政程序法典的法制基础。有学者

通过对348个行政程序“典型案例”进行实证分析，发现我国违反行政程序的主要争点问题集中表现在行政行为类型、效力状态识别与行政程序适用等10个方面。有学者认为，官员在特定情形下必须为行政决定说明理由，否则可能导致行政决定无效或者被撤销。有学者认为，来自行政机关对听证的反对意见未必都是对制度的误读，而是由于对稀缺公共资源的忧虑，因此直接影响到听证制度的适用范围，应当关注在中国情境下的特殊要求，防止听证的司法程式化。

【信息公开】 《政府信息公开条例》实施两年多来，对于政府信息公开的探讨在学界向纵深发展。有学者认为，信息公开条例中关于公开范围还存在诸多问题，应通过修正案来予以完善。有学者则从经济学成本理论的角度探讨了政府信息公开的范围。有学者从信息学、经济学、政治学等视角分析了政府信息公开的理论基础。有学者则借鉴域外的经验，对我国信息公开制度的完善提出了建议。有学者以台湾判决为参照，发现信息公开中资讯公开与卷宗阅览存在重大的区别，而我国大陆地区不区分信息公开与卷宗阅览，从而导致《政府信息公开条例》“潜伏”一些缺陷。有学者探讨了行政过程中的信息公开问题。有学者探讨了行政机关内部准备性行为是否应该进行信息公开，认为应当通过在立法上明确将此类信息纳入豁免公开的信息范围、行政机关逐步建立类型化的行政信息豁免公开案例以及法院加强对此类信息公开的指导和解释等措施，来完善此类信息的公开制度。一些学者则从不同的角度对政府信息公开诉讼的问题进行了探讨。

【公众参与】 公众参与也是近年来讨论的热点问题。有学者认为，我国传统的行政决策模式属于管理主义模式，这渐趋衰落，近年来新的行政决策模式即参与式治理模式正在生成，在理念上强调公共利益观念与行政机关角色的转型，主张一种协商与合作式的公众参与，制度要素由基础性制度、支持性制度和六大核心程序技术制度构成。有学者对中国土地利用中的公共参与现状进行分析，指出改革开放30年，中国对土地利用中的公共参与进行了很多实验，取得一定成就，法律规定也在完善，但还存在着不足，应当完善公民在土地利用中的公共参与程序，赋予公共参与以明确的法律效力。

【突发事件应对】 有学者通过“5·12”地震灾后应急和救援进行考察，认为政府应急与社会应急有着不同的角色和分工，志愿者在地震救援和灾后重建中发挥着不可忽视的重要作用，提出了加强社会应急能力建设和完善应急志愿服务立法的若干对策。有学者对非常规突发事件进行研究，认为应当通过完善行

政应急管理体制的法律制度来达到科学、高效和合法地应对非常规突发事件的目的。有学者认为,我国公共应急体制的改革具有不彻底性,需要进一步深化改革,探讨了应急处置状态结束之后的法律机制问题。有学者则从突发事件中个人的信息保护、突发事件防控中个人义务等方面深入研究了应急问题。

【部门行政法】 最近几年对部门行政法的研究渐入佳境,公安、食品、药品、银行、证券、保险、电信、能源等多个领域都有研究。有学者以药品行政法为例证,对部门行政法展开研究,认为部门行政法有助于分析行政法上的利益关系构造,建立介于行政法总论和部门行政法之间的、具有“中度抽象水准”的理论学说,并能推进行政组织法的建构以及新型行政活动形式的规范化,在整体上推进中国行政法学向纵深发展。有学者从与警察刑事权、警察行政权等多维的视角探讨了我国的警察行政权。有学者从规制的角度分析了警察权。有学者探讨了在公安部门进行信息搜集过程中,如何对公民资讯隐私权和自决权予以保护。有学者提出了气候行政权,认为其在行政主体、行政相对人、行政行为等方面与传统的行政权的诸多不同。有学者对我国税收行政的相关问题进行了反思,认为我国税收行政立法权存在的合法性危机,应当建立以最高国家权力机关的税收立法为主、以行政机关的税收立法为辅的税收立法新格局。有学者则对税法行政解释制度的问题和原因进行了反思。近年来,越来越多的学者开始从管制展开研究。有学者借鉴域外经验,全方位地探讨了美国行政法上的独立管制机构,并对其独立性进行了讨论,探讨了对中国政府规制实践的借鉴意义。有学者回应了在政府规制过程中成本收益分析方法的争议,并就规制中影响规制成本和收益构成的主要因素进行了分析。

【大学自治与高等教育】 近年来对大学自治和高校的法律问题有诸多讨论。有学者认为,应当通过章程实现大学治理,大学章程是“组织法”,更是“权利法”与“程序法”;通过章程的现代大学治理是“校长治校”与“治学”、学术自由与人权保障、实体法治与程序法治等的统一。有学者认为,扩大并落实高校办学自主权的具体内容包括:党委机构设置应根据校情党内民主商定,党委书记等按现行法规由选举产生;校长应由民主遴选产生,行政组成充分尊重校长意愿;政府对高校的投资应法制化,并尽量缩小地域和归属落差;尝试部分公办高校改制,以减轻政府财政压力;不同类型、层次高校学生缴费应适当拉开档次。也有文章涉及大学自治、高校教师权利救济和有关问题的司法审查等问题。

【城市房屋拆迁】 2010年针对《拆迁条例》和

城市房屋拆迁制度改革的讨论如火如荼。有学者认为,第一阶段尽快完成《国有土地上房屋征收与补偿条例》的制定和《土地管理法》的修改;第二阶段逐步实现财税制度改革和城乡规划制度改革;更为长远的目标则是地方民主建设和司法改革。有学者指出,城市房屋拆迁制度改革有四个关键问题,包括区分公益拆迁和非公益拆迁,按照市场价格评估予以公正补偿,适用公开透明、平等参与的征收程序,建立相对独立、权威高效的征收纠纷解决机制。有学者在梳理、确认中国征收征用领域的立法课题的基础上,对域外宪政规范和土地规制问题进行了探讨,并结合日本开发行政和土地收用方面的制度经验和理论研究成果,对中国征收征用领域的权利救济机制的完善提出建议。有学者认为,城市房屋拆迁是在收回国有土地使用权基础上实施的房屋拆迁,国务院法制办公布的关于城市拆迁立法的征求意见稿将名称修正为《国有土地上房屋征收与补偿条例》,并围绕房屋征收展开立法的做法应该说方抓住了城市拆迁的核心和关键。有学者指出,房屋拆迁纠纷和矛盾难以平抚是多种因素共同促成的,立法对公民权益保护不力和现有纠纷解决机制的失灵是两大原因。应当赋予个体充足的救济渠道,以纠正行政机关强力介入可能出现的偏差或避免给个体带来额外的伤害。有学者介绍和分析了英国土地裁判所制度,有学者则介绍了美国财产征收案柯罗诉新伦敦政府案及对公共利益的界定。还有的学者对修法本身进行研究,认为拆迁立法可以成为一次很好的公共实验,可以通过社会的广泛关注、精英的大力推动、政府的有效回应和公众的有序参与实现拆迁变法。

【行政复议】 随着各地行政复议委员会设立等制度实践,行政复议法的修改问题受到了学界广泛关注。有学者认为,行政复议已经有很大发展,但是相对于行政复议制度内在的功能和作用,相对于当前社会普遍存在的行政争议的数量,行政复议的优势和潜力,还远远没有发挥出来,应当修改《行政复议法》,完善行政复议制度,贯彻公正、公平、参与和效率原则,在人民群众中树立行政复议的公信力,使之逐步成为解决行政争议的主渠道。章剑生认为应当对行政复议程序进行正当化修复,以保持复议机关作出公正、客观的复议决定。有学者也从比较法的角度考察了行政复议审查方式的历史演进,分析了立法的未来趋势。

【行政诉讼】 目前《行政诉讼法》修改已经提上日程,已经列入立法规划,对行政诉讼制度的改革和完善的讨论也更加具体深入。一些学者对《行政诉讼法》20年来的实施情况进行分析,认为《行政诉讼

法》在实施过程中取得了很大成就,但同时也存在很多问题,包括行政诉讼目的、行政诉讼受案范围、行政诉讼类型、行政诉讼当事人、行政诉讼管辖、行政诉讼起诉期限等,都有待修改完善。

学者们对行政诉讼中的一些具体问题也展开了深入的探讨。有学者通过对行政诉讼撤诉存在的问题进行分析,提出了相关对策,并对行政诉讼中被告改变具体行政行为和消极应诉的相关问题进行了梳理。有学者对行政诉讼的目的和功能等理论性很强的问题进行了探讨。有学者对行政不作为的诉权范畴进行了剖析。有学者对群体事件中的行政诉讼提出了看法。有学者对确认违法判决的适用问题、行政规划的司法审查问题进行了探讨。有学者认为,不应当留有法律调整不到的“空白”,应当逐步纠正涉法涉诉信访这种法律程序以外处理纠纷的“体外循环”现象。

【国家赔偿】 2010年4月29日,全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过《国家赔偿法》修改决定,不少学者对国家赔偿法修改的一些具体问题及修改的意义等提出了看法。有学者尝试从比较法的

角度探讨了依职权不作为赔偿的违法判断标准问题。有学者则主张以普通侵权法损害学说为鉴,国家侵权损害概念建立包括“权利受侵”和“利益受损”两层含义的结构。

【域外法治】 有学者对日本公法名家美浓部达吉的学说在中国的输入做了全面的回顾与评析,认为他的学说包括古典自由主义、法解释学的实证路线、公私法相对二元论、依法律行政论、“美浓部三原则”等等都对民国法学乃至中国当代公法学产生持续的影响力。有学者则对日本行政法学家田中二郎的学说进行综述。也有学者对英国城乡规划的历史背景予以介绍,讨论在法学思想的变迁下,规划权力的扩展与规范,进而研究英国规划干预与权力制约的演变关系。有学者对德国公法权利理论进行了细致的梳理和分析,并探讨我国借鉴和移植的可能性。还有对美国行政国家理论、欧盟行政法上的风险预防原则、英美知情权、德国公物理论等多个问题的研究。

(应松年 王静 金成波)

民 法 学

【概况】 2010年,民法学领域的学术研究与学术活动,一如往年,相当活跃。《侵权责任法》的颁布实施,并没有降低学者对侵权责任问题的研究热情,只是将他们的研究视角从立法论转向了解释论;《合同法》与《物权法》实施中的疑难问题,依然引起许多学者的高度重视;亟待完善的民法总则以及将要制定的人格权法,同样备受关注。总的来讲,学术研究在很多方面获得了突破性成果。

为了《侵权责任法》的理解和适用,民法学研究会多次召开不同规模的学术研讨会,深入探究《侵权责任法》实施中的热点、难点问题,以及如何科学地对《侵权责任法》予以解释的问题。与此相关的重要学术研讨会:《侵权责任法》实施问题国际研讨会(6月26日,四川省成都市)、2010年博鳌法学论坛暨第七届法官与学者对话民商法论坛(8月4日,海南省琼海市)等。

为配合人格权法的立法工作,10月16日在华东政法大学长宁校区举行了主题为“人格权的法律保护:历史基础、当代发展和挑战”的国际研讨会,来自法国、德国、意大利、美国、日本和我国各地(包括台湾和澳门)的民法学者70余人,围绕“人格权的理论基础”、“抽象人格权和人格利益”、“人格权和其他部门法的关系”、“人格尊严和其他权利”、“私生

活的法律保护”等问题,进行了深入研讨,为我国人格权法律制度的完善提出了诸多建设性意见。

除上述学术活动外,民法学研究会在2010年还举办了两次相当重要的会议。一是民法学研究会2010年年会暨学术研讨会(10月9—10日,北京市),中国政法大学承办了此次会议。来自全国各地的民法学者讨论了城市房屋征收(拆迁)中的私权保护、民法典体系的构成以及《合同法》、《物权法》与《侵权责任法》实施中的热点、难点及重点问题。

二是王家福教授80华诞庆典暨法律思想研讨会(10月8日,北京市)。会议在中国人民大学法学院举行,来自全国人大常委会法工委、最高人民法院、最高人民检察院等部门的领导,以及北京大学、清华大学、中国人民大学、中国政法大学等知名高等学府及中国法学会商法学研究会、经济法学研究会等研究机构的50余位学者参加了会议。与会专家共同祝贺王家福教授80大寿,并就其法律思想展开了深入研讨。这次会议对传承与发扬我国民法精神和思想,意义重大、影响深远。

【民法总则】 在学术研究上,民法总则不仅包括可适用于民法各组成部分的基本原则、概念、制度等,而且也涉及到像民法典编纂、民法与其他法律之间的关系、民法解释方法等问题。2010年,学者们

在中国民法典的制定、民法与宪法的关系、法律行为、代理以及诉讼时效等问题的研究上,成果卓著。

关于未来民法典的编纂,有学者通过深入分析现代民法的体系构成为:民法体系有内外之分,内在体系主要表现为一些抽象的观念或原则,外在体系通常由概念、规范与制度所构成。随着社会的变迁,现代民法在内在体系上形成了意思自治、保护弱者、信赖保护与自己责任等基本原则,这些原则渗透在外在体系的概念、规范与制度中。中国民法典的编纂,应联系中国社会的基本状况,重视民法双重体系的建构,通过定位民法中的人,梳理现代民法的内在体系与外在体系在物权法与债法中的具体表现,检讨中国民法现有立法的瑕疵,制定一部科学的民法典。

民法与宪法的关系近年来颇受法学界的青睐。有学者以欧洲近现代民法的发展轨迹为中心,深入探讨了民法与宪法关系的演变、民法的转型以及中国未来编纂民法典时应注意的问题。概括地讲,民法与宪法的关系,在欧洲国家近现代法制发展的不同时期,显示了不同的风貌:从民法最初的相对独立,到后来受到宪法的深刻影响,再到最近全球化背景下民事交易法之独立性的重新强化。这些发展是欧洲社会政治经济结构发展和演变的结果,也与欧洲国家宪法体制的发展密切相关。在此过程中,欧洲国家民法的理念和制度,随着其所处环境的变化,一直处于不断演变中。中国民法典的编纂,应重视民法的这种时代变迁。

法律行为制度是民法总则的核心,相比于以往,今年的研究在事实行为、使用他人名义实施法律行为、代理权授予行为、表见代理的构成等方面取得了一系列成果。有学者认为,在构成要件的规范意义上,事实行为是产生特定事实效果,并因此导致法律效果法定化的行为,它既不同于行为范畴外的自然事实和纯粹人体事实,也与法律行为和准法律行为存在本质差异。依意思要素的作用,事实行为可分为无目的意思、目的意思不独立和目的意思独立三种类型,这些三种类型呈现出体系化的架构。事实行为与法律行为并非完全处于对立、互斥的状态,在规范关系上,它们还存在着协力并存和制约并存的关系。

有学者认为,不同于以他人名义实施法律行为的代理,使用他人名义实施法律行为具有独立性,它可分为三种类型:使用未特定化的他人名义实施法律行为、借用他人名义实施法律行为以及冒用他人名义实施法律行为。认定使用他人名义实施法律行为的效果时,应当综合考量相对人的意愿、名义载体的意愿、相对人是否善意以及名义载体是否有重大过错等因素,这四个因素构成法律效果的判定基准体系。

根据学界通说,表见代理在构成上要求本人具有归责性。有学者认为,归责性要件的确立,还具有重要的方法论意义。概言之,归责性具有程度之维,即可通过本人归责性程度与相对人信赖合理性程度的比较权衡,来决定相应的规范构成和效果。从解释论的角度看,透过文义、历史、比较法等解释方法,可认为《合同法》第49条确立了本人归责性要件。

关于代理权授予行为问题,有学者认为:授权行为为无因性理论与表见代理制度存在功能性重叠。授权行为与其基础法律关系虽然可以区分开来,但不应当使之无因化。授权行为无因性理论结构简单、僵化,无法将恶意及有过失的相对人排除在保护范围之外。这既导致价值实现的偏离,又不能彻底排除内部关系对外部关系的影响,只能在有限范围内实现保护信赖的任务。表见代理制度直接以信赖保护问题本身进行制度设计,其法律构造极具弹性,具有一定的价值衡量空间。基于此,应废弃授权行为无因性理论,而采授权行为有因构造加表见代理的制度框架。

《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》确立了诉讼时效的一般法律效力,即债务人获得时效抗辩权。有学者在此基础上分析了诉讼时效完成后债的法律效力,并提出了三种看法:一是诉讼时效完成后,如债务人抛弃时效抗辩权,则债权的请求力得以恢复;二是诉讼时效完成后,如债务人未主张时效抗辩权或虽已为主张,但其后又自愿履行义务的,则债权人有权受领,债务人不得再要求返还;三是诉讼时效完成后,如债权人与债务人达成履行债务协议,应依当事人具体的意思表示来确定,到底是抛弃了时效抗辩权,还是为清偿旧债务而负担新债务。

有学者对诉讼时效完成后的债务承认进行了细致研究,认为债务人承认债务时如无相反意思,应推定其同意履行债务并引起时效利益放弃的法效果,但依照社会生活习惯不应认定为债务承认的除外。债务人委托第三人提供保证构成对债务的承认,保证人无论是否知晓时效完成,均不得享有主债务的时效援用权。但第三人非基于债务人的委托而主动提供担保,则不构成债务承认,债务人仍可行使时效抗辩权。

【人格权法】人格权法是现代民法的重要组成部分,该问题多年来一直颇受我国民法学界的关注。今年的研究主要集中于如下问题:姓名权、言论自由与名誉权的关系、死者人格精神利益、公众人物的人格权等。

有学者指出,姓名是自然人的人格特征之一,它体现了诸多正当利益。因为匿名的利益已由隐私权加以保护,防止发生错误的负面社会印象的利益已由名

誉权、荣誉权加以保护,所以,姓名权只保护如下两种利益:一是防止发生错误的正面及中性社会印象;二是独占姓名的商业价值。对于姓名之外可标识主体身份的其他符号的保护,可以类推适用关于保护姓名权的规定。

有学者认为,言论自由与名誉权同属宪法上的基本权利,彼此间无位阶先后之分。言论分为事实与意见,对二者加以区分是规则建立的基础。真实虽是事实的基本要求,但真实并非一定不造成诽谤,不真实也不一定必然意味着诽谤,表面的、片面的真实事实暗示虚假事实的,也可构成诽谤。合理查证是判断事实是否构成诽谤的基本标准,我国不宜引进真实恶意原则。对于意见,应坚持合理评论原则。善意地发表言论不构成侮辱,侮辱不必然导致名誉受损。以事实为基础的评论,应将合理查证与合理评论结合在一起,评论的空间应尽量广些。

关于死者人格精神利益,有文章通过案例比较研究认为,为维护人性尊严与尊重社会风俗,死者人格精神利益应纳入法律保护之中,不过,因死者人格精神利益保护无法律明文规定,所以,此项保护须由法官造法来完成。

有人认为,公众人物的人格权与一般人的格权并无不同,在界定人格权时,无需依主体的不同对人格权进行分类。没有必要承认公众人物这个法律概念,在人格平等的私法理念下,各类主体不应被区别对待。

【物权法】 物权法领域内的学术研究,主要以《物权法》的理解与适用为主题。学者们在物权变动、不动产登记、所有权、用益物权与担保物权等方面皆提出了一些非常有价值的意见。

关于物权变动问题,有学者对意思主义与形式主义对立的法理与历史根源进行了深入分析,指出意思主义以一个不严格区分物权和债权,且物上权利的绝对性尚未完成的财产法体系为基础,它之所以首先形成于法国和英国,很大程度上是这两个国家自身的习惯法或判例法与自然法思想、自由主义激情相结合的产物,而非一种对公示的必要性有了充分、清晰认识之后的理性自觉。意思主义和形式主义的对立,本质上是财产权的相对性和物权的绝对性的对立在物权变动规则上的延伸,而后一种对立又主要根源于二者分别承袭了不同的法律传统。

对于动产物权变动的生效要件,有学者认为,《物权法》第23条关于动产物权以交付为变动生效要件的规定,统领各种类型的动产物权变动,其但书仅适用于动产抵押权、浮动抵押权、海上运输的指示单证及非基于法律行为的动产物权变动等个别情形。从

物、船舶、航空器和机动车等物权的变动,只要是基于法律行为的,依然以交付而非登记为生效要件。《物权法》第26条关于指示交付的界定过于狭窄,应予扩张适用。

关于不动产登记问题,有学者认为,不动产登记法的制定必须理顺下述三对矛盾:在性质上属于私法还是公法、在内容上为程序法还是实体法、在地位上是附属法还是独立法。就整体而言,不动产登记法兼具私法和公法两种属性,这两种属性分别体现在不同规范上,彼此间有所衔接。不动产登记法的内容视不同事项而有程序和实体之分,在物权法完备的前提下,主要以程序规范为主,其因此附属于物权法;在物权法内容有所缺漏时,不动产登记法的地位独立于物权法,其内容也会涉及实体规范。

有学者认为,《物权法》第16条第1句是对不动产登记簿推定力的规定,并非仅仅赋予不动产登记簿一种证据资格。不动产登记簿的推定力能使不动产上的物权状态更为清晰,并为不动产善意取得制度奠定了基础,从而有助于维护交易安全、提高交易效率。不动产登记簿的推定力属于法律推定中的权利推定,是可以推翻的。不动产登记簿的推定力可分为积极推定与消极推定,其适用对象是具有登记能力的权利。《物权法》第16条第1句分配了证明责任。确定民事实体权利的法律规范,如《婚姻法》第17条第1款,可以直接推翻不动产登记簿的正确性推定。

对所有权问题的研究,集中体现在对《物权法》第101、106条规定的解释上。有学者认为要妥当解释第106条,需要确定其背后的原理,厘清公信力与善意取得的关系,并明晰公示、公信、公信力强度等概念间的关联。第106条的规定以信赖原理为基础,信赖原理决定了不动产、动产善意取得基本构造的一致性,二者仅因登记和占有之公信力强度的高低以及登记和占有之表征能力的差异,在细节上存在一些不同。我国未采纳德国法上的绝对公信力理论,未采纳德国法上分别由两个不同原理来支持不动产、动产交易安全保护的分立模式,而是采纳了统一保护模式。

有学者探讨了第106条规定的不动产善意取得的构成要件,指出不动产善意取得制度的适用前提是登记簿上的权利事项存在错误。取得人依交易行为而取得不动产物权时,才能产生善意取得问题。当对善意取得采原始取得说时,交易行为的有效性不属于善意取得的构成要件。所谓善意,应以登记簿上是否有异议登记和取得人是否明知登记簿错误为依据。至于不动产善意取得人有偿取得不动产的价格是否合理,其判断应采客观标准。对于以登记为生效要件的不动产物权变动,取得人只有完成登记后才能善意取得;而

以登记为对抗要件的不动产物权变动,交付才是不动产善意取得的构成要件。

有学者认为,《物权法》第101条关于按份共有人优先购买权的规定过于简约。作为制度分析的起点,应将按份共有人优先购买权界定为一种形成权,以避免理论上的缺陷。可以民法解释学的方法阐明《物权法》第101条前段的转让和份额的含义。另外,应通过比较法和规范意旨的分析,明确按份共有人优先购买权的行使、行使效力和权利冲突等问题。

在用益物权的研究上,土地承包经营权的研究尤为引人注目。有学者以一种治理的视角,分析了土地承包经营权流转中的“发包方同意”这个要件,认为在土地承包经营权流转中,发包方同意作为对流转的一种限制,其地位在不断弱化。此种限制无法从法体系中合乎逻辑地推导出来,其存在与法政策考量紧密相关。法政策考量不是土地承包经营权的社会保障性,而是基层政权与村社共同体成员之间的结构性利益分离状况下的国家治理方式。随着国家治理方式的变化,发包方同意这个限制也应随之改变。

有学者研究了土地承包经营权流转中的利益冲突与立法选择,认为农村土地上负载着社会、集体、集体成员及非集体成员等多方利益。公共利益固然重要,个人利益也不应受到过多限制。当集体利益体现为维持村集体农地总量及其价值时,仅为公共利益让渡的私权足以保证集体利益及其成员利益的实现,无需以保护成员生存利益为由进一步限制私权。而在村集体组织成员与非成员之间,对前者的倾向性保护应仅限于发包阶段,至于在土地承包经营权流转阶段,两者应得到平等保护。

另有学者以法社会学的方法,研究了土地承包经营权抵押的现实困境与出路。现实条件的制约使得土地承包经营权的民间抵押难以开展。出于经营上的考虑,金融机构不愿发放以土地承包经营权为抵押的贷款,土地承包经营权抵押因此比较少见。未来立法不仅应开禁土地承包经营权抵押,而且应根据各地的土地资源禀赋与社会资源状况创新抵押模式,实行直接抵押、反担保抵押及联合抵押等多种抵押并存的模式。

在担保物权的研究上,抵押权受到特别关注。有学者认为,《物权法》第180条第2款规定的是共同抵押而非财团抵押。共同抵押权是为了共同担保同一债权而在多项财产上设立多个抵押权。除当事人另有约定外,共同抵押权人享有自由选择的权利,可就各个抵押财产卖得的价款清偿全部或部分债权。共同抵押权人同时拍卖共同抵押物并分配价款时,应按各自抵押财产的价格比例实现其债权;在异时拍卖并

分配价款时,为了平衡当事人之间的利益,从立法论的角度来看,共同抵押权人应该赋予有利害关系的物上保证人、后顺序抵押权人以及第三受让人以代位求偿权。

有学者认为,《物权法》第181条是关于浮动抵押的规定。抵押财产的可变性是浮动抵押的突出特征。与此相适应,《物权法》第189条第2款规定了正常经营活动中的购买人不受追及规则,即浮动抵押权不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的购买人。但《物权法》未对与浮动抵押紧密相关的购买价款担保权的效力作出规定,对购买人不受追及规则的规定也不太周全。为此,可借鉴其他国家或地区的立法经验予以补充完善,从而构建统一、明晰的动产担保物权受偿次序规则。

有学者研究了抵押权的存续期间(《物权法》第202条),认为受制于物权法定原则及担保物权的功能、地位和性质等因素,原则上应否定当事人约定抵押权的存续期间。但在主债权因时效期间届满致抵押权长期不行使等情形下,依然允许抵押权存在则有悖诚信,故抵押权应受法定存续期间的制约,以平衡抵押人和抵押权人的利益。而法定期间制约模式的选择应以不影响或少影响原有体系为原则,以能付诸于实际运作为必要。

【合同法】 合同法在现代社会经济生活发挥着重要功用,《合同法》实施十余年来,学界一直非常重视对它的研究。

有学者深入分析了我国法上的合同概念所具有的体系效应,认为现有合同概念动摇了合同属于债的传统观点,债法总则的存在并不具有体系的融洽性,取消债法总则的设置,具有理论基础;在我国未来的民法总则中,应该设置民事责任的一般规定,同时对无因管理与不当得利作出具体规定。

有学者从现代合同法理论与立法技术的角度,研究了继续性合同的特征、本质及地位,认为继续性合同是一种动态的过程化契约,具有关系性契约和不完全契约的属性,在本质上是不确定性契约;继续性合同与一时性合同在现代合同法体系中体现为偏正结构的形式,现代合同法采取了“继续性合同一时性合同化”的立法策略,使之符合合同法的内在逻辑和基本理念;基于“典型合同类型”的开放性特征,继续性合同被包容在以一时性合同为主导地位的合同法体系之内。

强制性规范对法律行为效力的影响,是近年来合同法研究中的热点问题。有学者认为,我国民法理论未对禁止性规范与强制性规范作出明确区分,在司法实践中造成了一定的规范适用错误。禁止性规范对民

事法律行为效力的影响,主要是通过民法中的转介条款来实现。《合同法》第52条第5项转介的只能是禁止性规范。对违反禁止性规范的民事法律行为的效力,需要根据禁止的是特定的行为模式或特定的法律效果,还是对行为模式与法律后果均予以禁止,进行综合判断。

合同生效后可因情势变更而被变更、解除,是现代合同法的一种重要原则。最高人民法院在关于合同法的司法解释中确立了该原则。有学者对此进行了系统研究,认为情势变更原则具有内涵抽象、标准不明、极易被滥用的弊端。为正确把握情势变更原则的适用条件,妥当确定适用情势变更原则的法律后果,除须参考其他国家或地区的立法和理论研究成果外,还应把总结裁判经验作为一种有效方法。在研究判决材料的基础上,把握司法者对情势变更原则的理解程度和行动取向,可以为我国司法实践正确处理情势变更问题提供稳妥且具有可操作性的指引。

能否按照利他合同理论来解释《合同法》第64条的规定,一直存在争议。有学者认为,利他合同与向第三人履行的合同是两项存在根本差别的制度。前者是指基于债权人和债务人的约定向第三人履行,并且赋予第三人针对债务人以直接履行请求权的合同,它在性质上是结合了两次具有法律意义的财产变动的合同,属于合同相对性原则的例外;而后者是合同的一种特殊履行方式,在其中只实现了一次具有法律意义的财产变动。第64条应该界定为向第三人履行的合同,而不是利他合同。

有学者认为,合同解除制度和风险负担规则各具优势,解除一元论和并存模式是目前具有代表性的两种制度安排。在《合同法》采并存模式的情况下,风险由债务人负担时可择一适用,但需就解除权期间、清算关系中的诉讼时效、风险负担抗辩等问题作出特别规定。风险由债权人负担时应当否定债权人的解除权。瑕疵给付时的解除与风险负担应适用《合同法》第148、149条的规定,但这在立法论上有重新斟酌的必要。持续性合同可类推适用租赁合同的规定或部分解除制度。清算关系中的风险分配可有限制准用《合同法》第148条的规定。

租赁合同是一种常用的有名合同,最高人民法院为此专门发布了《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》(法释[2009]11号)。学者们围绕租赁权的对抗效力、承租人的优先购买权、出租人的维修义务等问题进行了研究。

有学者认为,在现代多元化的租赁关系中,承租人虽然并非都是社会的弱者,但租赁权的对抗效力(“买卖不破租赁”)在保护交易安全和维护社会稳定

方面,具有重要的意义。《合同法》第229条关于租赁权对抗效力的规定在适用范围、适用条件和法律效果等方面皆存在缺陷,应采纳外国民法典的合理规定,对其进行完善。

关于房屋承租人的优先购买权,有学者认为,承租人行使优先购买权时,出租人负有强制缔约义务,出租人与承租人由此形成以出卖人与第三人之间所订立的合同条款为内容的合同。在房屋租赁关系已经登记备案或者第三人知道租赁关系时,承租人的优先购买权具有对抗第三人的效力;反之,承租人的优先购买权不得对抗已经完成登记的善意第三人。出租人是否应当向第三人或者承租人承担债务不履行的责任,仍然应以优先购买权是否具有对抗效力为基础进行判断。共有人的优先购买权应当优于承租人的优先购买权。

维修义务是否受租赁物毁损原因的影响,存在不同看法。有学者认为,肯定说关于租赁物毁损系因可归责于承租人的原因时出租人不负维修义务的观点,否定说关于租赁物毁损系因可归责于承租人的原因时出租人仍负维修义务的意见,都不够全面。比较可行的方案是,租赁物毁损系因可归责于承租人的原因时,出租人原则上仍负维修义务,但应设有例外。维修义务和租金支付义务、维修义务和维修费用支付义务,有时可成立先履行抗辩权、不安抗辩权。

有学者认为,民法学界对《合同法》第378条关于货币保管的规定普遍存在误解。该条并非针对于货币的消费保管,最多只是针对于混藏保管。这种立法模式存在诸多缺陷。我国合同立法应区别对待货币的民事保管与商事保管。对于民事保管,应以意思自治为原则,即依合同约定来判断货币保管是否为消费保管;在此基础上适当兼顾保管效率,依合同的约定判断是否为混藏保管。对于商事保管,除对银行业金融机构的货币保管以促进货币融通为立法目的外,其他营业中产生的货币保管应以货币财产之安全为最高价值目标,规定此类货币保管为混藏保管,保管人不可使用其所保管货币,但可就替代物负返还义务。

【侵权责任法】 2010年是《侵权责任法》颁布施行的第一年,为配合这部重要法律的施行,民法学者或以宏观的视角,或以细腻的笔触,进行了大量研究。

关于侵权责任法在我国民法中的地位及其与民法其他部分的关系,有学者认为,侵权责任法是借鉴外国侵权行为法和总结我国立法经验的结果,是《民法通则》创立的“民事权利—民事义务—民事责任”立法模式的延续和发展。《侵权责任法》将来会成为民法典的独立一编,现在需要协调好《侵权责任法》与

民法其他部分,特别是与《民法通则》、《物权法》的关系。《侵权责任法》虽从债法中分离出来了,但并未隔断与债法的关系。《侵权责任法》将传统民法的侵权损害赔偿之债变革为多种承担侵权责任的方式,其归责原则随之相应地也发生了变化。《物权法》第三章规定的物权保护方式有些与《侵权责任法》规定的责任方式相重合,应当将《物权法》第三章的有关规定理解为引致规范,适用《侵权责任法》的有关规定。

有学者认为,《侵权责任法》第2条关于权益保护范围的规定,具有全面性、特定性和开放性,对此进行深入研究对正确适用《侵权责任法》意义重大。有学者特别探讨了保护隐私权的意义,即《侵权责任法》将受司法实践保护的隐私利益上升为法律层面的民事权利,并将隐私权保护从定位于《妇女权益保障法》的特殊规定扩展到《侵权责任法》的普适性规定,这在我国隐私权保护的法律制度发展史上具有里程碑意义。

关于保护民事权益的基本方式,有学者认为《侵权责任法》第6条第1款规定的是一般侵权行为,不能仅仅根据文义解释和历史解释,认为它保护所有的民事权益,必须对其进行目的性限缩,依照德国模式确定其构成要件。《侵权责任法》关于无过错责任、推定过错责任、“公平分担损失”和“适当补偿”的具体规定,其保护范围绝大多数应解释为仅包括绝对权,甚至只涉及个别绝对权。

另有学者以构成要件理论对《侵权责任法》第6条第1款进行深入研究后认为,有必要以第6条第1款的文义为基础,重构我国传统的构成要件理论。具言之,该款规定的权益侵害应该作为一般侵权行为的独立构成要件,在功能上取代违法性要件,在地位上取代损害要件。一般侵权行为的构成要件应包括行为、权益侵害、责任成立的因果关系、过错,这是为第15条规定的各种责任形式所共有的构成要件;而损害和责任范围的因果关系则为损害赔偿责任的附加构成要件。为使权益侵害要件具有可操作性,在解释上可引入日本法的相关关系理论,对权利和利益进行区别保护,让不同层次的权益对应于不同判断基准的过错。为与其规范功能相适应,《侵权责任法》宜采狭义的权利观。

有学者指出,在侵权责任的构成要件中,违法性要件是大陆法系侵权法保护范围的调节器、法律秩序的信号灯,并在规范层面对侵权责任形态多样化、特殊责任构成和违法性阻却具有重要意义。对违法性要件之取舍,《侵权责任法》应结合侵权法的发展趋势、价值取向和体系构成等问题作出合理选择。

有学者通过研究归责原则与侵权责任方式之间的关系指出,《侵权责任法》第6条规定的过错责任原则、第7条规定的无过错责任原则和第24条规定的公平责任,均不适用于停止侵害、排除妨碍、返还财产、消除影响。第7条和第24条的规定还不适用于赔礼道歉、消除影响、恢复名誉。停止侵害、排除妨碍、消除影响等责任方式最好适用于第21条的规定,以免造成法律漏洞,尽管这并非《侵权责任法》的立法本意,亦非立法技术使然。返还财产可适用《民法通则》第117条第1款,或者《物权法》第34条或第245条的规定。归责原则与侵权责任方式之间的匹配关系,实际上仅限于损害赔偿(赔偿损失)、恢复原状、赔礼道歉、消除影响和恢复名誉,难以扩及其他责任方式。

关于共同侵权,有学者认为,现行共同侵权的类型体系值得反思,主观关联共同和客观关联共同是完全异质的东西,不宜纳入同一类型,客观关联共同与共同危险行为具有更多的相似性。意思与因果关系均可以正当化连带责任的一体性,并由此发展出基于共同过错的共同侵权与基于可能因果关系共同侵权,前者包括共同故意和共同过失,后者包括责任者不明和份额不明。

有学者认为,由《侵权责任法》第11、12条对无意思联络数人侵权的规定可以看出,《侵权责任法》第8条规定中的“共同实施”是以“共同故意”为条件的,即数个加害人仅在具有意思联络而实施侵权行为时方构成共同加害行为。以意思联络作为共同加害行为的构成要件,不仅能充分实现共同加害行为的规范目的,还可以有效区分共同加害行为与共同危险行为,并能厘清二者的适用关系。同时,意思联络还能够将多数人侵权责任区分为共同侵权行为与无意思联络的数人侵权。

有学者认为,《侵权责任法》上的受害人有过错的数人侵权责任分担应该按照数人侵权责任分担形态进行类型化。受害人过错不影响因主观关联共同侵权行为承担连带责任,但影响客观关联共同侵权行为和共同危险行为的连带责任适用。受害人过错不影响真正连带责任形态的适用,但对补充责任形态中补充责任的成立和范围有一定的影响。

有学者认为,《侵权责任法》第10条是对共同危险行为的规定,其规范目的在于减轻受害人在因果关系证明上的困难。在理解共同危险行为的构成要件与免责事由时,不能偏离其规范目的。除基本的构成要件外,共同危险行为还有两个重要构成要件:一是共同危险人参与实施了对受害人权益有损害危险的行为;二是因果关系不明,即无法确定具体的侵权人。

此外,共同危险行为人之间不存在意思联络也是共同危险行为的消极构成要件,它能有效地将共同危险与其他共同侵权区分开来。

有学者认为,加害人不明是共同危险行为的基本特征,也是区分共同危险行为与其他数人侵权的基本标准。从因果关系的角度看,共同危险行为可以纳入替代因果关系的范畴,但《侵权责任法》并没有直接采纳替代因果关系理论。至于加害人是否可以通过反证证明自己不是具体的行为人从而得以免责,《侵权责任法》采反对说。因此,共同危险行为的行为人必须证明谁是真正的加害人才能免责。

《侵权责任法》第16、17条在总结《民法通则》、“法释〔2003〕20号”司法解释及学说的基础上确立了死亡赔偿制度。为便于该制度的理解与适用,有学者全面梳理了学界关于“命”与“价”关系的各种争论,揭示了相关规定的立法背景,并对各个侵权责任法建议稿或草案关于死亡赔偿的规定进行了分析。最后提出了正确理解《侵权责任法》第16、17条确定的死亡赔偿金“原则上不同”、“个别情况可以相同”的法律原则。

有学者认为,《侵权责任法》第16、17、22条对我国现行死亡赔偿制度中的诸多缺陷缺乏相应的对策。具言之,被扶养人生活费表述的消失,致使被扶养人生活费请求权被不合理地弱化;因同一侵权行为造成多人死亡的,可以以相同数额确定死亡赔偿金的規定,造成死亡赔偿制度的内在分裂;不当致死时死者近亲属精神损害赔偿请求权问题仍悬而未决。相关司法解释应以死亡损害说为指导,妥善解决现行法所存在的各种问题。

另有学者区分了死亡补偿费与死亡赔偿金,认为死亡补偿费在性质上属于财产损失,而死亡赔偿金则具有精神抚慰的功能。“法释〔2003〕20号”第29条规定的死亡赔偿金,与该解释第18条及“法释〔2001〕7号”规定的属于精神抚慰金的死亡赔偿金相冲突,在法律适用上引发不少困惑。《侵权责任法》的颁布在一定程度上加剧了这一困惑。基于此,应将“法释〔2003〕20号”第29、30条和《侵权责任法》第16条规定的死亡赔偿金修正为死亡补偿费,以解决法律规范间的冲突,实现社会的公平与正义。

关于《侵权责任法》第36条规定的网络用户和网络服务提供者的侵权责任,有学者认为,这虽然是我国首次以基本法律的形式对网络侵权责任作出的规定,但是,由于法条本身过于抽象、概括,对于责任主体的范围、责任承担的限额等问题还需要运用解释

论方法予以明确和细化。

关于《侵权责任法》规定的第三人侵权时安全保障义务人的补充责任,以及校园事故中第三人侵权时学校等教育机构的补充责任。有学者认为,这些规定是我国侵权法领域的一大创新。补充责任制度不仅能解决第三人侵权情况下连带责任和按份责任所面临的法理困境,而且体现了民法的公平原则,同时也发挥了法律促进社会和谐与稳定的社会功能。

关于产品责任,有学者认为,《侵权责任法》第47条关于惩罚性赔偿的规定与《食品安全法》第96条第2款关于食品安全责任惩罚性赔偿的规定之间的适用关系,将成为今后司法实践中的难点问题之一。两者在主观要件、产品类型、损害后果要件以及赔偿数额基准等方面存在不同,适用不同的规范会给涉诉当事人的利益带来不同程度的影响。就不符合食品安全标准的食品类产品致人死亡或健康严重损害这一情形而言,两者之间形成了适用规范并存的局面。此时,无法通过特别法优于一般法的法律冲突适用规则解决两者之间的适用关系问题,由当事人选择其中之一适用亦不符合法理,宜直接适用《侵权责任法》第47条的规定。

有学者认为,对于大规模侵权,在西方国家盛行并被实践证明效果良好的大规模侵权损害救济(赔偿)基金值得我国借鉴,以代替传统的行政主导救济模式,并全部或者部分取代民事诉讼程序,从而兼顾效率与公平。

关于医疗损害责任,有学者认为,医疗案件处理的关键是对病历的鉴定。医疗过错的证明,转变为鉴定发起和完成的问题。应当坚持医疗过错的推定,以损害为基础事实,以过错为推定事实。在《侵权责任法》生效后,最高法院如何规范鉴定问题,值得关注。

关于高度危险责任,有学者认为,《侵权责任法》第69条关于高度危险责任的一般规定,在法律解释与法律适用上具有十分重要的意义。这一规定不是适用于所有的危险责任,而是主要适用于高度危险作业致人损害的责任。作为一般条款,第69条必须在无其他特别规定的前提下才能被适用。法官在适用这种规定时,不仅应考量高度危险作业损害的严重性、难控制性和异常性,而且须考虑高度危险作业的社会价值。受害人的故意、不可抗力及受害人自担风险,在具体情况下可成为高度危险责任一般条款适用中的免责事由。另外,高度危险责任一般条款的适用可与过错责任发生竞合。

(张新宝 朱广新)

经济法学

【概况】 2010年,经济法学在经济法基础理论、政策研究、实务案例分析和国外理论制度借鉴方面有了更深入的进展。

本年度举办的学术研讨会主要有:7月20—21日,由北京大学经济法研究所主办、北方工业大学经济法研究所承办的第十一届经济法前沿理论研讨会在北方工业大学召开,会议主题是“经济结构调整与经济法问题研究”;7月20—21日,“2010年重庆市法学会民法经济法研究会、重庆市法学会国际经济法研究会年会暨学术研讨会”由重庆工商大学法学院承办,年会主题为“经济增长方式转变中的法律跟进”;9月26—27日,“亚洲竞争法论坛2010”(ACLF2010)国际学术研讨会在上海举行,会议由亚洲竞争法协会、华东政法大学联合韩国首尔大学主办;10月7日,“经济社会发展与经济法”在人民大学举行;10月30—31日,中国法学会经济法学研究会2010年年会暨第十八届全国经济法理论研讨会在中南大学召开,会议由中国法学会经济法学研究会主办,中南大学法学院承办,本次年会主题是“经济法与我国民主法治建设”。

(蒋道娟)

【经济法的产生和发展】 对这一问题的研究是经济法基础理论研究较为薄弱的环节,本年度的研究对之关注有所加强。有学者从经济法的内在精神切入,探讨了经济法产生的社会、经济、政治及哲学基础。有学者梳理了二战后德国经济法的发展历程,并分析了对我国的借鉴意义。

有研究回顾了中国经济法30年的发展历程,总结了主要成就、经验与问题,并提出应进一步提升经济法学解决重大社会实践问题的作用。有学者采用实证分析方法对30年进行了梳理。以引用数据库CSSCI、CNKI和文摘数据库《新华文摘》和《人大复印报刊资料》为依据,采用引用率和转载率两项指标,聚焦中国经济法学高影响论文。通过数据分析,提炼中国经济法学30年的研究热点和焦点,从而试图为该学科的未来发展形成一个基本文献基础。回顾经济法热点,集中在经济法基础理论、竞争法、财税法、证券法、消费者法、劳动法和社会保障法和环境资源法8个方面,但已有研究思路值得反思。在对我国长期居于主导地位的大经济法观点进行反思的基础上,对中国经济法学成长与日趋成熟的导引和促进作用,并初步探讨了经济法学基础理论研究的未来之路,以期当前中国经济法学能鉴往知来,多一份冷静和理智

迎接新的挑战和机遇。

有学者从制度变迁的视角,探讨了中国经济法的改革与创新。经济法是我国改革开放的产物。中国经济法的改革与创新,是在改革开放、社会转轨的大背景下完成的。经济法的改革与创新历经了从干预之法到协调之法;从国家本位法到会本位法;从国内法到与国际接轨;从硬法到软法;从实体法到程序法;从公法到公私法融合。周虽旧邦,其命维新。新时代表下,“以人为本”、以“科学发展观”为理念,经济法正迎接新的发展契机。(肖江平 张东)

【本体论】 调整对象理论是中国经济法演进的红线之一,是本年度关注较多的理论问题。有研究通过考察特定历史背景发现经济法与民法关于调整对象与地位的争论,不仅促使经济法获得独立法律地位,增进对法学研究的理解;而且有助于经济法学研究转型,在因应经济发展上呈现出三元结构、问题取向、法外论法、结构性研究等有别于传统法学的独特风格。有研究认为经济法学成为一门科学的先决问题是合理界定其调整对象。对经济法的特定调整对象的不同界定产生了经济法的不同学说。对经济法调整对象的认知不仅须遵从逻辑,还须有经验科学的视角。从经济法实践中的各种现象可以提炼出经济法的三大特征,即开放性、目的性和支配性,经济法调整对象是支配性经济关系,其范围的界定取决于法律限定的一般范围和经济监管机构规章限定的特殊范围,其调整的目的是促进资源合理配置。

经济法的风险理论是学者的理论创新。有学者指出经济危机的发生与经济法的应对调整,不仅使经济运行风险及其法律防范备受瞩目,也使观察经济法的风险维度得以凸显。风险维度如同分配维度,是贯穿经济法理论研究与制度建设的重要经脉。基于风险维度,学界需要关注经济法上的风险问题,分析经济法领域特殊的风险类型,探究经济法上的风险防控制度,以及其中蕴涵的风险、危机与安全之间的内在关联,并进一步提炼经济法上的“风险理论”。

经济法是促进型法,经济法的促进性特征成为本年度研究的热点。有学者分析了经济法促进预算平衡的基本原理,认为经济法促进型特征有助于促进消减财政赤字、控制财政规模、实现预算均衡并进而实现总体经济均衡。预算平衡为促进型经济法的理论研究提供了极佳的制度范例。有学者进一步探讨了促进型经济法的优越性。认为“促进型”经济法是以促进或

鼓励为目的的经济法规范的总称,它是经济法规范的重要组成部分。我国传统经济法以“限禁型”规范为主,在面对日趋复杂的经济问题时,“限禁型”经济法可能会遭遇不同程度的执法困境,并面临难以解决的“信息悖论”问题。与此相比,“促进型”经济法不仅能够有效克服“限禁型”经济法的局限性,在特定领域或对特定问题解决上也比传统的“限禁型”经济法更具优势。我国未来经济法的发展方向,既要保留必要的“限禁型”规范,也应引入适量的“促进型”规范,二者应当相互配合、共同作用。也有学者分析了经济法的非强制性干预。认为经济法被视为克服市场失灵的基本法律形式。解决市场失灵问题的基本途径既包括强制性干预,也包括非强制性干预。可以将经济法上的非强制性干预划分为投资经营、经济合同、经济促进、民主协商、行政给付、信息供给、行业协会干预几种类型,在此基础上有必要对非强制性干预的价值、存在的问题及完善的路径作进一步分析,以深化对经济法干预机制的认识。

经济法与经济政策具有密切的关联,经济法的政策性逐渐受到学者的关注。有学者对产业政策与产业法的若干理论问题进行了深入的分析,指出了正确处理产业政策与产业法关系的方法:既不能把它们割裂开来、对立起来,也不能把它们等同起来;要使它们紧密配合,相互补充,相辅相成,共同促进产业素质的提高,加快经济发展方式的转变,推动经济社会的协调发展。有学者指出加强产业政策法的研究是经济法学的责任,认为完善产业政策法律制度应该正确处理好产业政策与产业法的关系、发挥市场机制的基础性作用与公权力适度干预的关系、产业政策法与相关法律制度的关系及与相关法律制度的衔接与协调、安排好产业政策法体系的基本构成等问题。有学者探讨了产业政策实施中的民主评估机制,认为民主评估是产业政策合法化的基础,并就其完善提出了五方面的建议。也有学者就竞争政策与产业政策的协调问题进行了探讨。有学者辨别了宏观调控的政策调整与法律调整的区别,指出应加强宏观调控的法律化。此外,也有学者不赞成制定产业政策法。

经济法是独立的部门法,与其它部门法既有联系也有区别。有学者针对对经济法独立性的质疑进行了回应,认为从经济法的国际化程度来评判我国经济法存在的先天不足,认为我国经济法成为一个独立的法律部门的观点缺乏理论的系统支撑和实证研究的佐证。经济法是一部非常开放的法,其应在注重国际化的视野时,要寻求本土资源的支持。有学者探讨了经济法对部门法理论的贡献,认为:“部门法理论”是部门法学研究中一个重要的法理基础。在经济法出现

之前,传统的部门法理论将各个部门法限定于对峙状态,经济法的出现则将这种对峙进一步放大为不同部门法之间的论战。但经济法的后续发展则证明,在现代社会,不同的部门法应当走向融合,经济和社会的发展在客观上要求不同部门法之间应彼此协调。经济法为部门法理论的发展和创新做出了重要的贡献。有学者认为,美国金融法制过分强调商事规范私法性是引发全球金融危机的真正原因。因此,现代金融法制中有关金融市场的进入(商主体)、金融产品的开发(商客体)、金融市场的交易(商行为)的商事规范理应强化其公法性,即强化其以社会整体利益为原则的经济法性质。有学者探讨了金融危机向社会危机传导的经济法与社会法组合防范问题。认为经济法偏重于危机预防和经济增效功能,社会法偏重于修复保障和社会增效功能,二者需要功能配合。回应防范危机传导的需要,进一步在实践中沉淀智慧和过滤结晶,立基于理念共生耦合、着力于制度协调互动,加强二者的功能组合,有利于形成制度协力来达到双赢效果。

经济法涉及重要的体制法,与宪法联系密切,引起了学者的关注。有研究认为,政府应转变经济调控方式,与市场经营主体构建合作型法律关系,在市场经济中与市场主体共享收益、共担风险与亏损,以促进我国经济进一步发展,从而完成从以行政法为依据的干预型政府到以经济法为依据的合作型政府的转变。也有研究从经济法理念角度探讨了中央与地方经济权力配置的规范基准问题。

经济法的体系问题本年度引起了学者的关注。有学者根据“经济法体系是由多层次的、门类齐全的经济法部门组成的有机联系的整体”的观点,推介了一种以系统论的方法构建的经济法学科体系——新二元体系。(肖江平 张东)

【价值论】 有学者从经济法与民法价值关联的角度,提出了经济法对民法的三重价值超越:即超越经济自由的经济民主价值;超越经济增长的经济发展价值;超越形式正义的实质正义价值。有学者以国有企业为例,探讨了金融危机下经济法的价值。认为金融危机下政府的救市计划,依经济政策的法律化,属于应对危机性经济法,具有临时性和应急性特点,彰显经济法的事后救济功能。透过金融危机,我们更应追求市场经济常态社会经济法所具有的前瞻性价值和预防性功能。不应盲目夸大政府的作用,政府作用内生于市场机制,以弥补市场机制无法或难以发挥作用的领域,从而发挥市场机制的基础性作用。这是经济法具体制度构建的逻辑起点。国有企业的弊端及政府失灵决定了国有企业从来不是市场经济社会的主要市场主体。国家调控资金主要不应流向国有企业,而应侧

重“国退民进”和“还权于民”的成本与代价，着眼于培育市场机制和创造公平竞争的市场环境。

有研究探讨了经济法调整利益的价值基准。认为经济法调整利益的价值基准是指在经济法领域中，贯穿于立法、执法和司法全过程，对各种利益调整时所遵循的评价标准。当下的价值基准的深层结构存在着“功利主义”与“正义原则”两种理念的对峙从而难以体系化，应当综合这两种理念建构新的价值基准。

(肖江平 张东)

【规范论】 有研究探讨了作为规制受体的消费者组织的运作。通过考察消费者组织的产生、历史发展及国外运作，指出随着消费者运动的深入发展，民间化、多元化应是我国消费者组织今后必然的发展方向。

经济法权利是经济法的核心，也是学界重点关注的问题。有研究认为经济法权利问题既是经济宪法问题，也是经济法基础理论和经济法部门法的重要问题。经济法规定的权利最重要的应当是“社会”这一主体的社会经济秩序权和社会（国有）财产所有权，其权利的性质属于不同于民事权利和行政权力的社会权。宏观调控权问题也一直是研究重点。有学者梳理了宏观调控权的现及构建理念。宏观调控权作为一种新型的国家权力，本质上是一种经济职权，其主要是经济法视角中的由决策权、执行权和监督权构成的综合性权力束。宏观调控权的配置、行使不仅是中央与地方的集权与分权问题，更在于其应契合经济法有限干预、社会本位等理念，并加强宏观调控法供给；有学者以房地产市场为视角探讨了宏观调控权的纵向配置问题，认为宏观调控权纵向配置的观点众多，主流观点多认为中央享有宏观调控权，但其中颇多疏漏。认为宏观调控权的纵向配置应是中央和地方共享宏观调控权。有学者探讨了宏观调控权法律控制的主要方式。宏观调控权法律控制的方式包括以下方面：一是通过法律确认社会主体经济权利；二是通过法律保障社会民众经济权力；三是通过法律将宏观调控权力予以分解。其中，第三种方式是宏观调控权法律控制的主要方式。我国在经济社会的转型过程之中，有必要通过法律将宏观调控权力分解为：宏观调控决策权、宏观调控执行权、宏观调控监督权，并通过它们之间的相互制约和共同作用，实现对于宏观调控权的法律控制。

经济法责任问题历来是经济法学研究的重点与难点。有研究认为经济法责任是部门法意义上的责任，它与民事责任、行政责任、刑事责任是并列关系。经济法立法中出现对民事责任、行政责任、刑事责任的规定，并不表示立法承认经济法责任包含民事责任、

行政责任和刑事责任，而是现代立法对社会关系进行多部门综合调整的体现。有研究提出经济法责任的新论，即经济法责任的形式特征、本质特征及责任链。有学者认为经济法责任的归责原则包括定性原则和定量原则，以定性原则解决政府或经营者是否应承担经济法责任，以定量原则确认其责任程度。有学者通过金融危机责任费的经济法反思，探讨了国家干预与市场调节的重新平衡问题。有学者结合《食品安全法》的出台，对十倍赔偿制度进行了法理分析，并就该制度“举证难”、“赔偿数额不合理”等亟待解决的现实问题提出完善的建议。

(肖江平 张东)

【运行论】 有研究认为，经济法实施问题直接关系着经济法的立法宗旨的实现。虽经多年讨论与发展，但经济法实施机制的真正建立仍有待理论创新和制度完善。全面检视经济法实施问题的研究现状，准确把握理论纷争的焦点，仍需在提高经济法的社会认同、改善经济行政执法的能力和水平、构建经济公益诉讼机制等方面作出努力。

有研究探讨了经济法发展中的程序依赖性问题。认为经济法规范分为实体法规范与程序法规范，经济法的发展有程序依赖性的趋势。并探讨了经济法程序依赖性的现实基础、形成原因，进一步分析了经济法的结构及其优化问题。

有研究基于法社会学的分析进路，探讨了经济法运行的边界。认为经济法运行的目的范围应包括促使其他机制功用的充分发挥；经济法介入经济生活的时机不宜超前；经济法边界应当是开放而非封闭的，各种机制之间可平滑过渡和适时替代；对经济法行为边界的限制不是对“小政府”的强调，而是对“责权一致”的践行等等。

有研究探讨了经济公益诉讼制度的完善。在界定经济公益诉讼的基础上，分析了其成因，并就其完善提出了相应的建议。也有学者就经济公益诉讼制度的完善提出了建立经济责任制度、充分发挥经济审判庭职能、制定经济公益诉讼特别程序法等建议。

有学者分析了当前金融危机的性质、根源及经济法对策。认为当前的危机既是国际金融危机，又是国际经济危机；只承认当前的危机是国际金融危机而否认它是国际经济危机，是不符合实际的。这次危机的产生固然有多种原因，但其根源是资本主义基本矛盾，即生产社会化同生产资料资本主义私有制之间的矛盾。当前危机的经济法对策，在我国，主要包括依法加强对社会主义公共财产的管理和保护，依法完善计划调控、财政调控、金融调控和金融监管，以及依法加强反对垄断和反对不正当竞争。

有学者探讨了经济法理论在世界金融危机中的应

用。认为,经济法同经济危机有着密切的渊源关系,经济危机是对国家调节的强烈呼唤,也是经济法产生的强大动因。国家调节既是对市场缺陷的弥补,也是对以往国家调节失误的纠正,经济法是国家调节法治化的手段。市场规制、国家直接投资经营、实行宏观引导是“国家调节三方式”,相应产生了“经济法体系三构成”。世界金融危机警示我们迫切需要加强金融监管法制,其中包括对金融创新的监管、信贷监管、资金流动性监管以及监管体制等问题。

有学者探讨了运用经济法实现收入的再分配。经济法不仅具有分配功能,也具有再分配功能。经济法在初次分配中,对市场分配和市场自由作出了某些限制,发挥了法律应有的指导作用和预防作用。在再分配过程中,经济法发挥了调节经济的作用,协调了经济效率与经济公平之间的关系,保持了经济效率与经济公平之间的平衡。经济法在实现收入分配公平中起着其他法律无法替代的作用。

有学者以中小企业促进法为例,探讨了国际金融危机下我国产业法的作用、问题与完善。

(肖江平 张东)

【宏观调控法基本原理】 有研究对宏观调控法的基本概念进行了辨析,认为宏观调控法不包括产业政策法、自然资源法、国有资产管理法、投资法等二级部门法;同时宏观调控法律责任的追究不一定要要求宏观调控法具有可诉性,可诉性也不是法律的本质属性,我国《宪法》中规定的质询与询问对行政机关规范性文件的审查、罢免和撤职以及行政机关内部的行政处分,以及《宪法》和《立法法》中规定的全国人民代表大会有权改变或者撤销它的常务委员会制定的不适当的法律、全国人民代表大会常务委员会有权撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令、国务院有权改变或者撤销各部、各委员会发布的不适当的命令、指示和规章以及如前文所论的辞职、罢免等都属于广义的责任范围,都可以作为对宏观调控行为的制约和对违法、不当行为的补救和制裁。

有学者探讨了我国宏观调控权的现状,提出宏观调控权作为一种新型的国家权力,本质上是一种经济职权,其主要是经济法视角中的由决策权、执行权和监督权构成的综合性权力束,宏观调控权的配置、行使不仅是中央与地方的集权与分权问题,更在于其应契合经济法有限干预、社会本位等理念,并加强宏观调控法制供给。

(肖江平 蒋道娟)

【计划法与产业结构法】 在基础理论方面,有学者认为,我国法学界对产业政策法的研究起步较晚,其研究成果也较为薄弱,许多关于产业政策法的研究

成果多反映在宏观调控法的有关内容中,而没有单独对产业政策法进行专门的探讨。有学者对原有的概念提出了新的定义,即“产业”是指国民经济内部按照社会分工,由提供同类产品或劳务的企业、事业单位组成的较高层次的部门;“产业政策”是指政党或者国家为了提高产业素质,以推动经济社会协调发展而制定的,体现制定者所代表的阶级的意志的,以党纪或政纪保证实施的社会规范的总称;“产业法”是指调整在国民经济内部按照社会分工,由提供同类产品或劳务的企业、事业单位组成的较高层次的部门的活动中的社会关系的法律规范的总称。

在产业政策的实施方面,有研究探讨了竞争政策与产业政策的协调与冲突的存在,由于调整手段、作用机制、调整范围、价值导向、实施过程的差异,认为我们需要以市场机制为基础和原则、合理界定和正确实施反垄断法的适用除外制度、在特定产业合理配置反垄断执法机构与产业监管部门之间的管辖权、发挥国务院反垄断委员会的协调作用。同时,有学者认为民主评估是新时期产业政策合法性的基础,应当建立产业政策的信息公开制度、多元评估主体制度、产业政策评估基金制度、完善听证制度、规定民主评估结论的处理制度。

(肖江平 蒋道娟)

【财政法与税收法】 有研究认为财政法是经济法的“龙头法”,它关系到政府在经济中扮演何种角色、发挥什么样的作用,因而具有重要的实践价值,值得反思和探讨。从此次国际金融危机反映的情况看,所谓反垄断法是经济法“龙头法”和“经济宪法”的命题其实不能成立。反垄断法的作用是维护、弘扬市场机制,而市场“劣汰”、力所不能、周期和失控等弊端,需由财政法统领以实现经济的整体布局和统筹协调发展。相对于规划和产业政策法,财政法对经济的调控和主导具有直接、全面及整体性,也最具刚性和力度,而且它是经济法与宪政的衔接,本身即具有宪政暨“经济宪法”的性质。

另有学者指出财政赤字和公债规模失控是现代国家的政府共同面临的难题。与静态的预算平衡相比,对预算为什么不平衡的追问以及使之重新趋于平衡的法律对策更加值得关注。法律控制不同类型的财政赤字的目标,都指向预算平衡;其法律意蕴应当由传统的财政收支平衡转为总体经济平衡,德国经济宪法中有关总体经济平衡的规定可以为我国提供最具参考价值的借鉴。至于通过专门立法促进预算平衡的典型,当属美国联邦的赤字削减型预算平衡规则。尽管其因为试图改变和突破联邦权力的分立制衡原则而经司法审查认定为违宪,然而,对促进型经济法的理论研究而言,仍不失为极佳的制度范例。

针对我国预算大幅“超收”的问题,有研究认为《预算法》只明令禁止“短收”而没有关于“超收”的规定,“预算收入与国民生产总值增长率相适应”的规定过于原则,对“预算调整”的规范也不尽合理。全国人大常委会的有关《决定》在一定程度上弥补了《预算法》对超收使用未予涉及的漏洞,但还过于简陋;国务院《条例》的有关规定也有不足之处。我国存在多年的政府预算外收支使得“超收”收入及其使用能够轻易躲过人大的审议。

有研究指出,为矫正市场机制在保护和促进残疾人平等权利方面的失灵,税收优惠作为一种倾斜性权利配置的法律调节应运而生。随我国首次将“残疾人社会保障和服务体系建设”写入政府工作报告,在制度建构上必须进一步实现残疾人权利的倾斜性配置从税收优惠向财政支持的根本转变。基于我国的立法发展,应重构财政支持下的残疾人社会保障制度:以残疾人社会保障财政补贴制度替代以福利企业为中介的间接税收优惠;借鉴美国残疾人财政补贴项目之经验,区别对待天生残疾和后天残疾;征收社会保障税以统筹残疾人社会保障资助中的付费社会保险与免费社会保险制度。

关于公益信托灾害救济的税法扶持与规制,有研究认为设立公益信托从事灾害救济具有不同于现有公益救灾模式的独特优势,然而公益信托制度优势的发挥与良好运行有赖于税收优惠与税收优惠滥用防范两方面的税法制度保障。美国税法不仅给予公益信托灾害救济诸多税收优惠,而且用“禁止私人受益原则”有效地防止了公益信托灾害救济中的税收优惠滥用。与其相比,我国公益信托灾害救济存在税法制度保障不力的问题,其完善路径在于税收优惠制度的建立健全、税收优惠滥用的税法监管以及税收处罚机制的设置。

另有研究针对美国对华“双反”案中的重复征税问题分析,认为其根源在于反倾销调查中采用了非市场经济方法,以未受国内补贴影响的替代国价格计算被调查产品的正常价值,但同时又对国内补贴采取反补贴措施。根据美国的法律规定,反倾销、反补贴程序属于行政调查,不能适用美国《联邦行政程序法》的举证责任规则,因此中方不承担证明中国产品存在重复征税的举证责任,而应由美国商务部独立地对重复征税问题作出完全的调查。《美国法典》第1677a(c)(1)(C)条并不排斥对国内补贴的重复征税进行价格调整,但未对国内补贴作出明确规定,属于法律空白。美国国际贸易法院对新充气工程机械轮胎案作出的两次司法审查判决,为中国产品摆脱重复征税提供了有力的司法支持。

有学者研究我国个人所得税法工薪累进税率的优化,指出现阶段我国个人所得税法的修改,不应局限在免征额的高低上,而要对其要素进行改革和调整,其中最应当触及的是税率这个最重要、最敏感的核心要素,因为我国个人所得税法中工资薪金的累进税率存在边际税率过高,级数过多,级距过小等不合理问题,建议在维持或适度提高现行免征额的同时,应当按照“少级次、宽级距、低税率”的模式,调整简化累进税率级距和级次,重新设计个人所得税法中工薪所得项目的税率结构。

针对国际投资条约实践中的税收措施,有研究认为近年来一些国家由于征收“暴利税”而引发一系列重大投资争端凸显了投资条约实践中妥善处理税收措施问题的重要性。当前,多数投资条约在处理税收措施时采取“一般例外条款”模式。为更好地平衡维护东道国税收主权、保护投资者权益及协调不同涉税条约的不同需求,应该在“一般例外条款”模式基础上建构“特定例外条款”模式。中国投资条约在处理税收措施时采取的“一般肯定模式”不利于维护我国的税收主权,过度抑制了我国政府的政策空间,与我国涉税条约实践不相协调甚至造成条约冲突,与当前国际投资条约实践中日益重视平衡东道国主权权益与投资者私人权益的指导思想不相符合。亦有研究指出,在经济全球化的背景下,各国税收政策的相互影响和相互联系不断加强,为此,各国需要进行广泛深入的国际税收协调。这对税收主权的权力行使和利益产生各种影响和挑战。为了妥善地应对处理各国税收冲突,合理地协调各国税收利益,主权国家应当对本国社会和国际社会负责任地行使税收主权,并以负责任的税收主权为原则和理念,建构一个公正和谐的国际税收协调秩序。

有研究以税法视角看用税监督权。针对具有私人物品特性的公共产品和服务供给而征收的“专款专用税”反映了直接的成本和收益关系,使纳税人或其代表能够比较每一项活动而不是包含着多种成分预算的成本和收益,从而在政府和纳税人之间形成更为明确的税收契约关系,充分体现协调预期和传递信号的功能,以更有效地稳定纳税人对其所缴纳税款的预期;在政府违约使用税款的时候,纳税人可以根据违约追责机制,通过司法手段行使其用税监督权,更好地监督政府对相应税款的使用。

我国目前环境税体系尚未完全建立,排污税缺失而排污收费制度在实践中存在诸多弊端,资源税征税范围和计税依据不科学,消费税缺乏环保目标。有研究认为借鉴西方发达国家环境税制度的成功经验,应循序渐进,逐步改革现行排污收费制度,开征排污

税;调整资源税的征收目的、征收范围和计税依据;以调节消费结构和倡导绿色消费为目标,改革现行消费税;“绿化”现有税制结构,从而建立起符合现代生态文明理念的环境税法律制度。另有研究指出物业税的税基如何确定,是开征物业税必须解决的一大难点。在我国现有的不动产法律框架下,相当多的不动产不能转让,因而也没有市场价格。在这种背景下,用租金来取代市场评估价格作为物业税的税基,能够更有效地实现税负公平原则。(肖江平 胡毓玲)

【金融法】 有学者对农村合作金融异化进行了研究,认为农村合作金融异化现象,此现象在世界范围内都存在,表现为:在坚持合作化的同时追求商业化的盈利目标,治理结构和经营方式和业务方式不断变迁,合作社分配制度出现股份化趋势等。中国的农村合作金融与国外的合作金融发展路径截然不同,也有自身独特的异化特征和原因。中国农村合作金融异化的表现可归结为合作社的产权制度不清晰所导致的治理结构与收益制度的扭曲:农村信用社属于集体所有制企业,但我国农村信用社按照行政区划来设置,长期以来由国家管理和控制,在行政管控主导下,产权主体在农村合作金融组织中的权力无法彰显。绝大多数信用社没有对社员进行分红付息,资产产权不清,收益制度模糊。造成这些问题的原因是农村合作金融发展过程中不断变化的合作金融政策。解决这些问题,必须对中国农村合作金融法律制度进行变革和重构:实现同一地区多种农村合作金融形式存在;合作金融企业形态多样化,含法人和非法人形式等;把内生合作金融形式纳入农村合作金融法体系等。

中小企业信用担保是对中小企业融资难社会问题给予解决的直接途径,风险控制是中小企业信用担保法律体系关注的核心问题。有学者认为,中小企业信用担保法律体系应由风险预防、风险监控和风险救济法律制度三个方面。风险预防制度着眼于事前的控制,具体包括资信评估、市场准入、担保机构内部的风险准备金、反担保等制度。风险监控制度着眼于对在保项目进行跟踪监测,在动态中控制受保企业风险,具体包括监管体制、风险预警、控制代偿率、设定强制再保险系数和保证保险等制度,实现担保机构、协作银行、保险公司之间的风险分散和共担。风险救济制度主要是通过代偿制度化解贷款银行风险,通过及时有效地追偿和政府财政的资金补偿制度等最大限度挽回损失和控制担保机构自身风险。

有学者从偿付能力的界定和规制两个方面对中小企业融资担保公司进行的研究认为,偿付能力是指担保公司对其所承担的担保责任在代偿条件成立时偿付债务的能力,在实践中表现为担保责任余额与担保公

司资本之间的比例,即担保放大倍数。与此相关的一个监管指标是最低偿付能力,即最大担保放大倍数,通过规定该指标来确保担保公司保持最低的偿付能力,从而保证担保公司自身的安全以及与担保公司有业务往来的金融机构的资金安全。偿付能力的计算应当借鉴《巴塞尔协议》中确定的银行偿付能力的基本原则,将中小企业融资担保公司偿付能力界定为担保余额与含核心资本、风险准备金和次级债务在内的广义资本之比。提高中小企业融资担保公司偿付能力的途径有:政府持续资金补充,计提适当比例的风险准备金和有条件发行次级定期债务和合理运用担保资金等。但在前述各种途径中,必须加强各个步骤的法律规制。(肖江平 王丽)

【竞争法基本原理】 有研究探讨了竞争与标准(企业标准、国家标准、行业标准)的关系,认为规范的标准化对市场竞争有着限制性作用,而不规范的标准化对市场秩序则有破坏性的影响,因此,标准化工作管理体制是标准化体制改革的关键,它确定了标准化的分工负责和管理权限问题,即明确政府、企业和社会中介组织之间的关系。

有学者探讨了反垄断法上的垄断协议与传统民商事合同的关系,认为前者将“合意”拓展到一个更宽广的领域,即垄断协议概念内涵与外延中所蕴含的“合意”不仅包括传统民商事合同所固有的需要所有当事人协商一致的“合意”,而且包括企业联合组织(企业同业公会或同业协会等)依据出席企业联合组织大会的成员企业采取人数多数决原则所作出的决议或者决定这种“拟制的合意”,至于共同行为,将其限缩为一种特殊的以默示方式达成的垄断合意是合理的。

有研究对比了忠实折扣制度在欧盟和美国的制度基础及发展情况,一般而言,忠实折扣制度有利于竞争,但具有市场支配地位的企业提供的忠实折扣有可能成为企业滥用其市场势力的工具,从而损害竞争、损害消费者利益,因此这类忠实折扣应该受到特别的关注,在执法实践中,欧盟竞争执法机关近年来对忠实折扣的评估不再适用“本身违法原则”,而改以较审慎的“效果原则”,即采用“同等效率竞争对手”的衡量标准、运用“价格—成本测试”的经济分析方法,既考量忠实折扣的反竞争影响,也考量它在效率方面的积极作用并加以权衡;美国则借用“掠夺性定价分析规则”来评估忠实折扣,而且执法力度逐渐呈现加大的态势。(肖江平 蒋道娟)

【反垄断法】 在反垄断法与行业监管制度关系方面,有研究从自然垄断行业内限制竞争问题的规制角度出发,认为其根本上取决于这些行业的竞争性,随

着竞争性的不断提升,越来越多的限制竞争问题会纳入反垄断法规制范围,行业监管制度作用逐渐淡化,但其演化进程必须与行业竞争性提高的程度相同步。同时研究也认为,无论是行业监管对反垄断的补充作用,还是在制度特点上反垄断法对行业监管的依赖,都以自然垄断行业较弱的竞争性为条件,在这一条件下,对绝大多数限制竞争问题需要反垄断法与行业监管的双重规制,但也存在两种例外情形(对企业合并问题,以反垄断法的统一规制更为合理;对于这些行业中的特定限制竞争事项,在不具备可竞争性的条件下,以反垄断法除外适用为宜)。

在经营者集中审查制度构建方面,有研究探讨了经营者集中反垄断审查中效率抗辩的适用条件,认为效率抗辩的法律适用需要考虑的因素有:效率是否为集中所特有;效率的可证实性;效率的及时性;效率是否来源于反竞争的产出或服务减少;在垄断或接近垄断的集中案件中是否适用。有研究以可口可乐并购汇源案为例,探讨了我国外资并购反垄断规制的不确定性及其对策,认为我国目前的不确定性包括:垄断概念的不确定、外资并购反垄断审查标准的不确定(相关市场、市场集中度、集中影响的推定方法等不确定),提出应当将合理原则作为我国反垄断法的基本原则。同时,有学者探讨了外资参与经营者集中国家安全审查的法律制度,指出现有制度在实体法上存在缺乏对“外资”、“国家安全”的准确界定,国家安全审查的标准缺失,程序法上也不完备,建议创设“国家安全审查委员会”全面负责国家安全审查工作,并设计了主动介入/申报、调查、审查、决定等审查程序。还有学者针对外资并购国内上市公司的情况,从当前外资并购上市公司反垄断立法体制的缺陷、外资垄断性并购的实质性标准及其审查、反垄断法适用除外制度的不足等进行了系统的分析和梳理。

在反垄断法的基础理论方面,有研究从反垄断法的整体主义解释出发,认为反垄断法对当前处于主流地位的部门法提出了一系列的挑战,即主要体现为四方面的转向:第一,从传统法注重对法律关系两头的人的保护转向对主体间关系的保护;第二,从保护个体利益转向保护社会整体利益;第三,从传统法对行为违法性判定的条件取向转向结果取向;第四,从传统法的责任导向转向规制导向,即从重在禁于已然之后转向重在禁于未然之前。有研究从盛大网络案、中国移动案和重庆建行案三个典型案例入手,发现各地法院所受理的很多件滥用市场支配地位案件并不存在《反垄断法》上的诉因,属于反垄断“伪案”,对于这些案件,各级法院不应当按照《反垄断法》进行审理,且有必要对这些误读做出纠正。有研究通过分析

金融危机下各国的应对措施,认为反垄断法服务于社会发展和社会总体利益,金融危机下可对其执法松紧进行适当的调整,且反垄断法需要进一步细化以赋予执法机构调整执法的灵活性。对于市场支配地位,有研究认为市场支配地位的认定应采纳“以市场份额为主,兼顾其他因素”的标准,认定市场支配地位的具体程序与规则是:首先界定相关市场,其次测算市场份额,再次考察其他反映企业综合竞争力的因素,综合以上因素得出认定结论。

在反垄断法的实施运用方面,有研究以电子监管网和绿坝软件为例,探讨了反垄断法对政府垄断性监管的规范,认为政府行为要避免反垄断法的负面评价,必须注意的问题是:首先,在监管措施的选择上,应当尽量避免垄断性的举措,如果垄断性的监管不可避免,应当具备必要的管制立法基础,进行充分的合理性论证,并积极向公众展示监管措施的合理性和必要性;其次,在授予垄断性权益时,应当遵守《行政许可法》、《招标投标法》等立法的要求,通过竞争性的程序进行授权;最后,对于已经获得垄断性授权的企业,应当进行积极、充分的监管。有研究探讨了反垄断民事诉讼中代表人诉讼制度,认为是否是在反垄断民事诉讼中也允许权利人提起人数不确定的代表人诉讼,取决于反垄断民事诉讼在实施反垄断法中的功能政策定位,即如果认为行政执法存在失灵的状况,而私人执法可以得到法院完美配合的话,那么可以更为大胆地尝试适用人数不确定的代表人诉讼,而如果仅将反垄断民事诉讼作为小额多数权利救济手段加以强调的话,那么在中国目前司法资源有限的情况下,人民法院可以采取较为谨慎的态度。有学者从国际航运组织对中国大幅收取THC(Terminal Handling Charge,集装箱码头作业费)的事件中,运用法经济学分析方法对班轮公会、协议联盟和海运经营者集中等垄断形式进行研究,以宏观经济学的角度分析认为我国应当以保护货方利益为原则,不对国际海运业适用反垄断豁免制度。有研究探讨了百度搜索引擎服务案例,虽然原告主张的相关市场范围得到了法院的肯定,但在百度是否占据市场支配地位方面,通过法院的观点看出,垄断民事诉讼具有一定的专业性,对相关证据的审核不同于传统民事案件,因此对于涉及市场份额这类专业性事实的证明问题,应当适当引入专业证人进行经济分析,而不能仅凭简单的证据予以认定,即便当事人出于某种目的曾认可自己具备市场支配地位也不能简单适用“自认”的规则。

在反垄断法的域外适用制度研究中,有学者从我国维生素C案出发,探讨了美国《谢尔曼法》域外适用中“礼让”的变迁及其对该案件的影响,接着通

过个案应对到提出我国《反垄断法》域外适用制度运行宏观进路的设计:规定反垄断法域外使用条款,制定实施细则;慎用反垄断法域外适用,通过签订双边或复边协定协调管辖权冲突;即便适用反垄断法域外管辖,充分考虑礼让适用。有研究认为反垄断法域外实施中,双边合作的主要目的是为了解决反垄断法域外管辖时可能出现的法律适用冲突,还可以避免实施境外调查或执行的现实困难,提高反垄断法域外管辖的效率,但也存在问题,如双边合作协议只限于双方国家都制定了反垄断法,并且都具有一个相对独立的反垄断法主管机关;反垄断法双边合作协定本身是政府间协定,不可能改变立法机关制定的法律本身包含的价值理念以及法律运营方式上的不同;反垄断法双边合作协定的效力只限于政府之间,对于法院没有约束力;反垄断法域外管辖的法律冲突的外衣下掩盖的其实是国家利益的冲突,这种国家利益冲突不可能通过反垄断主管机关的双边合作得到根本解决。在反垄断法的国内执行方面,有研究也探讨了私人实施所面临的受害人数众多、原告资格难以确认、被告违法行为难以证明、损害赔偿数额难以计算及竞争文化缺失等亟待解决的问题。

在反垄断制度域外借鉴方面,有学者介绍了美国农业豁免制度的法理基础:予以垄断豁免的行为(如成立团体、“共同加工、上市准备、处理、州际之间经销或对外经销”农产品、两个或两个以上的“团体”可以拥有“共同的经销机构”、两个或两个以上的“团体”可以联合从事其他行为、单一的团体或团体的联合体可以取得维持垄断地位、从事农业生产的人及其团体可以制定必要的契约);违法行为的认定,并对该制度下的重要术语进行了解释(如从事农产品生产的人、团体)。有学者介绍了日本《禁止垄断法》的罚款及其减免制度,包括罚款的性质及适用对象、罚款的计算方法、减免制度的引入意义及其特点,并对我国的制度建设提出了建议:罚款数额、罚款计算方式、明确减免的适用条件、减少适用中的自由裁量性、建立完善的程序保障。还有研究比较了欧盟、法国、英国、日本、韩国和巴西在反垄断法宽恕制度实施条件上的差异,包括实体条件和程序条件,认为实体条件特点是客观化(限制执法机关自由裁量权)、申请者数量的有限性(彰显宽恕制度的本质)、减轻程度的差别(表明各国不同的优惠政策),程序条件中可预测的、透明的程序条件不仅有利于涉案企业提出宽恕申请,而且能促进宽恕制度的实施。有学者研究了美国法上“垄断”概念的发展和继受,美国法院依据自身经济发展需要重塑了英国普通法关于垄断的定义,但是仍保留了英国法上垄断的基本特征,在制

定法的自主创新主要体现在对垄断概念适用对象的调整 and 依据行业性质设定了某些行业的豁免规定和特殊规定上,体现出美国很好地处理了垄断概念外来移植与自主创新的关系。

在反垄断法责任方面,有学者探讨了我国反垄断法民事责任的责任类型、归责原则、责任构成和责任形式,比较了美国、日本德国的制度,认为我国反垄断法民事责任的缺陷在于:责任形式规定不明确、行政前置程序可能会使受害人的损失得不到补救、损失缺乏计算标准、赔偿标准过低等方面。

(肖江平 蒋道娟)

【房地产市场的经济法规制】 有研究指出,我国房地产法存在下列问题:缺乏科学规划的规定;房地产市场发展失衡;房地产开发中缺乏科技性标准;商品房预售制度弊大于利。应通过下列措施完善我国城市房地产管理法:完善城市规划、建筑设计科学性规定;完善房地产监管制度,使之均衡发展;完善房地产开发中的技术性标准规范;废除房地产预售制度。

有研究探讨城市房屋拆迁中公民私有财产权的保护。在我国城市房屋拆迁过程中,公民私有财产权主要包括土地使用权、房屋及附属物所有权、预期收益权和其他相关权利。公民的上述财产权能否得到全面合理的补偿,是确保城市房屋拆迁平稳实施的关键因素。而现行拆迁立法没有区分“商业拆迁”与“公共利益拆迁”,实际上已经违反了《宪法》有关公民财产权保护的条款及征收征用条款。另有研究指出,目前我国拆迁补偿争议和解制度之有效运行尚面临行政价值观念错位、行政和解体系和制度缺失、拆迁补偿争议和解自身制度不完善、房屋拆迁制度设计不合理、相关配套制度滞后等诸多困境。为此,应在转变行政价值观念的基础上,建立健全相关制度,以使我国拆迁补偿争议和解走出困境,有效运行。特别是要制定《城市房屋拆迁管理法》,改革完善房屋拆迁制度。

针对农村宅基地使用权的继承,有研究认为农村宅基地使用权的继承,是用益物权、继承法和房屋的特点以及和谐社会的必然要求,且不与耕地保护政策和社会稳定相矛盾,又不存在对现行法律的重大突破。因此,应当在现有法律框架下开个口子,允许农村宅基地使用权的有条件继承。

此外,2007年建设部等九部委在全国推行的《廉租住房保障办法》拉开了我国城市住房保障制度改革序幕。有研究指出,当前在政府廉租住房保障制度运行过程中存在房源短缺、资金不足、保障方式不尽合理、管理机制不够健全、保障对象退出难等问题,这就难以充分发挥该制度的住房保障作用。为切

实改善城市低收入住房困难群体的居住条件,迫切需要加大有关实物配租的法律调控力度,以消解困境,推进廉租住房保障制度的顺利进展。

亦有研究指出,同住权是我国家庭成员对居住的福利性住房享有的共同权利,具有交换价值。同住权

变动时,居住在福利性住房内外的家庭成员可以通过一定形式的补偿以平衡各自利益。我国立法机关应当对既存的同住权加以肯定,设计相应的保护制度。

(肖江平 胡毓玲)

婚姻家庭法学

【当代婚姻家庭法的变革趋势】 有学者指出,当代婚姻家庭法变革有七个方面的趋势:(一)基于人们对自主选择生活方式之基本人权的尊重,调整婚姻家庭关系的法律已经多元化,呈现出亲属法或婚姻家庭法为主而辅以同居伴侣法、同性伴侣法,甚至三者并列的趋势。并且为保障婚姻家庭成员的基本人权,防治家庭暴力的相关立法也将被越来越多的国家制定和实施;(二)基于男女平等理念,修改夫妻关系法,夫妻的法律地位已趋平等;基于承认家务劳动的价值,注意对夫妻在婚姻期间所得利益实行公平分配;(三)基于婚姻自由原则,以婚姻关系破裂作为离婚法定条件,实行相对自由离婚主义;(四)基于“儿童最大利益原则”,根据“儿童本位”的理念修改亲生子法,注意尊重和保护儿童权利,进一步消除非婚生子女与婚生子女法律地位的差别;(五)基于保护弱者的社会法意旨,注重保护婚姻家庭中弱者的利益;(六)基于社会利益与个人利益相兼顾原则,注意保护善意第三人的利益,维护交易安全;(七)基于保护当事人合法权益的意旨,加强对身份行为的国家监督指导。

【我国婚姻家庭法的立法理念与立法结构】 关于我国婚姻家庭法的立法理念,有学者认为,中国特色婚姻家庭制度的建设应该包括对古代传统的尊重,对近代以来中国亲属法律改革成果的尊重以及对革命法律传统的尊重。国家需要通过法律制度和社会的进步来实现对传统的现代改造,实现由形式正义到实质正义的转变;同时,立法还应该解决历史遗留下来的法律问题,实现立法技术的提高。在继续尊重、保障和扩大个人与家庭私人生活自主权的同时,保持公权力对婚姻关系的适度干预不仅必要也是必须的。

关于我国婚姻家庭法的立法结构,有学者主张,将《婚姻法》和《收养法》合并,作为《亲属法》或者“亲属编”的核心组成部分而纳入我国民法典,并作为单独的一编。同时,在立法上应当采取广义的亲属法的编制形式,将监护制度列入其中。有学者建议,监护制度单独立法,将来民法典出台时可以像《婚姻法》、《收养法》那样整体编入民法典。关于监

护制度的立法体例,对未成年人监护制度建议采取小监护的立法模式,建立亲权与监护并行的法律制度。但另有学者建议,采用特别法形式制订我国《成年人监护法》,从长远上,在立法模式上应继续采用“大监护”的立法模式。

【防治家庭暴力】 家庭暴力防治法的名称。对此大部分学者赞同采用“家庭暴力防治法”或“反家庭暴力法”的名称,但司法实务界有部分同志认为,“家庭和谐法”是比“家庭暴力防治法”或“反家庭暴力法”更为合适。

家庭暴力防治法的理念。对此多数学者赞同四个基本理念的提法,即“家庭暴力零忍耐”、“受害人本位”、“国家责任”及“人权观念和社会性别视角”的理念。另有学者指出“家庭暴力的零忍耐”在实务中可能会存在不好操作的问题。有学者提出,从以男性为评判标准的单极的初步的正义观,到关注女性在家庭和社会中所处的不平等地位、反对针对妇女的家庭暴力的全面的正义观,再到发掘人性内容、注重现实防治效用的深化的正义观,家庭暴力法律防治理念正由抽象正义向全面的具体正义迈进。此外,还有部分学者认为,如何使社会性别视角进入国家立法和更为广阔的领域,是一个值得认真对待的问题。

家庭暴力防治法的调整范围。有学者认为,家庭暴力防治法的调整范围宜窄,应当仅限于身体暴力。另有学者认为,家庭暴力的范围宜拓宽,应当包括国际社会通行的四种类型,即“身体暴力”、“精神暴力”、“性暴力”和“精神控制”。其理由在于“精神暴力”、“性暴力”和“经济控制”在现实中占有相当的比例,如果不将这三种类型的家庭暴力包括在内,势必对于该部分案件无法适用家庭暴力防治法的规定,从而违背了法律的全面保护和前瞻性,有违公平和正义。

家庭暴力立法的发展。有学者认为,在我国地方立法的推动下,“禁止家庭暴力”已经被相继写入《婚姻法》、《妇女权益保障法》、《未成年人保护法》等国家基本法和最高人民法院的相关司法解释之中。但有关禁止家庭暴力的基本法之规定过于原则,缺乏

体系化和可操作性,在司法实践中对家庭暴力存在取证难,认定难,救助难,追究法律责任更难的困境,而地方性法规的立法位阶较低,其具体的规定不能超越和突破上位法。因此,应当制定全国性的专门的预防和制止家庭暴力法。

家庭暴力主体范围的界定。大部分学者认为,对于具有恋爱关系、同居关系及曾有配偶关系等亲密关系的当事人之间,应当准用家庭暴力防治法的相关条款。另有部分学者认为,具有亲密关系的主体如果准用家庭暴力防治法的相关条款,可能会对传统婚姻法及民法上“近亲属”概念造成冲击,应该如何协调是在立法中必须关注和研究的问题。

家庭暴力的产生原因。学者们普遍认为,目前社会上普遍存在的在婚姻家庭领域中的功利主义是家庭暴力产生的重要原因。另外,家庭暴力通过原生家庭“习得”及通过社会和家庭文化的代际传递“习得”而形成的“目睹儿童”(即亲眼看到家暴案件的儿童)问题,是家庭暴力产生的另一重要原因。因此,在今后的家庭暴力防治立法中,从社会性别平等的视角,真正贯彻社会性别平等、正义、公正的理念是一个非常重要的问题。

家庭暴力的证据。实务界普遍认为,证据问题是家庭暴力案件进入司法层面后最为核心的问题。但是,目前我国司法实务中普遍存在家庭暴力案件很难认定的问题,其中最主要的原因就在于家庭暴力的隐蔽性和私密性等特点导致在实际操作认定上的困难。因而,在立法中,如何规定家庭暴力的证据类型,将施暴人的悔过书、社区的证明、公安机关的出警证明、邻居的证明、医院的伤情证明及专家证言等内容,列入证据类型,并且是否采用举证责任转移规则都是值得研究的问题。

家庭暴力的法律强制措施。学者们普遍认为,人身安全保护令是防治家庭暴力的有效措施,目前我国已经在部分法院试点开展对家庭暴力受害者颁发民事保护令,以保护家庭暴力受害者的人身安全。但如何在国家立法层面规定这一制度,并做到进一步细化,还值得认真思考和研究。

家庭暴力的社会救济机制。有学者认为,设立庇护所是家庭暴力的社会救济机制的一个有效措施。但目前国内庇护所的设立,违背了庇护所设立的隐蔽性和保护当事人隐私的特点,故出现了各地庇护所门可罗雀而不能实际保护当事人合法权益的现象。在如何对待施暴人问题上,对施暴人的态度应当借鉴国外立法例,以“矫治”为主,而非以“惩罚”为主。对于家庭暴力的综合防治,有些学者和实务部门的同志认为,今后我国应当加强以下方面的工作:一是防治家

庭暴力的教育,应当坚持预防为主方针,必须从娃娃抓起,从而树立家庭成员的地位平等、应当相互尊重以及对家庭暴力“零忍耐”的观念;二是专门知识的培训,以改变传统的观念,提高法律意识。应当对人民调解员、公安人员、律师、检察官、法官、医生、护士和社区工作者等进行防治家庭暴力理论以及法律知识的专门培训,为依法救济受害人、及时制止和处理加害人,打下良好的基础;三是设立专项基金,以适时救济“受虐妇女”。设立专项基金,可以对“受虐妇女”从接待投诉、心理咨询、妇女救助站、职业培训及就业等方面给予及时救济,从而避免“受虐妇女”处于孤立无援而被迫陷入“以暴制暴”的境地;四是相关法律实施情况的调查与分析。针对其不足而具体地分析原因,为今后我国制定防治家庭暴力专门法律提供参考。

【婚姻家庭中人身权保护】 婚姻登记的瑕疵。在申请办理结婚、离婚的登记过程中,既可能有实质上的瑕疵,也可能有程序上的瑕疵。对此瑕疵的解决方式,主要有四种观点:第一种观点认为,应该统一用民事诉讼的方式来解决,此种方法一方面符合婚姻登记的档案管理性质,另一方面可避免现行的行政诉讼、民事诉讼双轨制给当事人带来的种种困扰。第二种观点认为,可以通过一般行政诉讼的方式解决,但同时认为婚姻登记是一种特殊行为,不宜与普通行政行为一样一撤了之。在持该种观点的学者中,有的认为可以统一用行政诉讼解决,但不能仅采用撤销违法行为的方式,应在确认婚姻是否成立的基础上采用各种补正救济方式;有的认为应区分不同种类的婚姻登记瑕疵,重大还是轻微,恶意还是善意,根据不同种类,分别给予不同的处理,即各自的法律后果应当有所不同。第三种观点认为,可以维持现状。行政诉讼和民事诉讼各司其职,各有功用。第四种观点认为,应该以便民为宗旨,单独设立专门的合议庭来解决。此外,对登记瑕疵产生的原因,有学者认为已经设计的相当人性化的结婚、离婚登记制度被滥用了,也有学者认为是婚姻的法律婚主义和事实婚主义的分歧造成登记瑕疵处理上的难题,还有学者认为是民政部门审查不严所致。

无效婚姻与可撤销婚姻。有学者认为,应缩小无效婚姻的范围而扩大可撤销婚姻的范围,建议修改立法对无效婚姻与可撤销婚姻两者规定不同的法律后果,并且强化对善意第三人的保护。

事实婚姻。首先,对于是否承认事实婚的效力,有学者认为应该坚持法律婚主义,不承认事实婚姻的效力。有学者认为应有条件地承认事实婚,因为仪式婚符合中国国情。还有学者认为可借鉴取得时效制

度,建立配偶的时效取得制度。还有学者从分析《公民权利与政治权利国际公约》有关条款中指出,事实身份关系应建构为“事实婚姻”这一法律身份关系,从而使事实身份关系,在国内婚姻家庭法、国际法及国际私法上法律身份一致。还有学者提出要放宽事实婚保护,保护有长期同居关系的当事人之利益。其次,对于事实重婚的效力,针对前婚为事实婚而后婚为法律婚或事实婚能否构成重婚这一问题,有学者指出目前我国婚姻法学界和刑法学界有不同的观点,因为刑法学界对“有配偶”的解释应是依法登记的配偶,故婚姻法学界和刑法学界的认识有不同,婚姻法学研究应与其他法学学科进行衔接、沟通。

非婚同居关系的法律规制。有学者认为,婚姻并非家庭的唯一合法性桥梁,家庭形态多元化是必然的趋势。建议用单行法对非婚同居进行立法规制,实行同居伴侣登记的身份模式,并结合事实伴侣制,合理地规制非婚同居。

夫妻忠诚协议的效力。对于夫妻忠诚协议的效力,有学者持否定态度,其理由有三:一是夫妻主体身份的特殊性,二是忠诚协议是建立在夫妻相互间不信任的基础上,三是举证证明夫妻之间的不忠实会使夫妻关系愈加糟糕。同时,承认该协议的效力可能会导致婚姻价值观危机,导致消极的社会效果;另有学者则持肯定态度,认为应有条件地承认夫妻忠诚协议的效力,只要该协议是真实的意思表示,约定内容明确、具体,具备可操作性,不违反相关法律、法规和社会公共利益,不损害第三人合法权益,同时又是一种纯财产行为,如附条件的财产协议,就应当具有可执行的效力,这有助于夫妻间的忠诚价值观念的建立。

配偶权制度的建立。有学者主张,虽然现行法涉及到配偶权所应包含的具体权利义务,但立法中并没有明确规定配偶权的概念,配偶权制度的法律体系也没有完整地建立起来。目前在有些地方,配偶一方有婚外情的现象时有发生,这极大地损害了配偶另一方的利益,建议在我国婚姻法中明确规定配偶权。

同性结合的民法规范。有学者认为,同性恋婚姻权之民法规范具有显著的民族性,应积极推进同性恋人格权平等保障,财产权适度维护及身份权渐进认同的方法实现同性结合的民法规范。

【婚姻家庭中财产权保护】夫妻财产制的立法目的。有学者认为,夫妻财产制的立法目的就是为了保证婚姻家庭的稳定,并进一步提出对家庭的职能应该进行思考。有学者认为,法律既应是对理想的实现,还应是对现实的满足。有学者认为,现行立法是“静态立法”,而“动态立法”是我们现在需要做的。还

有学者认为,选择共同财产制还是分别财产制要从保护公共利益还是个人利益方面来考虑,立法主要是为了保护婚姻、家庭的稳定。

分别财产制的设立。关于法定夫妻财产制,有个别学者认为我国的法定财产制采用分别财产制更合适,目前只有法国、中国的法定财产制是采用的共同财产制,然而根据中国的现状,女方在家庭中的地位较为低下,对财产无处分权,故应采用分别财产制;另有学者提出应当单独为老年人再婚设立分别财产制的主张。但多数学者仍然主张,我国应当采用夫妻共同财产制,这样才能体现承认家务劳动的价值,更能保护已婚妇女的财产权益。

夫妻单方对共同财产的处分。有学者认为,夫妻个人单方对共同财产的处理,应只限于家事代理权的范围。

婚姻期间夫妻一方获得的财产期待利益及人力资本的归属与分割。有学者提出应将婚内创作的画作、所学手艺等价值拿来作公正的评估,并由享有财产权利的一方对另一方进行补偿。对于婚姻期间夫妻一方为支持或协助夫妻他方的学业、事业的非经济贡献和经济贡献之补偿,有些学者建议将夫妻一方婚内所得学历文凭及职业资格证书视为夫妻共同的“无形财产”并在离婚时予以分割;但另有一些学者则认为,不宜采“无形财产分割说”,解决问题的着眼点不应放在扩大夫妻共同财产的范围上,而应放在离婚救济制度的补充、完善上,即对婚内夫妻一方的家务劳动价值及职业机会利益损失进行补偿才是解决问题之道。

离婚时夫妻共同财产可否依据夫妻双方对共同财产的贡献分割。有学者认为,家务劳动和生产劳动应当是具有同等价值的,而以夫妻对共同财产取得的贡献大小作为标准对共同财产进行分割于女方不利,这实际上没有承认家务劳动与社会劳动具有同等价值,故不能以对取得财产的贡献之大小作为分割夫妻共同财产的标准。另有学者认为,夫妻共同财产的分割依据主要是对“共同财产”来源的认定,男方在外可能产生经济效益,女方在家照顾老人孩子也可能产生经济效益,如果“按照贡献”来分割就不公平了。

农村已婚女性离婚时土地权益的保护。有学者认为,土地权益主要指农村的宅基地及房屋所有权、土地承包经营、草场牧地等。根据现行立法规定这些土地权益存在使用权与所有权的冲突是问题产生的主要原因,而草场权利侵害大部分来自家庭内部,使问题更难解决。也有学者认为,诉讼程序无法对已婚女性土地权益进行适当的救济,尤其是相关的判决不能被执行。还有学者对农村妇女土地承包权的纠纷现状进

行了实证研究,其结论为:对此类纠纷,80%的领导协调不了,起诉后50%不予受理,在受理后有50%被驳回,并且对50%的胜诉判决却一起都执行不了。根据这些数据,学者们认为,我国《民事诉讼法》的修改稿中要专门为其强制执行立法,以便执行。也有学者认为,女性土地承包权益遭到剥夺与侵害。不仅严重影响了男女平等原则的实施进程,而且严重制约了女性的生存权和发展权的充分实现。探究女性土地承包权益弱化的现状、后果及原因,有助于摸索、建构救济女性土地承包权益的宏观路径与制度模式,进而为维护女性土地承包权益提供程序法、实体法的救济基础。

离婚时配偶一方对另一方继承后尚未实际取得的遗产能否请求启动分割程序。有学者认为,继承开始时配偶一方作为继承的权利人可以单方放弃继承,这是合法的;如果已经继承了但未分割的遗产,可适用诉讼时效制度处理。有学者指出,依现行《婚姻法》规定,婚姻期间夫妻一方继承的遗产除遗嘱另有指定一方继承的以外均属夫妻共同财产。因此,对夫妻一方已继承尚未分割的遗产,离婚时继承该遗产的夫妻一方应当对夫妻他方给予一半价值的补偿,而无需要启动遗产的分割程序。也有学者指出,对于无遗嘱继承的遗产,如果作为继承人一方的夫妻不实际继承遗产,他方配偶的该项财产权利就无法实现。因为,根据我国《继承法》的规定,继承人的配偶并不是法定继承人,因此在法定继承人不实际分割遗产的情况下,其配偶无权提起分割遗产的诉讼。但依现行《婚姻法》的规定,夫妻一方在婚姻期间继承的遗产除指定继承的外属于夫妻共同财产,但这实质上是用法律强制的方法把继承人的配偶作为了遗产继承人,这与《继承法》的规定是相冲突的。

婚姻住房应当排除善意取得。有学者认为,关于婚姻期间夫妻一方擅自处分夫妻共有婚姻住房的,不应当适用《物权法》的善意取得制度,而应适用特别法,即《婚姻法》关于保护妇女、儿童的合法权益的规定和《宪法》有关国家保护婚姻家庭的规定。因为,婚姻家庭是社会的基础应当受到法律的特殊保护,当事人的生存权(包括居者有其屋)应当受到法律的特别保护,所以在法律的价值取向上,对婚姻住房应给与优先的保护,从而排除善意取得制度。社会性别平等的视角应当被纳入“法律和政策”,这样才有利于保护已婚妇女的生存权。另有学者认为,应当采用“补偿”的方式,婚姻住房应有“特殊”制度对其保护,不宜使用善意取得制度,否则损害了共同生活的“婚姻住房”。但还有一些学者认为,此对善意取得制度的排除是对交易安全的损害,故仍应适用

《物权法》的相关规定。

保险现金价值的分割方式。有学者认为婚姻期间以夫妻共同财产购买的人寿保险形成的保险现金价值应当为夫妻共同财产,在离婚时应予以分割。也有学者认为,保险现金价值需要分阶段看性质来其是否应当属于共同财产及予以分割。还有学者认为,保险是属于储蓄性质,不需要独立立法。关于保险金的现金价值计算和分割,可以借用保险法中相应制度来解决。

【离婚制度】我国离婚经济补偿制度的存与废。在我国,对2001年修正后的《婚姻法》增设的离婚经济补偿制度,大部分学者持肯定态度,但也有少数学者提出应当废除该制度。针对此观点,有学者认为,随着我国经济的迅速发展、家庭财富的快速积累奠定了离婚经济补偿制度的经济基础;夫妻关系从身份到契约的转变、家务劳动价值的承认,为该制度的设立提供了法理基础和立法价值基础。在夫妻财产制中反映对家务劳动价值的承认与经济补偿,这是现代许多国家夫妻财产制变革的趋势。虽然我国的该制度还存在某些不足,但其独特的经济补偿功能是其其他制度不能替代的,故不能将其废除,并建议从我国实际出发,借鉴他国的立法经验,修改、完善我国的离婚经济补偿制度,以实现对家务劳动价值的承认与经济补偿,从而彰显法律在婚姻家庭领域的公平与正义。

离婚经济帮助制度。有学者对经济帮助制度进行社会性别分析,进而提出:坚持经济帮助制度以顺应本土文化需要,完善经济帮助制度以顺应社会生活需要,适用经济帮助制度以顺应性别平等需要。

设立我国分居法律制度。有学者根据我国《婚姻法》“保障离婚自由,防止轻率离婚”的立法指导思想,建议设立符合我国国情的分居制度,可以为婚姻当事人提供一个离婚的缓冲期间,为双方提供一个冷静思考的机会,使其慎重地处理面临的婚姻家庭纠纷,从而理性地决定是否离婚。这既有利于保护婚姻当事人及其子女的利益,也有利于维护社会的和谐与稳定。并且其根据社会调查问卷的统计结果,分析我国民众对我国分居现状的认识和对分居立法的态度,分析我国设立分居制度的社会基础,考察和评析外国分居制度的立法例,研究我国分居立法的现状与不足,借鉴外国立法经验,结合我国实际,提出了设立我国分居制度的立法构想,建议采取“协议分居”、“登记分居”和“司法分居”三种制度并行的立法体例,据此设计了我国分居制度的立法建议稿。但另有学者建议,应当采取协议分居和判决分居两种方式构建我国的分居制度。

【《婚姻法》司法解释(三)草案的理论争鸣】

结婚登记程序瑕疵的处理。针对《婚姻法解释（三）》草案第1条的规定，有学者认为，不能以结婚登记程序瑕疵为由撤销婚姻登记，婚姻的效力也不因为结婚登记程序的瑕疵而受影响。对程序瑕疵的结婚登记予以补正或重新确认是可行的。婚姻登记程序的规范意义重点在于规范婚姻登记机关的行为。法院对违反婚姻登记程序的，应当依照行政诉讼法的规定做出确认违法的判决。

为解除婚外同居关系约定的财产性补偿之效力。《婚姻法解释（三）》草案第2条规定了解除婚外同居关系约定的财产性补偿之效力，对此有学者认为，如果是当事人双方自愿签订的协议，只要不违背法律和公序良俗，司法就应当尊重；有学者则认为，此司法解释草案的价值取向有问题，如果其将来生效，势必产生很不公平的后果，即“包二奶有理”，有配偶者在婚外与人同居，可以不承担任何责任而人财两得，同居另一方（通常是妇女）则失身又失财。另有学者认为，在涉及解除婚外同居关系约定的补偿时，如果不区分善意与否而适用同一规则，有违法意民心，也有失公平。

夫妻婚前个人财产在婚后所生孳息之归属。有学者认为，《婚姻法解释（三）》草案第6条规定，夫妻婚前个人财产在婚后所生孳息属于一方的个人财产，除非另一方对孳息的产生有贡献。此规定是不合理的，应以维系婚姻共同体为前提，兼顾个人利益的保护，应将一方个人财产在婚后所生孳息归于夫妻共同财产，同时以但书方式排除个别类型孳息如存款利息等的共有。

婚姻家庭住房权的优先保护。有学者认为，《婚姻法解释（三）》草案第12条规定，对婚姻家庭住房权优先给予法律保护。这符合我国《宪法》和《婚姻法》有关国家尊重和保护人权、保护婚姻家庭的规定精神，也不违背我国《物权法》善意取得制度的精神，并且符合联合国人权保护的相关文献所倡导的精神，也符合当前我国婚姻家庭住房的状况及功能的基本国情。因此，此规定是科学的、合理的。

夫妻一方婚后积累的养老金期待利益之归属。有学者认为，依《婚姻法解释（三）》草案第14条规定，离婚时夫妻一方享有的领取养老保险金的期待利益，另一方无权请求分割。此规定将夫妻一方在婚姻期间积累的养老金期待利益排除在夫妻共同财产之外，这是不符合我国现行《婚姻法》婚后所得共同制的立法精神的，也是不科学、不合理的。

双方父母赠与夫妻的不动产之归属。有学者认为，依《婚姻法解释（三）》草案第8条第2款规定，对“双方父母赠与夫妻的不动产之归属”认定为按份

共有。这既不符合我国《婚姻法》规定的“婚后所得共同制”之精神，也不符合我国的基本国情和《宪法》的基本精神，且不符合私法的价值取向。

夫妻一方婚前借款购置不动产的利益归属。有学者认为，《婚姻法解释（三）》草案第11条拟定的规则，考虑离婚时不动产的市场价格及共同清偿借款等因素，要求“不动产权利人对另一方进行合理补偿”，具有相当大的合理性。但是否存在重财产利益的“清算”而轻人身关系特殊性的嫌疑？它可能因对女性弱势地位重视不足而不利于妇女。区分婚姻当事人双方的财产利益，不应脱离婚姻的特殊性。处理这类不动产归属争议的司法裁判规则，宜根据不动产用途、财产来源、当事人对财产的贡献等因素区别情形，公平合理地对待。另有学者认为，对于房屋的归属应区分两种情形，一种是夫妻一方婚前签订购房合同，以个人财产支付首付房款并在银行贷款，婚后取得产权证且登记于其名下的，该房产视为夫妻共同财产。但该房产属于夫妻按份共有，双方各自所占有的产权份额以各自对房产的出资比例确定。一方的婚前出资为其个人财产，婚后出资双方各占一半。当事人另有约定的除外。另一种是夫妻一方婚前签订购房合同，以个人财产支付首付房款并在银行贷款，婚前取得产权证且登记于其名下的，该房产视为其个人财产。婚后双方共同还贷的，视为非产权方对房产的投资，非产权方按其投资额在全部房产投资中所占的比例享有收益。当事人另有约定的除外。

婚姻当事人为登记离婚达成的财产分割协议。有学者认为，依《婚姻法解释（三）》草案第15条规定，离婚财产分割协议是夫妻约定财产的一种形式，且是一种附条件的民事法律行为。附以协议离婚为条件的以在婚姻登记并取得离婚证为条件成就；附以诉讼离婚为条件的以一方向法院起诉离婚且法院认定其夫妻感情确已破裂为条件成就。附离婚条件的财产分割协议属于附条件合同，财产分割协议是主合同，离婚是所附条件。所附条件为协议离婚，如果当事人没有办理协议离婚，即所附条件不成就，双方签署的财产分割协议则不生效。

夫妻共同债务的推定规则。有学者认为，《婚姻法解释（三）》草案第18条对《婚姻法解释（二）》规定的共同债务推定规则进行了修正。这体现了我国婚姻法与司法解释多年适用的夫妻共同债务目的推定与合意推定相结合的规则。但仍需要有更为明确具体的规定。另有学者则认为，对夫妻共同债务的认定应区别内部关系和外部关系。对于内部关系，夫妻一方借债要求对方共同承担的，借债方应举证证明该债务是否基于夫妻的合意或是否用于家庭共同生活。对于

外部关系,债权人以夫妻关系存续期间夫妻一方对外借债要求夫妻共同偿还的,应证明该债务是否形成于婚姻关系存续期间。非借债配偶方否定责任承担的,必须提出证据证明债权人与债务人明确约定为个人债务,其债权人知道或应当知道该债务非用于家庭生活或符合《婚姻法》第19条第三款规定情形。

夫妻生育权冲突解决的模式。有学者认为,生育权是一种人格权而非身份权,是一种绝对权、支配权。所谓夫妻之间侵害生育权的行为,实际上多数时候并非是侵权,而是夫妻生育权行使的冲突。《婚姻法解释(三)》草案第10条规定,夫以妻擅自中止妊娠侵犯其生育权为由请求损害赔偿的,人民法院不予支持。其立法价值取向是正确的。关于夫妻生育权冲突解决的模式,如果丈夫可以证明夫妻在事实上存在生育契约,女方无故不履行契约私自堕胎,应当承担违约责任,但如果男方有影响女方生育选择的过错的除外。如果丈夫无法证明双方存在生育合意,女方对是否堕胎拥有完全和绝对的选择权。对夫妻双方在生育问题上不能达成合意的,可以考虑将此纳入判决离婚的理由,以对丈夫进行救济。

【域外婚姻家庭继承法】 澳大利亚家事纠纷解决新机制。有学者指出,澳大利亚家事纠纷解决新机制是由非诉讼家庭服务制度、诉讼家庭服务制度以及相关程序构成的一个有机整体。该新机制是澳大利亚家庭法近年最新发展且最具特色的内容之一。它给家事纠纷当事人提供了理性沟通的平台,符合家事纠纷有效解决的经济理性,对我国具有启示意义。结合我国实际,基于“以人为本”的理念,借鉴澳大利亚家事纠纷解决新机制的有益经验,提出完善我国家事纠纷解决机制的建议,以期及时化解婚姻家庭纠纷,促进和谐家庭与和谐社会的构建。

澳大利亚子女“接触令”实施的改进建议。有学者指出,澳大利亚家庭法立法会的报告《子女接触令——执行和处罚》,基于“儿童最大利益原则”,为保障子女“接触令”的实施,提出了改进的建议。研究和评析这些建议,汲取其有益的经验,从我国实际出发,修改、补充我国的探望权制度,以保障父母与子女之间探望权的行使,维护子女的最大利益。

(陈苇 曹贤余 李欣)

社 会 法 学

【概况】 随着《社会保险法》等一系列重要立法的不断推进,2010年成为继2007年之后又一个重要的“社会法年”,中国社会学法学迎来了更为广阔的发展空间。本年度,社会法学者们深入进行学术研究,积极参与社会立法,广泛开展国际交流,在各项领域取得丰硕成果。

一是学术研究继续走向深入,同时不断拓宽社会学研究的领域。在全球经济衰退大背景下,社会法学者结合中国现实热点问题,围绕社会法基础理论、劳动力市场法、劳动合同法、集体劳动关系、劳动争议处理、社会保险法、社会救助法等领域的重要理论问题,进行了卓有成效的研究。有关专著、论文无论是在数量方面还是在质量方面,都有明显的提升。

二是社会法学者积极参与社会法立法,实现学界与立法界的双向互动。在《社会保险法》、《社会救助法》等法律的制定和《职业病防治法》的修改等一系列立法活动中,社会法学者通过各种方式积极参与,切实有效地起到立法智囊的作用,为相关立法的科学性提供了有力的理论支持。

三是社会法学界广泛开展国内国际学术交流。本年度具有代表性的学术研讨会: (一) 2月27日,“中国社会保障30人论坛”在中国人民大学举行

“2010年社会保障重大问题研讨会”,会议围绕国家“十二五”规划与社会保障体系建设、社会保险立法、农民社会养老保险、事业单位养老保险改革等重大问题展开了热烈讨论。(二) 4月26—28日,由北京大学法学院贾俊玲教授和上海师范大学法政学院刘诚教授共同召集的“全球经济衰退与法律规制国际研讨会”,分两个阶段先后在北京、上海举行。此次研讨会旨在从多学科的角度研究经济危机的原因及对策,进而讨论相关的经济学、社会学、法学及劳动关系学理论。(三) 5月9—11日,由中国法学会和香港法学会主办的“第二届内地与港澳地区法律研讨会——劳动和社会保障法论坛”在安徽省合肥市举行,来自内地与港澳地区的160多位劳动与社会保障领域的专家、学者及实务界人士出席研讨会,分别从内地与港澳劳动法的基本特点与最新发展及其挑战、劳动合同法的实施情况及其影响、内地与港澳劳动争议的调解仲裁与诉讼比较研究、内地与港澳跨境就业人员的劳工权益保障四个方面开展了讨论。(四) 7月24—25日,“全国劳动法实践教学研讨会”在苏州大学王健法学院召开。来自国内各大高校法学院在劳动法实践教学上颇有建树的名师以及苏州地区法律实践部门的负责人齐聚一堂,共同探讨关于中国劳动法在实践教

学上的热点难点问题,分享交流法学实践教学经验。与会者围绕劳动法律诊所教学模式探讨、我国开展法律实践教学的现实性和必要性探讨、法律诊所教学的本土化思考、我国劳动法实践教学中存在的问题及对策探索、法律诊所与劳动者权利维护等五个专题进行了研讨。(五)8月18—19日第八届“海峡法学论坛”在福州举行。来自台湾地区、香港特别行政区、澳门特别行政区和祖国大陆从事劳动与社会保障法理论研究的众多知名专家学者和法律实务界人士参会。论坛的主题是“民生与法制:劳动与社会保障法律制度比较研究”。(六)8月21—22日,中国法学会社会法学研究会2010年年会在上海财经大学召开,年会以“社会安全、社会建设与社会法”为主题。(七)9月16—18日,北京市劳动法和社会保障法研究会召开了“北京市第十二届劳动人事争议案例研讨会”,北京市劳动法和社会保障法实务界有关人士分别对劳动争议中的立法、司法等问题做主题报告,并对12个具有较高研讨价值和实践意义的典型案例进行了研讨。(八)10月30—31日,由中国人民大学法学院、中国人民大学劳动法和社会保障法研究所共同主办的“劳动法和社会保障法高峰论坛——全球化下的个人劳动关系调整:劳动合同法国际研讨会”在中国人民大学法学院举行。来自国内有关机构、高等院校和研究机构的劳动法专家、学者,以及法国、澳大利亚、柬埔寨等国的著名学者和律师参加了研讨会。研讨会围绕着劳动合同(劳动关系)界定、劳动合同的解除和劳动合同的履行、劳动合同的种类及其立法选择、劳务派遣的法律问题、劳动合同法实施效果评价五项议题展开讨论。

【社会法基础理论】关于社会法的性质和定位。社会法与公法、私法的关系如何以及社会法的体系结构如何构建,一直是社会法基础理论中的核心问题,虽然对于社会法包含劳动法和社会保障法这两大领域已经成为社会法学界的基本共识,但在社会法体系的具体构建方面仍然有一定的分歧。有学者运用“二元结构”的理论对于社会法的体系结构进行了分析,认为社会法体系的核心是劳动法与社会保障法这一基本稳定的“二元结构”,除此之外,还存在一些交叉融合现象和逐渐生成的新领域。也有学者认为,社会法在起源和发展、理论基础、性质和定位、结构和分层、法域特征、价值目标、基本原则、法律机制方面的与传统的公法和私法有明显的差别,社会法的定位不仅仅限于劳动法和社会保障法。

关于社会法的研究方法。有学者认为,社会法学基础理论的研究应当突破公法和私法理论的界限,因为公法与私法已经把社会的所有法分完了,没有可能

再混合起来成立一个第三法域,私法可以和社会法融合,公法也可以和社会法融合,这样法域就无限多了;应该突破传统的乌尔比安对法的划分,进行时间的划分,经济法和社会法应该是现代法,私法和公法的划分是一种空间法域的划分,这样划分以后,对于经济法属于现代私法还是现代公法,社会法属于现代私法还是现代公法可以去研究;传统的私法和公法主要反映财产所有制,是财产所有制要求的法律表现,现在的经济法和劳动法反映的是劳动力所有制,两者依托的东西不一样,如果仍然沿用公法私法化和私法公法化理论是找不到出路的。

关于社会法的基本范畴。有学者认为,社会法的范畴包括基石范畴(逻辑起点)和基本范畴,社会法的基石范畴与社会利益、社会安全、社会问题三个方面有关联,从这三个方面来看,社会权应该是社会法的基石范畴。有学者对此提出异议,认为把社会权作为一个中心概念未尝不可,但是把它作为一个基石概念不太妥当。

关于社会法与社会分配。社会分配问题是当前社会普遍关心的热点问题之一。有学者认为,社会分配不公平产生的原因是不一样的,所以提出的解决措施也是不一样的,就社会法中的劳动法而言,应当加强集体协商。也有学者认为,在经济法和社会法这样的现代法律部门中出现了为了促进经济与社会稳定发展的新型法律规范,在这种法律规范中,值得研究的是其核心权力促进权;促进收入分配结构调整的权力分为两个方面,一是促进初次收入分配趋于公平的权力,二是实现收入再分配公平的财政支出权;在分配结构调整的过程中,政府首先应当考虑如何促进经济与社会稳定发展,然后才是考虑新增社会财富如何分配得更加公平、公正的问题;促进权可以归纳为货币发行权、政府定价权、公共投资收益权、直接税征税权、财政补贴决定权、社会保障支出权和税式支出权等几种类型。

此外,社会法学界对于社会法的调整方法、社会安全机制、和谐发展语境下的中国社会法治等问题也进行了深入的研究。

【劳动力市场法】关于《就业促进法》实施中的问题。有学者对《就业促进法》实施的影响因素进行了分析,认为影响《就业促进法》实施效果的因素主要体现在三个方面:就业形势的变化,法律的可操作性,以及执法环境;在《就业促进法》实施两周年后,对相关影响因素的分析将有助于法律的进一步落实和就业促进政策的完善。

关于《就业促进法》中平等就业问题。有学者认为,平等就业既是不歧视国际劳工标准所贯彻的法律

精神,也是禁止就业歧视的权利支点,一个体系完整、制度健全和功能完备的禁止就业歧视法律制度,必然依赖于一个成熟的平等就业权利支撑体系;《就业促进法》的平等就业是一大“亮点”,但面临重重困境;加强政府促进平等就业的职责,划清政府与人力资源市场的界限,回归平等就业权并健全平等就业权利制度,改革平等就业权利救济机制并强化法律责任,是《就业促进法》中平等就业走出困境的必由之路。也有学者从性别的视角研究,认为我国妇女就业面临很多问题,就业平等权是关键,《就业促进法》对女性就业给予一定关注,但也暗示着男女就业的不平等;从社会性别视角解读《就业促进法》,就是要将社会性别观点纳入决策过程,完善现有相关规定,营造妇女平等就业氛围,以保障女性就业平等权的实现,促进社会和谐发展。还有学者从农村平等就业的角度研究,认为平等就业权是指劳动者依法享有平等就业机会及其排除各种就业歧视的权利,它既是生存权的延伸和具体化,也是劳动权体系的起点和基础;对农民平等就业权进行立法保护,既有可靠的宪法依据和坚实的理论基础,也有十分重要的现实意义;尽管我国《就业促进法》首次规定了农民平等就业权,但它在具体保护方面仍然存在诸多缺陷,促进就业的有关规定没有涵盖农村劳动者;反就业歧视的规定遗漏较多、可操作性差;法律责任的规定不完备、不匹配;为了有效保护农民平等就业权,必须全面贯彻城乡平等就业制度,进一步完善反就业歧视制度和法律责任制度。

关于反就业歧视立法。有学者提出,平等就业权是人权的核心内容之一,坚持公平就业、反对就业歧视,既是保障劳动者平等就业权的要求,也是维护劳动力市场公正秩序的需要;自上个世纪中期开始,加强反就业歧视立法已经成为世界性的潮流;近些年来,我国的反就业歧视立法也取得了很大进展,一些新的立法越来越多地体现了反就业歧视的精神,一些既有的立法通过修订充实了反就业歧视的内容;我国反就业歧视立法内容有待完善,实施有待加强。另有学者从反就业歧视机制中的政府责任、反就业歧视与企业社会责任、域外反就业歧视立法等角度进行了研究。

【劳动合同法】 关于《劳动合同法》的社会价值。有学者认为,《劳动合同法》的颁布实施引起了理论及实务界的诸多批评,批评的核心是认为该法过度地增加了企业用人成本,干预了企业灵活的用人制度,从而可能导致企业负担过重而破产,最终给经济和就业都造成负面影响;但从劳动者、企业及社会三个方面的长期成本与收益的视角展开综合比较分析,

该法长期实施对三者都将是有利的,有助于构建和发展和谐稳定的劳动关系,并最终促成人与经济的协调发展。

关于无固定期限劳动合同。有学者认为,劳动合同制度是劳动法的核心,劳动合同解除制度是劳动合同制度中的主要内容之一,单方解除则为解除制度的重点;无固定期限劳动合同制度重点在于合同解除后的责任承担问题,其法律效力理论体现了对用人单位单方解除权的限制;我国应借鉴国外解雇自由与解雇保护原则相协调的模式,而我国现行立法三种劳动合同适用同一种解除制度,其合理性有待商榷,解除原因认定、解除期限通知等规范的可操作性也应进一步加强。也有学者认为,无固定期限劳动合同之所以在实践中难以推行,在于在立法指导思想上将其看做是对劳动者的福利性待遇以及对用工单位的惩罚,在司法实践中则对用工单位解除劳动合同实行过于严苛的限制政策,导致劳动用工单位对与劳动者订立无固定期限劳动合同产生了畏惧、排斥和规避的态度;在现有立法允许其可以选择与劳动者订立不同期限劳动合同的情况下,资方选择与劳动者订立固定期限与短期化的劳动合同,应当说是不难理解的事情;在建构无固定期限劳动合同制度的过程中,我们应摒弃劳资对立的传统思维,确立和培育劳资身份伦理和协作与共存的理念,在立法上明确将无固定期限劳动合同作为劳资双方订立劳动合同的常态形式,同时应充分尊重双方的自主选择、意思自治和自我调适,赋予双方在有正当理由前提下解除与终止无固定期限劳动合同的自由。

关于劳动合同的试用期。有学者认为,劳动合同试用期作为劳动合同中的一个特殊阶段,对调整劳动关系当事人双方的权利义务,帮助用人单位以最低的成本风险争取优秀劳动者的加入,促进劳动者的风险意识和竞争意识,最终提高劳动者综合素质和企业综合竞争能力,都有着极其重要的意义;尽管我国劳动合同法对试用期作了一些规定,但这些规定过于原则,加上巨大就业压力使得劳动关系双方地位严重失衡,用人单位滥用试用期侵犯劳动者合法权益的现象十分突出,司法实践中也面临着一些困难和问题,这对人民法院妥善审理好此类案件提出了挑战。

另外,有学者对劳动合同的附随义务、法国劳动合同法、《劳动合同法》与劳资关系、《劳动合同法》与人力资源管理、《劳动合同法》的实施状况等问题进行了较为系统的研究。

【劳动基准法】 关于工资法。学界研究的重点集中在工资概念和范围、工资国家干预的边界、同工同酬和工资保护等问题。有学者认为,工资既是法学

概念又是经济概念,有必要对其进行定量分析。有学者认为,欠薪问题首先就涉及“薪”或“工资”的范畴,欠薪支付令问题的提出是因为我国《劳动争议调解仲裁法》第16条引入了民事诉讼法上的支付令制度,这就产生了一个适用上的问题,因为我国民事诉讼法第191-194条对于支付令的适用有严格规定,只要被申请人提出了实质性的异议,支付令就会被驳回申请,一旦被驳回就要回到劳动仲裁与诉讼的程序,这对劳动者不利;可以借鉴德国、台湾地区相关制度完善我国欠薪支付令制度,使之成为有利于劳动者快捷追讨工资救济途径,实现有效维护劳动权益目的。也有学者从分配制度公平角度来探讨,以社会法理念推动企业工资制度的构建;我国企业工资分配制度的症结主要在于政府主导,工资低、分配制度不公平,其症结在于以政府为主导的工资分配模式;以社会法的理念来推动企业工资分配制度的构建,就要培养劳资力量,通过市场来解决工资分配的问题,就要国家在工资分配制度中尽量减少国家干预,淡化行政色彩,就要以社会法的视角定义工资范畴,就要严格责任,完善机制。还有学者认为,企业工资分配和国民收入分配这两个概念要区分开来;如果说政府为主导的话,目前在工资领域其实就是最低工资和工资指导价,而且最低工资在今年的调整的确有很大的影响,这表现出政府运用行政手段干预工资的一种不成熟;在市场化改革之后,国家对于企业工资,其实是把企业工资的决定权交给了企业,而只是给出了两条线,一条是最低线,一条是指导价;在社会法的领域,我们决定劳动条件、工资分配等事项的时候其实有三个主体,国家为干预者,企业是决定者,还有一个社会层面的主体,那就是工会和雇主组织,在整个的层面上是社会机制的缺位和国家不负责任的撤出,对企业工资的放任才导致了工资分配的不公。另有学者认为,工资由两个方面决定,一是国家确定一些标准进行干预和调控,二是协商的结果并具体在劳动合同中体现出来;在企业与劳动者之间无论作为劳动者单个或工会面目出现,也即无论劳动合同协商还是集体协商都存在不足,克服不足就要国家干预;国家干预一部分是国家通过确定工资范围和最低工资标准直接干预,另一部分是国家的间接干预,包括国家宏观调控和税收制度、社会保险制度。此外,还有学者对于同工同酬问题进行了研究。

关于职业安全卫生法。学界研究的重点在于职业安全权的范围、职业安全法的保护对象、职业安全卫生的刑法保护、劳动关系基础之上的社会关系、国外职业安全健康监管体系的设置及借鉴等问题。有学者认为,现有的劳动安全权保护的仅仅是生命、身体健

康方面的法益,不包含精神、心理方面的保护;劳动者的精神和心理安全应当逐渐纳入到职业安全保护的范畴当中来,但是精神利益的范围个体差异性太大,很难界定,因此必须有严格限制。

【集体劳动关系法】关于集体劳动关系的法哲学基础。有学者认为,现在的集体劳动关系如果不能进入立法阶段,所有外来的资源都是无法借鉴的,集体劳动争议权在法理上的正当性很重要;在特殊的背景下形成的我国工会与政府、政党之间特殊的联系,决定了不存在包括集体争议权在内的劳动权利的空间,工会没有能力独立保障劳动的权利,但如果借助政府来解决,就会将劳资内部矛盾外化成了社会矛盾,所以关于劳动争议解决机制的建构实际上是一项缺失主语的建构;从自然法的角度来理解集体劳动关系的建构,可能会有新的路径,因为平衡劳动者的人权和雇主的财产权的冲突是我国劳动关系法所要解决的核心问题,要维持劳动关系的和谐,就要合作,而合作有三种方式:强制、习俗和互惠;基于此,劳动理性是有可能塑造和谐有效的劳动关系的,即不需要在劳动关系之外或者说只仅仅依靠外部力量来实现劳资合作制,在内部也可能寻找达成平衡的方式。

关于集体协商制度研究方法。有学者结合“富士康事件”中的劳资关系和金融危机的现实背景,认为目前劳动关系已经逐步由个别劳动关系向集体劳动关系转化,特别是最近发生的一系列劳动关系的重大事件都是社会所关注的,这些问题对社会法学、劳动法来说都是一个非常重要的历史契机;虽然劳资谈判的结果是非常封闭的,不能解决所有问题,但是这个制度本身很好,关键还是我们背后的理念要更新,研究社会法问题不应该仅仅停留在法定标准的执法问题上,更应该向法律背后的社会问题延伸。

关于本田事件中的集体劳动关系调整。有学者认为,中国的劳动关系的发展不可能总是以碎片化和原始化状态的个别劳动关系作为主体,市场化、法治化必然要求要实行集体劳动关系为主、个体为辅,但是目前这个转化并不是依靠学者去推动的,而是靠劳资双方在自身的发展过程中来逐步实现的;以本田为代表的罢工潮说明劳动者及企业管理各方面都面临着新的挑战,本田的工人是在市场条件下、现代产业关系中成长起来的代表着新生代的产业工人,而不仅仅是农民工,在这种情况下,中国劳资关系的发展、劳动法治的发展是今后劳动法研究的重要方向;“劳工三权”应该是我们劳动法学界必须要研究的一个问题,这个问题在整个社会的认知程度相对比较薄弱,甚至在我们法学界也是刚刚开始起步研究的问题,但这个问题如果不解决中国的劳动法治建设就不可能成功;

就目前来说,劳动合同法的研究是一个比较重要的课题,但是劳动合同法不等于全部的劳动法,它仅仅是劳动法一个基础的构成部分,劳动法治最重要的要求是集体劳动关系的调整,今年劳动关系的自身发展验证了这样一个方向;中国法学界要在人权、劳动者权益、宪政等各个方面的研究中推动整个中国劳动法治的进程。

关于集体协商制度的不足与完善。有学者认为,劳动关系法外诉求的变化,反映了当前社会劳动关系复杂化,深层次矛盾逐步显现化,以及建立与完善劳资双方以工资集体协商为中心的集体协商机制的重要性和时机的逐步成熟;在推进集体协商和签订集体合同工作中也存在以下几个问题:实行集体协商制度尚未形成强烈的社会共识,推行集体协商制度的立法不完善,企业工会组织的职能有所错位,行业性、区域性集体协商中的雇主组织相对缺位,集体协商机制不完善致使其作用难以发挥,集体合同的内容雷同和针对性不强;针对以上问题要从三个方面解决:避免集体协商过程中的急功近利与冒进,要在推进过程中强化集体协商机制的基础,要明确集体协商和集体合同的重点。

【劳动争议处理制度】 关于劳动争议体制和机制的构建。有学者认为,完善劳动争议的解决机制仍然是目前我们着力要解决的问题,仲裁和调解是目前对劳动争议处理问题上契合国际化的趋势。也有学者认为,我国的劳动争议处理制度存在三个方面的问题,第一是调解虚化,第二是仲裁资源的浪费,第三是诉讼程序的混同。还有学者认为,需要通过大调解完善劳动纠纷解决机制;现有的制度有三个方面体现了现有的劳资纠纷解决机制存在的问题:一是劳资纠纷的自我化解能力低下,二是有关劳动纠纷解决机制本身存在问题,三是现有的劳动纠纷解决机制的程序不完善;现有地方的大调解填补了原有调解、仲裁、诉讼等各环节衔接的中间地带,加强了调解的权威性与系统性,但也存在一定的不足;通过调解解决现有的劳动纠纷,重要的一点是将大调解的运行实行指标化的规定。

关于巡回审判。有学者认为,要使劳动争议在源头上不发生,或者尽量减少劳动争议发生量,巡回审判机制具有重要作用;健全劳动争议巡回审判机制,一是要推广巡回法庭,二是建立劳动监察参与调解的机制,涉及劳动争议的案件可以从特约调解委员库里挑选人员参与诉讼。

【农民工权益保护】 有学者认为,户籍制度是导致农民工待遇不公的制度根源;解决困境的思路在于,改革户籍制度,重构农民工劳动权益保障制度,

搭建法律援助平台,强化工会的作用,设立完备的社会保险制度。也有学者从农民工问题的界定出发,探讨了农民工社会保障权的理论基础,分析了农民工保障的现状和问题,提出了解决农民工权益保障的方法和途径。

有学者认为,在制定法律以保护农民工利益时,如何对农民工群体进行界定非常重要,对这一问题应进一步加强研究,以更好的保护这一特殊群体。

有学者对农民工的讨要欠薪问题作了四方面的总结:农民工讨要欠薪的目标是主要是经济目标,其次是政治目标;农民工讨要欠薪的主体往往是模糊的,很多时候他们不仅仅是为了自己讨薪,往往对同伴的工资一起讨要;农民工讨要欠薪的对象是游移的,在无法向老板讨要欠薪的情况下,他们往往会请求政府解决问题;农民工讨要欠薪内容不确定,当他们的基本工资要求得不到满足的时候,他们往往又会提出一些新的要求。有学者提出,要建立劳工报酬支付担保制度,就是用用人单位支付一部分欠款给第三方,如果用人单位拖欠工资,由第三方支付钱款;通过刑罚这种具有惩罚性、强制性的公权力手段,更能有效地遏制恶意拖欠工资的现象,保障农民工的工资求偿权。

【社会保险法】 有学者认为,社会保险与社会保障在许多方面是有很大差别的,应加以明确区分;社会保险权的主体有很大变化,突破了劳动者的范围,立法时应予注意。另有学者认为,这些年社会保险法的相关立法论证已经不少了,但问题还是很多:《社会保险法》适用范围问题、公务员和事业单位的养老保险问题、转移储蓄问题、养老保险费率问题、退休年龄问题等,应尽快加以解决。

有学者认为,当前事业单位养老改革试点存在的问题主要有:一是没有凝聚社会共识,二是改革缺乏清晰的内容;要凝聚四个方面的共识:事业单位养老保险的改革必须尽快进行,要先进行机构类别的确定再进行养老保险改革,事业单位养老保险待遇的横向比较原则,养老保险改革的目标要明确;要处理好四个利益平衡机制:事业单位工作人员与政府利益的平衡,事业单位内部人员利益的平衡,事业单位工作人员的现实利益与期待利益的平衡,事业单位工作人员与机关、企业等单位人员利益的平衡。

有学者认为,我国工伤认定程序设置的不合理导致受害人的权利无法保障。在《工伤保险条例》中,工伤包括工作中的一些伤害以及职业病两种情况,职业病在经过医疗机构认定后还由劳动行政部门重新进行认定,才能获得工伤保险的待遇,这种程序设计严重影响和损害了工伤受害人的权益。应使社会保险与保险业务经办区分开,对保险机构的经管等由劳动行

政部门负责,在此基础上重新设置程序。

【社会救助法与社会福利法】 关于社会救助立法。有学者认为,《社会救助法》要实现立法宗旨,需要体现协调的理念,运用协调原则指导法律制度的构建;我国社会救助立法需要协调与民事法律的关系,与劳动法律的关系,与社会保障其他法律的关系以及《社会救助法》内部各项救助制度的关系。另有学者对社会救助法的立法架构及法律规则进行研究,认为《社会救助法(草案)》虽经修改十余稿,但对社会救助含义、临时救助、基本生活救助、救助资金等的规定仍有瑕疵,对一些基础性和技术性的问题,如贫困的界定、家庭收入调查、救助给付标准、申请人和救助对象的权利义务等内容没有进行规定;建议社会救助法对上述问题进行明确细致的规定,并进一步完善生活救助、急难救助、救助资金监管等制度。还有学者对社会救助立法的伦理基础进行研究,认为我国正在努力建构一个具有中国特色的社会救助法律体系,这就需要我们为其寻找深厚的道德根基;国家伦理是一个国家作为主体所具有的道德性,具有对内和对外两个维度;国家伦理为社会救助立法提供了正当性的支持,是社会救助法律制度的道德基础,而社会救助立法又是国家伦理的现实转化途径,体现了国家伦理中的国家之爱,我们应当以国家伦理为道德支撑,确立社会救助立法的基本原则,即以国家之爱为核心,体现平等尊重和人文关怀的救助原则。

关于社会救助权。有学者认为,宪法层面的社会救助权转化为具体法层面的社会救助权,是社会救助权的实现机制;社会救助权是人权保障和社会保障领域的基本范畴之一,在社会救助法中则是核心范畴;社会救助权在本质上反映了人与救助的关系,揭示了人对社会救助的主观需求与社会救助对人的积极意义;社会救助权作为基本人权尤其是公民生存权的重要内容,应当属于宪法权利;社会救助权的宪法权利属性和宪法权利的应然实现机制,决定了国家有责任完善社会救助制度,将宪法层面的社会救助权落实在具体法层面;通过对社会救助权的确认和运行机制的保障,最终实现社会救助权从宪法层面向具体法层面的转化。

关于社会救助的基本类型。有学者认为,社会救助是政府的一项基本职能,社会救助资源通过何种手段传递给救助对象,这就涉及到社会救助方式的问题;现代社会救助的理念就是摒弃单一的救助方式,而发展出一种多元的综合的救助方式体系,完善的社会救助体系在关注弱势群体生存性需求的同时,还应关注其发展性需求;新型的社会救助方式应发展为包括现金给付、实物提供、服务提供、心理援助、凭单

兑换、资产建设、权利维护在内的多元综合体系,这样将有利于贫困问题的系统性、科学性、人性化的解决。

关于农村法律援助和城乡救助统筹。有学者认为,关于中国农村法律援助需求分析这个问题的难点在于,农村法律援助需求分析需要的指标;通过相关研究分析,可以得出以下研究结论是:农村法律援助现实的需求巨大,农村法律援助的潜在的需求巨大,农村法律援助需求和城镇法律援助需求的差距很大,农村法律援助方式和城镇居民法律援助的方式也存在较大区别。另有学者认为,社会救助制度作为最低层次的社会保障制度,其发展不仅取决于其所依赖的经济基础,也受政治因素的影响;由于长期城乡二元经济、政治结构的影响,我国的社会救助制度走的也是一条城乡分治的道路,但随着经济社会的发展,传统的社会救助制度已经无法满足人民的需求,寻找新的适合现代经济社会发展的社会救助体系已经迫在眉睫;应当从制度安排的角度运用经济学和社会保障学的相关理论,构建城乡统筹的社会救助制度的模型。

关于社会救助民营化。有学者提出,在转型中国建设社会救助制度,一方面政府应积极主动地承担社会保障和社会救助方面的主导性责任,另一方面中国社会转型过程中各种不同社会生产生活结构极其复杂的共时性并存背景,又决定了借鉴西方现代社会救助领域全新的制度经验和成果与开发中国传统社会救助方面的本土资源的必要性与可行性;社会救助的民营化实际上是对社会救助问题及其政府主导的制度建设的实践性深入;政府在承担社会救助主导性责任的同时,还应该借助社会中间力量,有条件地实现社会救助项目的社会化或民营化改革;此外,我们还应该充分重视对社会救助领域的传统乡土资源的挖掘和利用,例如动员传统的宗族与宗教资源和力量,形成合力,共同解决转型中国面临的社会救助问题。

【国际社会法】 关于国际劳工标准。有学者对国际劳工标准中的 SA8000 进行了研究,认为国际贸易正越来越多地受到劳工标准的影响,很多企业在出口时被要求通过社会责任标准验证,否则将被取消订单;通过对 SA8000 的由来及涵义进行详细的介绍和与其他劳工标准的比较,结合理论和实践,分析了 SA8000 对我国外贸的积极影响和消极影响,并提出了应对策略。有学者从国际劳工标准对劳动密集型产业出口的影响的角度进行了研究,认为发达国家主张将国际劳工标准与贸易协议挂钩,以此来削弱一些国家的出口优势;我国的劳工标准相对于发达国家较低,将劳工标准问题与贸易协议挂钩,将会对我国的出口贸易造成影响;通过分析劳工标准的全面推行对

我国劳动密集型产业出口的影响,得出短期内对该产业出口贸易有抑制作用,长期具有促进作用的结论。

关于企业社会责任。有学者从国际法的角度对国际贸易中的企业社会责任进行了研究,认为国际市场的激烈竞争,使企业社会责任问题成为不同利益集团斗争的焦点,进而成为公平贸易的基础和条件,企业社会责任达标认证也变得炙手可热;但其中存在的诸多隐蔽和复杂问题,极易导致企业社会责任问题成为新的贸易壁垒,并使其在法律上具有多重性、敏感性、更富争议性;为了企业的生存与发展,为了和谐

稳定的国际贸易秩序,亟需依据国际法探寻相应有效的解决方法。也有学者认为,企业的社会责任标准已经成为新的贸易壁垒,它通过政府、非政府组织以及采购商和消费者等多种渠道对国际贸易产生影响;但这种壁垒与其他贸易壁垒却有着明显的不同:保护的利益多元、涉及的领域多元、发挥作用的途径多样等;通过研究企业社会责任壁垒对国际贸易的影响方式,有助于我国理性应对企业社会责任壁垒。

(叶静漪 肖京)

知识产权法研究

【概况】 2010 年是中国入世的第九年,知识产权保护问题仍然是社会各界关注的热点,也是世界贸易组织对中国进行入世评价的重要议题之一。

一、知识产权保护

1 月 1 日,《广播电台电视台播放录音制品支付报酬暂行办法》(2009 年 5 月 6 日国务院通过,2009 年 11 月 10 日公布)开始施行。

1 月 9 日,《国务院关于修改〈中华人民共和国专利法实施细则〉的决定》公布,自 2010 年 2 月 1 日起施行。

1 月 20 日,由国家版权局支持、中国版权协会主办的《中国互联网行业版权自律宣言》发布仪式在京举行。新闻出版总署(国家版权局)、公安部、工业和信息化部有关部门领导,中国版权协会、北京市版权局、中国互联网协会等行业组织和境内外权利人组织的领导,101 家互联网企业领导和 40 家媒体记者共 180 人参加了发布仪式。人民网、央视网、新华网等 101 家网站代表在版权自律宣言书上签字。

1 月 21 日,国家知识产权局公布《专利审查指南》,2010 年 2 月 1 日施行。

1 月 24 日至 26 日,中共中央总书记胡锦涛在陕西省进行考察调研中指出,要坚持走自主创新之路,不断研发出更多具有自主知识产权的核心技术。

2 月 10 日,中国专利电子审批系统(E 系统)正式上线,实现了从专利申请的提出到专利权失效全部法律程序、全流程、全方位的电子化和网络化,专利审查员从此告别了使用 25 年之久的纸件审批程序,进入无纸化“E 时代”。同时正式使用的还有专利检索与服务系统(S 系统)的局内部分,为专利审查业务提供数据丰富、功能齐全的智能检索服务,实现跨平台、多数据库检索等功能,包括 11 个子系统,拥有 1985 年以来中国全部的专利文摘数据 400 余万件,

以及世界 97 个知识产权机构的 7000 余万件专利文献,实现了与 E 系统的无缝连接。

2 月 25 日,重点产业专利信息服务平台建成新闻发布会暨开通仪式在京举行。

2 月 26 日,通过《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国著作权法〉的决定》。修改后的著作权法自 2010 年 4 月 1 日起施行。根据该决定,著作权法第四条修改为:“著作权人行使著作权,不得违反宪法和法律,不得损害公共利益。国家对作品的出版、传播依法进行监督管理。”著作权法增加一条,作为第二十六条,即“以著作权出质的,由出质人和质权人向国务院著作权行政管理部门办理出质登记。”

3 月 5 日,国务院总理温家宝在作政府工作报告中指出,要大力实施知识产权战略,加强知识产权创造、应用和保护。进一步激发广大科技工作者和全社会的创新活力。

3 月 5 日和 3 月 15 日,《中华人民共和国国家版权局与日本国文化厅版权战略合作备忘录》分别在北京和东京签署。

3 月 17 日,《国务院关于修改〈中华人民共和国知识产权海关保护条例〉的决定》通过,2010 年 4 月 1 日施行。

3 月 25 日,国务院国有资产监督管理委员会印发《中央企业商业秘密保护暂行规定》。

3 月 26 日,国家知识产权战略实施部际联席会议 28 个成员单位共同研究制定的《2010 年国家知识产权战略实施推进计划》印发实施。

4 月 8 日,中央宣传部 中国人民银行 财政部 文化部 广电总局 新闻出版总署 银监会 证监会 保监会等 9 个部门联合制定、印发《关于金融支持文化产业振兴和发展繁荣的指导意见》。

4月9日,《2010年中国保护知识产权行动计划》发布。

4月20日,《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》印发。

4月23日,最高人民法院首度以年度保护状况的形式向社会发布《中国法院知识产权司法保护状况(2009年)(中英文本)》(中文本约1.4万字,英文本近9000字),全面回顾总结了人民法院2009年的知识产权司法保护工作,对改革开放30年以来的知识产权司法保护工作也进行了简要介绍。

4月26日,世界知识产权日创建10周年和《成立世界知识产权组织公约》生效40周年的纪念日,2010年世界知识产权日的庆祝主题为:“创新——将全世界联系在一起”,WIPO正式启用新的徽标。WIPO消息称,新徽标构成了WIPO新形象的基石,符合WIPO为跟上二十一世纪知识产权迅速发展的步伐而提出的新的工作方向。

4月29日,国家知识产权局发布《二〇〇九年中国知识产权保护状况》白皮书,全面介绍了2009年我国在知识产权保护方面所开展的工作和成绩。

4月,最高人民法院与中国科学技术协会联合签署了知识产权司法保护合作备忘录,建立了特邀科学技术咨询专家库,袁隆平、钟南山等11位两院院士受聘担任科学技术咨询顾问。

5月7日,《最高人民法院公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》印发,对公安机关经济犯罪侦查部门管辖的刑事案件(包括知识产权犯罪案件)立案追诉标准作出了规定,取代了《最高人民法院、公安部关于经济犯罪案件追诉标准的规定》(2001年4月18日发布实施)。

5月10日,《2009中国软件盗版率调查报告》新闻发布会在北京举行。报告显示,2009年度中国软件盗版率按市场价格折算价值计算的软件盗版率由上一年的15%下降为12%。报告显示,2009年,中国盗版软件按市场价格折算的价值约为1289亿元,与去年基本持平。在假定市场环境参数不变的情况下,把当年盗版软件的安装套数按照现行市场价格折算为价值计算,则相对于软件产业的价值盗版率由2008年的15%下降为12%,相对于软件产品的价值盗版率由2008年的29%下降为28%。报告指出,按当年安装的应付费计算机套数计算,中国软件盗版率由2008年的47%下降为45%。从2005年至2009年,操作系统软件数量盗版率分别为81%、68%、39%、29%、27%。

国家《人才规划纲要》提出2020年我国人才发展的总体目标、人才队伍建设的主要任务、体制机制

创新和“实施知识产权保护政策”等10项重大政策及“创新人才推进计划”等12项重大人才工程。

6月3日,中国加入世界知识产权组织30周年。

6月29日,最高人民法院印发《关于为加快经济发展方式转变提供司法保障和服务的若干意见》。

6月29日,海峡两岸关系协会与海峡交流基金会签署了《海峡两岸知识产权保护合作协议》,于2010年9月12日起生效。《协议》规定,两岸同意本着平等互惠原则,加强两岸知识产权保护方面的交流与合作,协商解决相关问题,提升两岸知识产权的创新、应用、管理及保护水平。该《协议》还规定双方同意依各自规定,确认对方专利、商标及品种权第一次申请日的效力,并积极推动作出相应安排,保障两岸人民的优先权权益。

7月1日,科技部、国家发改委、财政部、国家知识产权局四部门联合印发了《国家科技重大专项知识产权管理暂行规定》。《规定》依照《科学技术进步法》、《国家知识产权战略纲要》等的基本规定和战略要求,把法律和政策规定的制度和措施落实到专项管理中,包括总则、知识产权管理职责、重大专项实施过程中的知识产权管理、知识产权的归属和保护、知识产权的转移和运用等内容。

8月5日,国家知识产权专家咨询委员会在此成立,国家知识产权局局长田力普向首批专家委员颁发聘书。来自全国经济、科技、教育、文化、知识产权领域的20位专家成为国家知识产权专家咨询委员会首批委员。

8月9—10日,在纳米比亚斯瓦科普蒙德召开的非洲地区知识产权组织(ARIPO)外交会议上,9个国家签署了《保护传统知识及民间文艺表现形式议定书》。有6个缔约国批准或加入,该协议即将生效。非洲知识产权组织(OAPI)也于2007年7月采纳了一份类似文件。

8月12日,财政部、工业和信息化部、银监会、国家知识产权局、国家工商行政管理总局、国家版权局等六部门联合印发了《关于加强知识产权质押融资与评估管理支持中小企业发展的通知》,从建立协同推进机制、创新服务机制、完善风险管理机制、深化管理机制等方面提出了意见和规范,要求各有关部门充分发挥各自的职能作用,积极探索促进本地区知识产权质押融资工作的新模式、新方法,指导和支持商业银行等金融机构根据国家扶持中小企业发展的政策,充分利用知识产权的融资价值,开展多种模式的知识产权质押融资业务。

8月16日,国家新闻出版总署出台《关于加快我国数字出版产业发展的若干意见》。

8月26日,国家知识产权局发布新修改的《专利权质押登记办法》,于2010年10月1日起施行,明确规定了办理专利权质押登记的管理部门、程序及要求、登记期限等。

9月3日,《中华人民共和国国家版权局和英国知识产权局版权战略合作协议》在伦敦签署。

9月6日,《国务院关于中西部地区承接产业转移的指导意见》(以下简称《意见》)发布。《意见》指出,要改善承接产业转移环境,加强知识产权保护,保障投资者权益。加强政策支持和引导,加大对产业园区技术创新体系建设、知识产权运用以及自主知识产权产业化的支持力度。推进依法行政,加强知识产权保护,完善法制环境,保障投资者权益。

9月8日,国务院总理温家宝主持召开国务院常务会议,审议并原则通过《国务院关于加快培育和发展战略性新兴产业的决定》。会议指出,要强化科技创新,提升产业核心竞争力。加强知识产权的创造、运用、保护、管理,推进重大科技成果产业化和产业集聚发展。

9月12日,海协会与海基会签署的《海峡两岸知识产权保护合作协议》正式生效。

9月15日,世界知识产权组织发布了《2010年世界知识产权指标》报告。这份报告涵盖了2008年全球的统计数据,以及2009年世界九大专利和商标局的初步数据。报告显示,2008年,全球专利申请量为191万件,比2007年增加了2.6%,这是自本世纪初网络公司泡沫破灭以来专利申请增长速度最慢的一年。知识产权组织指出,主要由于中国的专利申请量逆势增加了18.2%,2008年全球专利申请才免于出现零增长的情况。2009年的初步数据显示,占世界专利申请量84%的九大专利局中,除中国的申请量增加8.5%以外,其他都出现了零增长或负增长。

9月21日,音乐著作权付酬签约仪式在北京举办。这是2009年11月国务院《广播电台电视台播放录音制品支付报酬暂行办法》颁布实施后,国内首家与音著协签约的广播组织。双方代表共同签署了合作协议,音著协向中央电视台颁发了《音乐作品使用许可证》。

9月22日,国务院总理温家宝在纽约与美国企业、金融、学术界21位著名人士举行座谈,听取他们关于发展中美关系、加强两国经贸合作的看法和建议,并阐述了中方立场观点。温家宝指出,加强知识产权保护,我们要从三个方面入手:第一,建立完善的制度;第二,奖励创新;第三,加强道德素质教育。

9月,国家知识产权局与工业和信息化部共同确

定北京市等32个城市为中小企业知识产权战略推进工程首批实施单位,中小企业知识产权战略推进工程实施周期为3年,实施期满后,国家知识产权局、工信部将对实施单位进行考核验收。

10月7日,中国总理温家宝与意大利总理贝卢斯科尼在罗马与中意两国企业家座谈。针对外界普遍关注的中国市场环境问题,温家宝再次陈述了中方的立场。温家宝说,现在世界上的竞争归根结底是知识产权的竞争。中国从行政和司法两个角度加强知识产权保护。

10月9日,新闻出版总署印发《关于发展电子书产业的意见》。

10月18日,《国务院关于加快培育和发展战略性新兴产业的决定》发布,强调要加快落实知识产权战略。支持知识产权的创造和运用,强化知识产权的保护和管理。必须加快培育和发展战略性新兴产业,掌握关键核心技术及相关知识产权,增强自主发展能力。强化科技创新,提升战略性新兴产业核心竞争力。

10月19日,国务院决定从2010年10月底开始在全国开展为期半年的打击侵犯知识产权和制售假冒伪劣商品专项行动,并决定印发专项行动工作方案,成立专项行动领导小组,王岐山副总理担任组长,包括商务部、知识产权局等26个成员单位,办公室设在商务部,承担日常工作。

10月20日,“中国知识产权指数课题组”在京发布《中国知识产权指数报告》年度报告。报告显示:北京、上海、广东、江苏、浙江、天津、山东、辽宁、重庆、福建依次位居2009年中国知识产权指数综合排名的前十位。

10月22日至23日,国务院总理温家宝在武汉企业调研期间,强调指出,决定竞争力的,最终是创造、知识产权和品牌,是企业质量和效益。

10月25日,2010年《国家竞争力蓝皮书》在北京发布。蓝皮书指出,中国国家竞争力排名稳步上升,特别是最近20年实现跨越式提升,由1990年的全球第73位上升至2008年的第17位。

10月26日,中国作家协会与北京市高级人民法院合作签约暨中国作协著作权纠纷调解委员会成立仪式今天在京举行,双方的合作进一步落实了“调解优先、调判结合”的原则,是我国知识产权审判工作建立诉讼与非诉讼相衔接的纠纷解决机制的新实践。

10月26日,《国务院办公厅关于成立全国打击侵犯知识产权和制售假冒伪劣商品专项行动领导小组的通知》印发,决定成立全国打击侵犯知识产权和制售假冒伪劣商品专项行动领导小组,领导全国打击侵

犯知识产权和制售假冒伪劣商品专项行动,推动建立长效机制;督促检查各地区、各部门专项行动落实情况;督办侵犯知识产权和制售假冒伪劣商品重大案件。领导小组办公室设在商务部,承担日常工作。

10月27日,《国务院办公厅关于印发打击侵犯知识产权和制售假冒伪劣商品专项行动方案的通知》印发,对2010年10月至2011年3月全国集中开展打击侵犯知识产权和制售假冒伪劣商品专项行动作出具体部署。

10月28日,表决通过的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》规定,知识产权的归属和内容,适用被请求保护地法律。法律规定,当事人可以协议选择知识产权转让和许可使用适用的法律;当事人没有选择的,适用本法对合同的有关规定。法律同时规定,知识产权的侵权责任,适用被请求保护地法律,当事人也可以在侵权行为发生后协议选择适用法院地法律。

11月4日,国家知识产权局印发《关于加强知识产权维权援助中心举报投诉维权服务工作的通知》,要求各维权援助中心将积极接收各类涉及知识产权的举报投诉,健全知识产权举报投诉工作体系。各中心要规范工作流程,强化工作责任制,健全部门协作、档案管理、信息报送、信息保密等工作机制和制度,要建立举报投诉表彰奖励制度。

11月5日,国务院召开全国知识产权保护与执法工作电视电话会议,温家宝总理强调以打击侵权假冒专项行动为重点,全面推进知识产权保护工作,加强互联网和进出口环节的知识产权保护工作。

11月5日,国家知识产权局制定、下发《知识产权局系统执法专项行动方案》,明确了工作目标,部署了七项工作任务,明确了三项工作要求,国家知识产权局将适时开展专项行动督导检查,建立专项行动信息周报告制度,总结推广经验,将专项行动中的有益探索转化为长效机制。

11月11日,国家知识产权局在北京发布《全国专利事业发展战略(2011—2020年)》,以《纲要》提出的专利工作战略目标为主线,从9个方面,对专利创造、运用、审批和专利人才队伍等工作,明确提出了近期发展目标,提出了到2015年要达到的发展指标,提出了12个方面的战略重点和保障措施。

11月12日,广电总局发出《广电总局关于印发〈广播影视知识产权战略实施意见〉的通知》,印发了《广播影视知识产权战略实施意见》。

11月15日,国家知识产权局颁布了新的《关于台湾同胞专利申请的若干规定》,对台胞专利申请、审查程序,特别是台湾地区优先权的请求和审查程序

作出了具体规定。该规章将于2010年11月22日起施行,从该日起国家知识产权局将正式受理台胞提出的要求享有台湾地区优先权的专利申请。

11月22日,国家知识产权局和国家工商行政管理总局发布的《关于台湾同胞专利申请的若干规定》和《台湾地区商标注册申请人要求优先权有关事项的规定》施行,确认了台湾专利商标申请在大陆享有优先权。台湾也同时出台相应的规定,同样于2010年11月22日起施行。

11月22日,农业部、国家林业局联合制定、发布、施行《关于台湾地区申请人在大陆申请植物新品种权的暂行规定》。

11月25日,国家版权局公布2010年10月19日通过、自2011年1月1日起施行的《著作权质权登记办法》,委托中国版权保护中心办理著作权质权登记工作。

12月1日,科技部发布《关于贯彻落实全国知识产权保护与执法工作会议精神 进一步加强科技创新知识产权工作的通知》。

12月9日,继上海之后全国第二家、西部第一家知识产权仲裁院在重庆挂牌成立。今后该仲裁院将以独立身份亮相,专门解决知识产权纠纷争议。

12月29日,广东省珠海市人民检察院高新区知识产权检察室正式挂牌成立。据悉,该检察室是全国首家由市检察院派出、独立设置的知识产权检察室。

12月30日,财政部发布《关于完善中央国有资本经营预算有关事项的通知》,从2011年起,将教育部、中国国际贸易促进委员会所属企业,国家广播电视总局直属中国电影集团公司,文化部直属中国东方演艺集团公司、中国文化传媒集团公司、中国动漫集团公司,以及中国出版集团公司和中国对外文化集团公司纳入中央国有资本经营预算实施范围,首次将经营性资产和公益性资产完全分开,以实现国有经营性文化资产的保值增值和产业化运营。

2010年,全球提交专利合作条约(PCT)的国际专利申请量从2009年的155,398件升至162,900件,升幅为4.8%。提交PCT国际申请数量最多的仍是美国为44,855件,同比下降1.7%,在总量中占27.5%,其后分别为日本(32,156件,增长7.9%)、德国(17,171件,增长2.2%)、中国(12,337件,增长56.2%)、韩国(9,686件,增长20.5%)、法国(7,193件,下降0.6%)、英国(4,857件,下降3.7%)、荷兰(4,097件,下降8.2%)、瑞士(3,611件,下降1.6%)、瑞典(3,152件,下降11.6%)。中国的申请量增长幅度排名第一,总量排名前进一位,超越韩国排名居世界第四

位。

2010年,企业PCT专利申请量排名,松下公司(日本,2154件)位列排行榜首位,紧随其后的是中国中兴通讯股份有限公司(1863件)和高通公司(美国,1677件),中国华为技术有限公司(1528件)位居第四,荷兰皇家飞利浦电子公司(荷兰,1435件)、罗伯特—博世股份有限公司(德国,1301件)以及LG电子公司(韩国,1298件)、夏普公司(日本,1,286件)、爱立信公司(瑞典,1,149件)、日本电气公司(1,106件)分列其后。在PCT申请全球百强排行榜中,日本有31家,美国有25家,德国有14家,中国只有3家。全球前五百强中,中国有中兴、华为、华为终端、阿尔卡特上海贝尔、大唐、比亚迪、腾讯、深圳华为通信、成都华为赛门铁克、中国移动、西电捷通、联发科技等12家企业,比2009年增加4家。

2010年,欧洲专利局收到专利申请232,000件,比2009年(211,000件)增长10%以上。这些申请39%来自欧洲专利组织的38个成员国,26%来自美国,18%来自日本,来自韩国和中国的申请各占5%。2010年,欧洲专利局授予58,100项专利,比2009年(52,400项)增长11%。

2010年,美国专利商标局共授权专利权219,614件,比2009年增长了31%,IBM连续18年成为全球获得美国专利最多的公司,获得5,896件,比2009年增加了20%;三星电子排名第二,专利数为4,551件;微软第三,专利数为3,094件;排名4到10位的是,佳能2,552件,松下2,482件,东芝2,246件,索尼2,150件,英特尔1,653件, LG 1,490件,惠普1,480件。

2010年,国家知识产权局作为《专利合作条约》(PCT)国际申请受理局,共受理PCT国际专利申请12,917件,比上年增长61.5%,受理量仅落后于美国专利商标局、日本专利局和欧洲专利局,排名世界第四;其中,12,016件来自国内,占93.0%,同比增长57.1%;901件来自国外,占7.0%,同比增长156.7%。

2010年,美国的国民专利申请量居世界首位,为44800件;紧随其后的是日本、德国、中国和韩国。全球排名前三位的国民人均发明创造强国为芬兰、日本和瑞典,其国民人均产生发明创造分别为0.21件、0.22件和0.22件。以色列在全球排名第四位。紧随以色列之后的国家为韩国、美国、英国、澳大利亚、法国和加拿大。

2010年,国家知识产权局共受理发明、实用新型和外观设计申请122.2286万件,同比增长

25.1%。其中,国内申请110.9428万件,占总量的90.8%;国外申请11.2858万件,占总量的9.2%;发明专利申请39.1177万件,同比增长24.1%,占申请总量的32.0%,居世界第二位,其中,国内发明专利申请(含港澳台)为29.3066万件,同比增长27.9%,占总量的74.9%,国外申请为9.8111万件,同比增长15.3%,占总量的25.1%;实用新型申请40.9836万件,占申请总量的33.5%,其中,国内实用新型申请40.7238万件,占总量的99.4%,国外申请为0.2598万件,占总量的0.6%;外观设计申请42.1273万件,占申请总量的34.5%,其中,国内外外观设计申请40.9124万件,占总量的97.1%,国外申请为1.2149万件,占总量的2.9%。

2010年我国受理的国内发明专利申请中,职务申请22.3754万件,占总量的76.3%;非职务申请6.9312万件,占总量的23.7%。国内职务发明专利申请中,企业申请15.5万件,占69.2%;高校申请4.8万件,占21.4%;科研单位申请1.8万件,占8.0%;机关团体申请0.3万件,占1.4%。

“十一五”期间,我国知识产权局共受理三种专利申请429.4万件,与“十一五”末相比,年均增长20.7%。其中,发明专利申请145.1万件,年均增长17.7%,是“十五”期间的2.6倍。实用新型和外观设计专利申请分别是128.9万件和155.4万件,是“十五”期间的2.4倍和3.1倍,继续保持世界第一。受理国际专利申请3.65万件,年均增长39.6%,是“十五”的4.3倍,从世界第十位上升至第四位。

2010年,国家知识产权局授权发明、实用新型和外观设计共计81.4825万件,同比增长40.0%。其中,国内授权74.0626万件,占总量的90.9%;国外授权7.4199万件,占总量的9.1%。

2010年,我国授权发明专利13.5110万件,占授权总量的16.6%,同比增长5.5%,其中,国内发明专利授权为7.9767万件,占总量的59.0%;国外授权为5.5343万件,占总量的41.0%。授权实用新型34.4472万件,占授权总量的42.3%,其中国内实用新型34.2258万件,占总量的99.4%,国外实用新型0.2214万件,占总量的0.6%;授权外观设计33.5243万件,占授权总量的41.1%,其中国内外外观设计31.8601万件,占总量的95.0%,国外外观设计1,6642万件,占总量的5.0%。

至2010年12月底,我国有效的发明专利和实用新型、外观设计累计221.6082万件,其中,国内为182.5403万件,占总量82.4%,国外39.0679万件,占总量17.6%。我国有效的发明专利累计56.4760万件,其中,国内为25.7893万件,占总量45.7%,

国外 30.6867 万件, 占总量 54.3%。我国有效的实用新型累计 85.7968 万件, 其中, 国内为 84.9454 万件, 占总量 99.0%, 国外 0.8514 万件, 占总量 1.0%。我国有效的外观设计累计 79.3354 万件, 其中, 国内为 71.8056 万件, 占总量 90.5%, 国外 7.5298 万件, 占总量 9.5%。

2010 年, 台湾在大陆申请专利达 22, 419 件, 比 2009 年增加 6.19%; 大陆在台湾申请专利为 755 件, 比 2009 年增加 8.79%。

截至 2010 年 12 月 31 日, 大陆方面受理台方相关优先权请求共 73 件, 包括发明专利 64 件, 实用新型 8 件, 商标 1 件; 台湾方面受理大陆相关优先权请求共 24 件, 包括发明专利 22 件, 实用新型 1 件, 商标 1 件。

2010 年, 我国向美国专利商标局、欧洲专利局、日本特许厅和韩国知识产权局提交的发明专利申请分别为 6, 552 件、2, 049 件、1, 001 件和 496 件, 比上年分别增长 7.1%、27.7%、12.3% 和 16.4%。

2010 年, 我国发明专利申请审查能力跃居世界第三, 审查周期有效控制在 24 个月左右, 与美国专利商标局相当, 显著优于日本和欧洲专利局; 实用新型和外观设计专利申请的审查周期从“十五”末期的 11 个月和 8 个月大幅缩短至 4.3 个月和 3.0 个月; 复审请求审理和无效请求审理的平均结案周期分别缩短到 8.4 个月和 7.6 个月。

2010 年, 专利复审委共审结案件 1.0492 万个自然件, 折合标准件为 1.0551 万件。其中, 复审案件 8546 个自然件, 无效案件 1946 个自然件。我国专利复审及无效案件的年度结案量首次突破万件大关, 超额完成任务达 19%, 比 2009 年实际结案量增长 18.5%。

2010 年, 专利复审委共受理复审案件 1.2369 万件、无效案件 2411 件, 与去年同期相比, 复审案件增长 33.48%, 无效案件受理量比去年增长 6.8%, 受理量同期较去年增长了 28.2%, 总计达 1.4780 万件。

2010 年, 专利复审委的审查周期逐步缩短, 其中, 复审案件的平均结案周期逐月下降, 已经成功控制在 14 个月以内; 无效案件的结案周期也成功控制在 7 个月以内。

2010 年, 马德里体系商标国际注册申请量停止下滑, 有所回升, 从 2009 年的 35, 925 件升至 39, 687 件, 较上年增长 12.8%。国际注册申请增长最快的国家为韩国, 较上年大增 42.2%; 中国以 42% 的增幅位居第二; 意大利位居第三, 增长率为 38.7%, 美国增长率为 29.6%, 欧盟增长率 26.9%, 日本增

长率为 20.2%。2010 年欧盟国家共提交商标国际注册申请 22403 件, 占当年全球申请总量一半以上。其中, 仅德国就提交了 5006 件申请, 占总数的 12.6%, 在所有国家中稳居榜首。欧盟内部市场协调局、美国、法国和瑞士紧随其后, 分列第二至第五位。中国申请总数为 1928 件, 占全球总数的 4.9%, 排名第七位。

2010 年, 马德里体系成员国共收到 299, 476 件商标国际申请注册指定通知, 较 2009 年的 303, 344 件有所下降。获得指定最多的前六位国家有所变化, 分别是中国 (16, 143, 增加 9.3%, 保持第一)、欧盟 (14, 604, 增加 16.2%, 由第五升至第二)、美国 (14, 252, 增加 6.3%, 保持第三)、俄罗斯 (14, 250 增加 0.7%, 由第二降至第四)、瑞士 (12, 469 下降 5.3%, 由第四降至第五) 和日本 (11, 124, 增加 7.1%, 保持第六)。

2010 年, 我国商标注册申请量达 107.2 万件, 连续 9 年位居世界第一。其中, 国内 (包括港、澳、台地区) 申请 973, 460 件, 注册 1, 211, 428 件, 累计有效注册 3, 927, 116 件。

截至 2010 年底, 我国商标注册累计申请 829.5 万件, 累计注册商标 562.8 万件, 有效注册商标 460.4 万件, 均为世界第一。

我国受理马德里商标国际注册领土延伸申请累计已达 15.4 万件, 连续 6 年位居世界第一; 国内申请人通过国家工商行政管理总局商标局提出的马德里商标国际注册申请累计已达 1.1415 万件, 在发展中国家排名第一。

2010 年, 国家工商行政管理总局商标局共审查商标 148.1 万件, 年商标审查量世界第一。截至 2010 年底, 我国商标审查周期已缩短到 1 年之内。

2010 年, 台湾在大陆的商标注册申请共计 10, 767 件, 比 2009 年增长 0.85%; 大陆在台湾的商标注册申请为 1603 件, 比 2009 年大幅增加 35.16%。

截至 2010 年 12 月 31 日, 我国累计注册和初步审定 1040 件地理标志 (其中外国地理标志 36 件) 商标, 其中累计注册 903 件地理标志 (其中外国地理标志 36 件) 商标, 初步审定 137 件。国家质检总局已对 1170 个地理标志产品实施了专门保护。其中国内产品 1168 件, 国外产品 2 件, 涉及白酒、葡萄酒、黄酒、茶叶、水果、中药材、肉制品等多类产品。

截至 2010 年底, 我国农业部已累计受理植物新品种权申请达 7761 件, 其中国内申请 7268 件; 国内种业企业提交的农业植物新品种权申请量大幅上升, 占国内总申请量的 32%。已累计授权农业植物新品种权 3473 件, 国内授权 3409 件。

截至2010年底,我国共受理与育种有关的专利申请5015件,其中国内申请3588件专利申请,由企业提交的申请达347件,占国内申请量的9.7%。

2010年,中国图书出版品种和总印数、日报总发行量已居世界第一位,电子出版物总量已居世界第二位,印刷业年产值已居世界第三位。中国报刊发行已覆盖80多个国家和地区,图书和期刊等出版物已进入193个国家和地区,版权贸易引进输出比从2005年的7.2:1变为2010年的3:1。中国新闻出版业大发展的时期。与“十五”时期末相比,全行业总资产、总产出、总销售都翻了一番,印刷业翻了两番。2010年总产出达到13000亿元,增加值占到国内文化产业核心层增加值的60%多。“十一五”时期全国累计生产图书136万种、338亿册,是“十五”时期的两倍。

2010年,我国软件著作权登记量81966件,从2006年到2010年平均年增速达37%,5年累计达24万余件。北京、深圳、上海、杭州、广州五城市位列全国软件登记量前五位;北京、广东、上海、浙江、江苏五省市位居地区登记量排名前五位。2010年软件著作权登记中,游戏软件增长较明显,登记量达2643件,同比增长37.51%。

2010年,全国各级法院受理知识产权一审案件49513件,其中知识产权民事案件42931件,同比上升61.67%,行政案件2590件,同比上升25.00%,刑事案件3992件;审结知识产权案件48051件,同比上升32.96%,其中知识产权民事案件41,718件,同比上升36.74%,行政案件2391件,同比上升21.31%,刑事案件3942件,同比上升7.70%;全国各级检察机关起诉侵犯知识产权、制售伪劣商品等犯罪嫌疑人5642人,同比增加14.1%。

2010年,最高人民法院共各类在审和审结知识产权案件363件和317件,结案率为87.33%,指令再审(提审)率达20.2%。

截至2010年12月底,全国共有76个具有专利案件管辖权的中级法院、44个具有植物新品种案件管辖权的中级法院、46个具有集成电路布图设计案件管辖权的中级法院、41个具有驰名商标案件管辖权的中级法院和102个具有部分知识产权案件管辖权的基层法院;全国已有5个高级法院、44个中级法院和28个基层法院开展了知识产权审判庭集中审理知识产权民事、行政和刑事案件试点。

2010年,全国知识产权系统共受理专利纠纷案件1013件,同比增长5.19%;查处假冒专利案件605件,同比增长4.67%;共出动2.0646万人次,同比增长55.94%;检查商业场所1.0642万次,同

比增长76.98%;检查商品213.4668万件,同比增长61.41%;公安部门移交案件3件,接受其他部门移交案件17件;跨部门执法协作545次,跨地区执法协作972次,同比分别增长2.25%和376.47%。

至2010年底,全国共有国家级知识产权工作示范城市45个、示范创建市28个、试点城市31个,工作示范园区1个、示范创建园区12个、试点园区27个,试点单位1065家、示范创建单位216家、示范单位58家;省市级知识产权示范企业超千家,试点企业超万家。

2010年,中国各级工商机关查处各类商标违法案件5.6万件,比2009年增长了9.78%。其中涉外案件1.11万件,同比增长10%。“十一五”期间全国工商系统共查处了26.5万件各类商标违法案件。

2006—2010年,全国版权行政执法部门共执法检查经营单位243万家,取缔违法经营单位6.6万家,查获地下窝点2780个,办结行政处罚案件3.6万起,移送司法机关案件1115件,收缴各类侵权盗版制品2.8亿件。其中,在连续5年开展的打击网络侵权盗版专项行动中,共查办网络侵权盗版案件2621件,关闭1198个专门从事侵权盗版的非法网站,行政罚款481.2万元,没收服务器、计算机硬件设备719台,移送司法机关重大案件91起,专项治理成绩突出。

2010年全国海关共截获进出口侵犯知识产权货物20,155批,扣留侵权货物1.08亿件,案值人民币2.49亿元,共核准知识产权权利人提出的知识产权备案申请3,020件。

二、主要学术交流活动

1月12—15日,国家工商行政管理总局商标局与欧洲内部市场协调局(OHIM)在北京共同举办了分享质量管理和档案管理最佳实践交流活动。中欧双方专家分别介绍了两局在商标审查质量管理、档案管理方面的实践做法和经验,进行了热烈的互动讨论,欧方还向中方详细介绍了其质量管理体系中独有的画图程序。

3月25—26日,国家工商总局与欧洲内部市场协调局在北京共同举办了“中欧商标分类实务研讨会”。来自欧洲内部市场协调局的专家、工商总局商标局申请受理处、审查部门和异议部门的代表约30人参加了研讨会,中欧双方的专家各自介绍了在商标申请过程中商品和服务分类方面的实践和经验,以及如何判定商品和服务是否类似,并对共同感兴趣的问题进行了热烈的讨论。

3月29日,由世界知识产权组织(WIPO)、国家知识产权局主办,成都市政府承办的世界知识产权

组织落实发展议程地区研讨会在成都市开幕,来自亚太地区 15 个发展中国家和农业部、国家工商总局、国家版权局、国家林业局等部委的专家围绕世界知识产权组织发展议程实施过程中在国际和国家层面所面临的机遇与挑战,知识产权与发展政策、知识产权与国际技术转让,知识产权与竞争政策等议题进行了研讨。

4 月 13 日,由国家知识产权局主办的中国—东盟知识产权合作会议在京隆重开幕,来自东盟 10 个成员国知识产权主管部门的 40 余位高级代表参加了会议,与会人员与中国国家知识产权局代表就各自的知识产权制度建设以及如何加强中国与东盟在知识产权领域的合作等共同关心的问题进行了深入的交流和讨论。

由国家知识产权局和重庆市人民政府主办,国家知识产权局知识产权发展研究中心、重庆市科学技术委员会和重庆市知识产权局承办的知识产权战略与企业竞争力国际论坛在重庆举行,是第九届中国重庆高新技术交易会暨第五届中国国际军民两用技术博览会的重要内容之一,以专题演讲与模拟谈判相结合的方式,展示和交流了知识产权与转变经济增长方式以及如何提高大学技术研发及其商业化等内容。

4 月 14 日,由国家知识产权局和欧洲专利局共同主办、上海市知识产权局承办的“欧洲专利制度巡回研讨会”在沪召开。来自欧洲专利局的多位专家针对欧洲专利申请程序、欧洲专利局专利审查过程、欧洲专利申诉和异议程序以及如何在欧洲有效实施专利等内容作了专题发言。

4 月 20 日,2010 年中国知识产权高层论坛在京开幕。国务院有关部委、驻华使馆、地方知识产权局、外商机构、国内外知名企业及中介机构的代表,知名学者等 350 余人出席论坛。本届论坛由国家知识产权局、国家工商总局、国家版权局联合主办,中国贸促会协办。主题是“建立平衡有效的知识产权制度”。

4 月 28 日,中国商务部、中国国家版权局与美国专利商标局、美国版权局日前就互联网间接/共同侵权责任问题在京召开圆桌会议。中美两国政府部门负责人、司法界代表、版权专家、学者、权利人组织和互联网企业代表,就中美法律中关于间接/共同侵权责任的标准、法律标准针对中美商业模式的适用,以及间接/共同侵权责任的美国实践等 3 个议题进行了讨论。

5 月 15 日,文博会版权贸易发展高峰论坛在深圳举行。论坛由新闻出版总署、国家版权局主办,深圳市市场监督管理局承办。除主论坛外,还就 3G 时

代及 4C 融合下的版权贸易热点难点问题、如何搭建版权贸易平台促进版权贸易发展两大问题进行了专题研讨。来自中国电影著作权协会、文字著作权协会等著作权集体管理组织代表、版权界专家学者、相关企业代表参加论坛并发言。

6 月 10 日,第六届中韩版权研讨会在首尔举办,由中国版权保护中心和韩国著作权委员会主办,北京东方雍和国际版权交易中心承办。本届的主题是“数字化信息时代,中韩版权产业实质性合作的模式探索”。中韩两国政府机构、行业协会、学术机构以及音乐、电影、电视、动漫、网络游戏等领域的专家、学者及企业高管近百人出席了会议。

6 月 29 日,由国家知识产权局主办,福建省知识产权局承办,福建省知识产权协会、台湾工业总会协办。主题为“合作·互利·双赢”。第三届“海峡两岸知识产权论坛”在福州举行,来自海峡两岸的知识产权专家、企业家,围绕知识产权实施转化、企业知识产权管理、知识产权合作交流、提高运用知识产权制度能力等方面内容作了精彩演讲。会上还举行了闽台知识产权服务中心授牌仪式。

7 月 7 日,国际知识产权环境论坛在京隆重开讲。由国家知识产权局主办,中国知识产权研究会承办,霍金·路伟律师事务所协办。在论坛上,来自国内外的资深专家,围绕美国、欧洲、日本、东盟的知识产权环境,美国国际贸易委员会“337 调查”有关实务,以及对外贸易中的知识产权风险评估和国内企业如何应对等方面内容做了精彩演讲。

7 月,由中国国家知识产权局、日本特许厅、韩国特许厅共同主办的 2010 年中日韩外观设计研讨会在京举行。来自中日韩三局外观设计领域 50 余位专家和代表围绕外观设计专利审查管理、授权实质条件的审查标准、优先权相同主题的认定等主题展开了深入研讨。

8 月 2—7 日,全国知识产权专家高级研讨班在烟台举行。研讨班的举办对知识产权战略的实施和发挥知识产权在经济社会发展中的积极作用具有重要意义,来自全国各地的专家参加了研讨班。

8 月 25—26 日,由中国国家知识产权局和新加坡知识产权局共同主办的“第四届中国—新加坡知识产权研讨会——发挥知识产权的潜在契机:新加坡面面观”在沪举行。来自新加坡的专家分别就新加坡知识产权体制最新发展、外国企业如何在新加坡寻求知识产权保护、知识产权运用与商业化管理、知识产权替代性纠纷解决方式、网络与数字环境下的知识产权、如何将创意转化为有价值知识产权等主题作了主题发言。

9月13日,由中国国家知识产权局和美国专利商标局共同举办、美国商会承办的中美专利法行业圆桌会议在北京举行。会上,中美双方就中国新修改的专利法及其实施细则、外观设计专利和实用新型专利申请程序、发明专利申请程序、美国专利执法体系的议题进行了探讨。

9月20—21日,中国—欧盟知识产权保护项目(二期)同中国国家工商行政管理总局(SAIC)合作在北京组织了一场关于商标注册新问题暨商标恶意注册问题的研讨会。来自中国国家工商总局商标局(CTMO)和商标复审委(TRAB)的官员以及产业界代表参与了此次研讨会。

10月14日,中国著作权法律百年国际论坛在京举行,来自10多个国家和地区的400余名代表在中国第一部著作权法——1910年《大清著作权律》颁布一百周年之际齐聚一堂,共同总结著作权制度的历史经验,探讨中国著作权法的发展问题。论坛由中国法学会、中国版权协会和中国人民大学主办。

10月19日,逾400名来自28个国家和地区的执法官员、知识产权调查及检控人员会聚香港,参加此间举行的第四届国际知识产权执法会议,讨论在全球化背景下如何加强跨境合作以更有力度打击知识产权领域的有组织犯罪。会议由国际刑警组织和香港海关联合主办。

10月26日、28日,中国商务部和美国国际贸易委员会分别在北京、广州共同举办337调查研讨会。中央及国务院有关部门,部分省、自治区、直辖市、计划单列市商务主管部门,有关行业协会、商会、研究机构、律师事务所、大型企业和应诉企业的代表及国内著名知识产权学者参加了研讨会。会上,中方代表向美方表达了我国业界对337调查机制的认识和意见,交流了参加337调查程序的经验。

10月27日,由工业和信息化部电子知识产权中心与西门子(中国)有限公司联合举办的“2010知识产权与技术标准论坛”在京举行。工业和信息化部、国家知识产权局、国家标准化管理委员会等相关部门领导及西门子(中国)公司东北亚区首席执行官出席了开幕式。论坛重点研究了政府在解决知识产权与技术标准问题中的作用,以及专利池构建中的热点问题。来自商务部、中国标准化研究院、AVS标准工作组、西门子等机构和企业的100多位国内外专家参与了讨论。

10月28日,为期三天的第三次海峡两岸版权(著作权)保护研讨会在京召开,来自海峡两岸百余位学者、专家就两岸未来版权发展展开深入研讨,以期推动落实《海峡两岸知识产权保护合作协议》,加

强出版交流和版权产业发展,促进两岸经济、科技与文化的发展。

世界知识产权组织(WIPO)发布“国际保藏机构2001年至2009年专利微生物保藏与发放”信息。统计显示,在2008年和2009年,中国专利微生物年保藏量分别是887株和1120株,连续两年保持世界第一位。

11月2日,第八届“武汉·中国光谷”知识产权保护国际论坛在武汉举行。东湖高新区是继北京中关村之后第二个国家自主创新示范区,来自美国、德国等国家的专家和学者,围绕“知识产权与自主创新”这一主题深入探讨企业如何通过保护知识产权来促进自主创新发展,在自主创新过程中如何进行知识产权保护等问题。自2001年以来,国家知识产权局和武汉市人民政府在武汉东湖国家高新区已经成功举办了七届“武汉·中国光谷”知识产权保护国际论坛。

11月3日,在上海WTO事务咨询中心成立十周年之际,由国家商务部主办、上海WTO事务咨询中心承办的世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS协议)15周年国际研讨会在上海召开。为期三天的会议中,来自世界贸易组织、世界知识产权组织、联合国贸发会议的官员以及国内外知名专家学者、企业代表将围绕《与贸易有关的知识产权协议》的影响、适用、发展及完善等问题进行深入探讨。

11月,由澳门经济局主办的内地与香港、澳门知识产权研讨会在澳门召开,三地知识产权机构、企业界代表及业内人士二百余人参加会议。会议主题涵盖三地知识产权最新发展、环保产业的知识产权问题以及如何更好地利用知识产权促进创新等。自2000年起,“三地知识产权研讨会”轮流在内地、香港与澳门举办。

11月9日,中蒙两国第五次联合举办的知识产权研讨会在青岛举行,主题是外观设计,会议主要介绍了中蒙两国的外观设计制度及相关的诉讼保护等情况,重在全方位交流两国的外观设计基本制度、审查实践、执法体系等方面,并特别对企业如何利用外观设计制度促进创新进行探索。山东省政法、企业、学术、知识产权代理机构等各界代表100余位嘉宾参加会议。

11月10日,非洲知识产权组织成员国知识产权局局长研讨会在京举行。研讨会由中国国家知识产权局、世界知识产权组织和非洲知识产权组织共同主办,来自中国国家知识产权局、世界知识产权组织、非洲知识产权组织、中国国家工商行政管理总局商标

局、中国科学院、清华大学以及企业和专利代理机构的代表齐聚一堂,围绕“知识产权作为促进国家发展的政策工具”、“非洲知识产权组织的知识产权制度以及国际合作政策”、“知识产权制度的发展:中国的实践和经验”、“专利在促进研究和开发中所扮演的角色”等主题展开了深入的交流与讨论。

11月12日,首次由中国知识产权培训中心、同济大学和拜耳公司共同主办的第五届拜耳—同济知识产权论坛在中国知识产权培训中心举行。

11月12日,由国家知识产权局主办、江苏省知识产权局承办、泰州市知识产权局协办的集成电路布图设计保护制度研讨会在江苏泰州举行。国家知识产权局相关部门负责人和审查员、江苏省及部分地方知识产权局相关负责人、工业和信息化部软件与集成电路促进中心负责人、各级法院代表、专家学者、集成电路行业协会代表、集成电路产业企业代表和代理机构代表等150余人参加研讨会。

11月22日,第三届知识产权与城市发展市长论坛在成都隆重开讲。论坛由国家知识产权局主办、成都市人民政府承办,四川省知识产权局协办。世界知识产权组织、国家知识产权局、国家工商总局、国家版权局等多名官员出席并发表精彩演讲。来自全国65个国家知识产权工作示范城市和示范创建城市的市领导参加了论坛。围绕着“大力实施知识产权战略,促进城市经济结构调整”的主题,12名市长、国内知识产权领域的资深专家、知名企业家担纲演讲嘉宾,他们分别就知识产权与创新型城市建设、知识产权与经济发展方式转变等议题,进行了研讨。

11月25日,由国家知识产权局主办、中华全国专利代理人协会承办的2010年高端学术研讨会在北京举行,来自国家知识产权局及有关地方知识产权局、中华全国专利代理人协会及相关代理机构的有关领导、专家、学者、专利代理人围绕新修改的专利法中有关条款的立法宗旨、代理实践以及与国际法规的比较等相关问题,进行了研讨和交流。

11月26日,以“知识产权与创新城市”为主题的第七届上海知识产权国际论坛在上海举行。

12月3日,由日本特许厅举办,中国、韩国、新加坡、印度尼西亚、马来西亚等国知识产权主管部门的高层领导率团出席的亚洲知识产权保护与合作论坛在日本奈良举办,分别就各自国内实施的知识产权保护措施和与亚洲其他国家的知识产权合作情况作了发言,包括日本产业界、学术界、知识产权界约150人参加了论坛。

12月10日,由国家知识产权局主办、知识产权出版社承办的知识产权与转变经济发展方式论坛在京

举行,围绕专利制度对创新的作用、知识产权对版权产业发展的促进作用、植物新品种保护制度对种业技术创新影响、知识产权信息服务在经济发展方式转变中的作用、地方知识产权工作新思路、企业知识产权工作成功经验等进行了研讨。中央有关部门、地方知识产权管理部门、高等院校、科研单位、企业、社会服务组织等各界领导、专家、学者以及征文的作者130多人参加论坛。

12月,中华全国专利代理人协会与台湾工业总会共同举办的第三届“两岸专利论坛”在台北市召开,双方就两岸知识产权最新发展、专利制度发展动态、专利实质审查管理情况、代理人(专利师)制度、企业专利经验等主题进行了深入的交流和探讨。来自海峡两岸的专利代理人、法律界、学术界和企业代表共计300余人参加了论坛。

12月21日,由国家工商总局主办,总局商标局、安徽省工商局、芜湖市人民政府承办的国家商标战略实施示范企业经验交流暨商标运用保护会议在芜湖召开。

【“避风港”规则的适用】 中国《侵权责任法》2009年12月26日通过、公布,自2010年7月1日起施行。该法第36条第2款及第3款,对所谓的“避风港”规则作出规范,再次引发学者对于这一规则的讨论。

有学者指出,“避风港”原则是针对网络服务商侵权免责所适用的一个原则,是指在发生网站内容侵权时,当网络服务提供商只提供空间服务,并不制作网页内容,如果侵权内容既不在网站的服务器上存储,又没有被告知哪些内容应该删除,则服务提供商不承担侵权赔偿责任;如果服务提供商被告知侵权,则有删除侵权内容的义务,否则应该承担共同侵权责任。

避风港条款最早来自美国1998年制定的《数字千年版权法案》(DMCA法案),最早适用于版权领域,后来被应用在搜索引擎、网络存储、在线图书馆等方面。避风港原则包括两部分,“通知+移除”(notice-take down procedure)。2000年6月欧盟通过的《电子商务指令》(第2000/31/EC号指令),将“避风港”原则扩大适用于商标权、隐私权等领域。

中国对于“避风港”原则的规范,主要是2006年7月1日实施的《信息网络传播权保护条例》第14条、第20条—第23条,分别针对提供网络自动接入或传输服务提供者、提供网络自动存储服务提供者、提供信息存储空间出租服务提供者、搜索引擎服务提供者等ISP在什么条件下可以免责,能够享受避风港待遇作出了规定;《侵权责任法》第36条第2款

及第3款;《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》(2000年11月22日通过,2003年12月23日、2006年11月20日修正)第3条、第4条、第8条,明确规定网络服务商适用共同侵权责任,构成侵权的主观条件是故意或明知,设置“通知与删除”程序;北京市高级人民法院《关于审理涉及网络环境下著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释(一)(试行)》(2010年5月19日发布、实施)第1条、第14条—第30条。

有学者指出,对于“避风港”原则的争议,主要集中在以下几个问题上:一是对明知或应知的认定标准,二是免费传播是否构成侵权,三是设置榜单提供试听下载是否侵权,四是视频网站的影视侵权是否适用。对于“避风港”原则的适用条件,主要涉及以下几个方面,一是主体要件,仅适用于“网络服务提供者”,不包括“网络内容提供者”,“网络服务提供者”主要有两类:一类是网络接入服务者(Internet Access Provider 简称 IAP),一类是网络平台服务提供者(Internet Platform provider 简称 IPP);二是主观要件,网络服务提供者不知道或者没有理由知道网络用户所提供的内容是侵权的;三是行为要件,在收到权利人的通知后,网络服务提供者及时采取了删除、屏蔽、断开链接等必要措施;符合上述要件,才能适用“避风港”原则免责。

有学者指出,《信息网络传播权保护条例》与《侵权责任法》规定的避风港规范存在一定的区别,主要表现在:一是《侵权责任法》适用的主体范围更宽,所有的网络服务提供者均可以适用,而《信息网络传播权保护条例》只适用提供网络自动接入、自动传输、系统缓存、搜索、链接及信息存储空间等网络服务者;二是《侵权责任法》对于避风港条款主观要件的要求更为宽松,《信息网络传播权保护条例》规定的是“明知”或“应知”,而《侵权责任法》规定的是“知道”,不包括“应知”,即使“应知”而“不知”仍可适用“避风港”原则免责;三是《侵权责任法》对网络服务提供者的法律责任作了适当的限制,规定网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的,仅对损害的扩大部分承担连带责任,不承担全部侵权责任,而《信息网络传播权保护条例》规定网络服务提供者应当与侵权人承担共同侵权的责任,通常理解是对权利人的全部损失承担连带责任;《侵权责任法》规定网络服务提供者知道侵权行为的存在,只有在不采取必要措施的情况下,才承担侵权连带责任,而《信息网络传播权保护条例》规定,只要网络服务提供者知道侵权行为的存在,就要承担侵权责任,不论是否采取了必要措施。根据“上位法优于下

位法”、“新法优于旧法”等原则,在适用避风港条款时,《信息网络传播权保护条例》与《侵权责任法》发生冲突,应当优先适用《侵权责任法》的规定,而不能适用“特别法优于一般法”原则。

也有学者认为,《信息网络传播权保护条例》与《侵权责任法》规定的避风港规范存在的主要差别在于所适用的客体范围不同,《信息网络传播权保护条例》规定的避风港规范所适用的侵权行为仅仅限于侵害“信息网络传播权”,而《侵权责任法》规定的避风港规范可以适用网络用户、网络服务提供者利用网络侵害他人的所有民事权益,当然也包括各类知识产权侵权行为。从民事侵权的角度,侵害“信息网络传播权”属于侵害著作权的一种类型,属于侵害知识产权范围,属于民事侵权的一个具体特例,从这一角度出发,可以将《信息网络传播权保护条例》视为《侵权责任法》所涵盖的特别法。因此,在适用避风港条款时,《信息网络传播权保护条例》与《侵权责任法》发生冲突,不能简单的依据“上位法优于下位法”、“新法优于旧法”等原则,认定应该优先适用《侵权责任法》,而应该适用“特别法优于一般法”原则,优先适用《信息网络传播权保护条例》,对于侵害信息网络传播权以外的侵权行为,除了法律规范另有规定以外,应该优先适用《侵权责任法》。这一理解与TRIPS协议第65条第5款所规定的不能降低知识产权保护水平的原则是一致的。

【以“知识产品”替代“智力成果”】国内学者有人提出以“知识产品”来替代“智力成果”,修改世界知识产权组织对“知识产权”的传统定义,甚至作为一种理论创新广为传播,提出“知识产权的客体即知识产品(或称智力成果),是一种没有形体的精神财富,客体的非物质性是知识产权的本质属性所在。”“所谓知识产品,是人们在科学、技术、文化等精神领域所创造的产品,具有发明创造、文学艺术创作等各种表现形式”。“知识产品具体地分为三类:一是创造性成果,包括作品及其传播媒介、工业技术;二是经营性标记;三是经营性资信。第一类发生于科学技术及文化领域,第二、三类产生于工商业经营领域”。“知识产品概括了知识形态产品的本质含义,强调这类客体产生于科学、技术、文化等精神领域,是人类知识的创造物,明显地表现出客体的非物质性,同时,知识产品的内涵突出了它在商品生产条件下的商品属性和财产性质,概括地反映了著作权、商标权、专利权中的财产权利内容。”

针对上述提法,有学者指出,“所谓知识,是人类对认识的描述。知识已经是智力成果或产品,再用‘知识产品’的说法,固然不失符号学上之美感,但

在逻辑上却不免有蛇足之嫌。”

有学者指出,按照通常的理解,知识产品是不能与智力成果划等号的。智力成果被认为是知识产权的客体已经得到广泛承认,即使知识产权的内涵式定义有多种多样,但是对于智力成果是知识产权所保护的客体,或者至少是知识产权所保护的客体之一,基本上是没有争议的,只是具体的表达方式有所不同。

在知识产权领域,版权产业、版权产品的提法已经得到广泛的承认,达成共识。早在1990年美国国际知识产权联盟(简称IIPA)已利用“版权产业”的概念来计算这一特定产业对美国整体经济的贡献,并将版权产业具体划分为四类:核心类的版权产业、部分的版权产业、发行类版权产业和与版权有关的产业。

在参照美国版权产业分类的基础上,WIPO(世界知识产权组织)在其2003年《版权产业经济贡献调查指南》中,按照国际标准产业分类(简称ISIC)代码界定的版权产业也包括四类:核心类的版权产业、部分的版权产业、边缘(发行)版权产业和交叉版权产业。这一分类已经得到世界上大多数国家的认可和适用。

在版权产业的基础上产生了版权产品的概念,版权产品是指那些价值主要是由版权价值构成的产品,或者说是版权的价值占产品价值相当比例的产品,如计算机软件、影视作品、音像制品、出版物等。版权产品通常是指作品复制品的物质载体,即复制、承载、体现某个(或某些)作品的有形商品。

在版权产业和版权产品的基础上,提出了知识产权产业和知识产权产品的概念。

知识产权产品,就是指那些产品价值主要是由知识产权价值构成的产品,或者说是知识产权的价值占产品价值相当比例的产品,如计算机软件、集成电路、影视作品、音像制品、出版物等产品,通常是指某项智力成果复制品的物质载体,即复制、承载、体现某个(或某些)智力成果的有形商品。

知识产权产业一般是指版权产业。

根据上述版权产品的定义,亦可对版权产业作出以下定义,版权产业是指生产、销售、提供利用版权产品的产业。

在上述提法中,“知识产品”强调的“是一种没有形体的精神财富”,“是人们在科学、技术、文化等精神领域所创造的产品,具有发明创造、文学艺术创作等各种表现形式”,强调的是其的“非物质性”,即不具备物质形态,不占有物质空间;而一般所说的“知识产权产品”(包括“版权产品”)所指的主要是智力成果复制品的物质载体,即复制、承载、体现某

个(或某些)智力成果的有形商品(物质产品)。

“知识产品”与“知识产权产品”从字面上看,具有非常密切的关系,经常相提并论,甚至往往被认为是同一概念,但是“知识产权产品”与上述提法中所说的“知识产品”却存在本质的区别,不容混淆。在版权产品、知识产权产品概念已经被广泛认可的环境中,再提出“知识产品”的概念来取代“智力成果”,很容易产生人为的基本概念的混淆,误导公众。“知识产品”的表述很容易使人们将“智力成果”与“智力成果”的物质载体相混淆。

值得指出的是,在上述提法中“知识产品”“是一种没有形体的精神财富”的表述也是不确切的。知识产权所保护的客体(人类的智力劳动成果),并不一定是“没有形体”的,作为一般的美术作品(例如油画、水彩画)都是有“形”的,雕刻、雕塑艺术品既有“形”又有“体”,外观设计权保护的客体(产品的外观设计)强调必须有“形”有“体”,商标权保护的客体(商标)一般都有“形”(平面商标),也可以有“形”有“体”(立体商标),产品专利和实用新型保护的客体通常是有“形”有“体”的产品。当然,知识产权所保护的客体(人类的智力劳动成果)也可以是无形无体的,例如,口述作品,气味商标、音响商标、商誉、作为商业秘密保护的信息、方法专利所保护的方法、用途等。这也是将知识产权归结为“无形财产权”、将“无形性”作为知识产权基本属性之一的依据之一。

有学者指出,以“知识产品”来替代“智力成果”的提法,既不科学,也无必要,相反会造成理论概念的混淆,上述提法在国内已经有一定的流传,应该及时加以纠正,以免继续误人子弟。

【知识产权法律体系】 国内“知识产权法律体系”的提法时常见到,甚至在有关正式文件、法律文件中也常出现。

有学者指出,知识产权法律体系的提法是错误的。法律体系(Legal System)通常是指一个国家法律的整体或者某种具有共同特征的不同国家的法律所组成的法律集合,如罗马法系、普通法等。法律体系是一个国家的法、法律实践和法律意识形态的总和,主要包括三个构成因素:一是法,即国家现行法律规范体系;二是法律实践,即主管机关的具体法律活动,主要是司法实践;三是法律意识形态,即占统治地位的意识。从这一角度来说,法律体系等同于国家法律上层建筑的概念。法律体系是由各个法律部门组成的,是一个国家各个法律部门的现行法律规范所组成的有机统一整体。

法律部门(Legal Branch),又称为法的部门

(Branch of Law) 或称为部门法, 是根据一定标准和原则所制定的同类法律规范的总称, 也是法律体系的构成单位。划分法律部门的基本标准有两个: 一个是法律调整对象, 即法律所调整的不同社会关系; 另一个是法律调整方法, 即调整某类社会关系所需要的特殊法律手段的总和。调整同一种类的社会关系并采用同一种调整方法的法律规范的总和, 可以构成一个独立的法律部门。一个国家的法律体系通常可分宪法、行政法、民法、刑法、诉讼法等法律部门。

法律制度 (Legal Institution) 是指调整某一类社会关系或社会关系某一方面的法律规范的总和, 是构成法律体系和法律部门的基本单位之一, 一般认为它是仅次于法律部门之下的一个法律层次。划分法律制度的基本标准只有一个, 即法律调整对象。

法律体系、法律部门、法律制度、法律规范等都是法学中的专用名词, 是有其特定含义的, 与我们日常生活中从字面上对这些名词“习惯性”的理解不一定相同。例如, 按照“习惯性”的理解, “法律部门”应该是指立法、司法、执法的机关、机构等单位, 这与法学上的“法律部门”的含义相去甚远; 按照“习惯性”理解, 从逻辑关系上讲, “制度”的外延应该比“体系”更宽, 法律“制度”应该包含着法律“体系”, 但从法学上讲恰恰相反。

一个法律部门可以包括若干个法律制度, 如民商法律部门就包括物权法、债权法、侵权法等法律制度, 一个法律制度也可以存在于若干个法律部门之中, 如所有权制度就涉及到民商法、行政法、刑法等法律部门。

我国的法律体系以宪法为核心, 分为法律、行政法规、地方性法规等三个层次, 包括宪法及宪法相关法、行政法、刑法、民商法、经济法、社会法、诉讼和非诉讼程序法等 7 个法律部门。截至 2010 年 12 月底, 我国现行有效法律有 236 件, 国务院行政法规 690 件, 地方性法规 8600 多件。

知识产权法不是一个法律体系, 也不是一个法律部门, 而是民商法律部门中的一个法律制度。这是世界上大多数国家的安排。

传统的民法一般性原则大多适用于知识产权法, 如民法中的“不溯即往原则” (有特别规定的例外)、后法优于前法、特别法优于普遍法、例外优于原则法、狭义法优于广义法、类推应用原则 (法无明文规定可以援引与其性质相类似的规定作为法的补充) 等原则都是如此。

但是知识产权法又有其特殊性, 有些知识产权法涉及到的问题, 如版权法中作者死后的人身权、客体与权利分离存在、财产权的有限期转让、知识产权侵

权认定原则等, 与民商法的一般规定有所不同, 用传统的民商法原则去套是行不通的。在这种情况下, 我们不能简单地用民商法一般原则去否定知识产权的有关原则, 而应该具体问题具体分析, 针对知识产权法中的这些特殊问题加以认真研究, 作出合理的解释和处理。

我国的《民法通则》第五章“民事权利”中, 把“知识产权”专门作为一节 (第三节) 列入, 并在第六章“法律责任”第 118 条中专门规定了侵害知识产权的法律责任。

知识产权法是民商法律部门中的一个法律制度, 这是我国和世界上大多数国家客观存在的现实。世界上有个别国家 (如法国) 制订了与民法典相提并论的“知识产权法典”, 也有少数国家 (如日本) 提出制订“知识产权法典”的计划, 国内也有人建议将“知识产权”划为一个独立的法律部门。尽管如此, 知识产权法绝不是一个“法律体系”, 也不意味着知识产权法已经成为一个独立的法律部门。因此, 我们只能说“知识产权法律制度”, 那种“知识产权法律体系”的提法, 从法理上说是错误的, 应该予以纠正。

除了“知识产权法律体系”的错误提法以外, 还有“知识产权法律法规体系”的提法也是错误的。在《国家知识产权战略纲要》制定的过程中, 曾经多次征求意见几易其稿, 虽然有学者对于前几稿中出现的“知识产权法律体系”的提法多次提出修改意见, 建议改为“知识产权法律制度”, 以后《纲要》主要采用了“知识产权制度”的提法, 但是仍然出现了“知识产权法律法规体系”的提法, 一直保留到最后定稿, 例如, 《纲要》中“ (3) 经过多年发展, 我国知识产权法律法规体系逐步健全, 执法水平不断提高……”。

“法律体系”是一个基本的法律概念, 其外延十分广泛。“法律制度”也是一个基本的法律概念。而“法律法规体系”不是一个基本法律概念, 显得有些不伦不类。从字面上理解“法律法规体系”只能包括法律、法规, 不能包容行政规章及其他法律规范, 既不能与“法律体系”相提并论, 也不能与“法律制度”兼容并蓄。因此“法律法规体系”的概念也不宜采用。

【知识产权法律制度】 “知识产权法律制度是国家公共政策工具”是国内目前比较流行的一种提法, 有学者对这一提法提出质疑。

有学者指出, 法是国家制定或认可并得到国家强制力保证的行为规则体系。政策是一定的阶级处理经济关系和政治关系以及国家事务的路线、方针、规范

和措施的统称。法与政策存在明确的主从关系，法为“主”，政策为“从”。政策必须服从法律，政策不能违背法律，而不能是法律服从政策；政策是执行法律的工具，法律不是执行政策的工具。这是法与政策两者之间最为基本的关系，也是实行“法治”、防止“人治”、依法治国的基本保障，不容颠倒。

从法学上讲，公共政策是指公共秩序，也称“社会秩序”，又称“公共利益”，指为社会公共生活所必需的秩序。公共秩序，亦指“公共秩序保留”，是一个国际私法术语，指在根据本国冲突规范适用外国法时，如果发现该外国法的适用或适用的结果将会违反本国的根本利益（即“公共秩序”）、基本政策、道德观念，可以限制或排除该外国法适用的制度。

从社会学上讲，公共政策是体现公共意志、代表公共利益的政策，是作为公共权力机构的政府，为解决社会公共问题或社会矛盾、调整社会经济关系的手段和工具，是一种特殊的政策。

有人认为，公共政策是指“以政府为主的公共机构，在一定时期为实现特定的目标，通过政策成本与政策效果的比较，对社会的公私行为所作出的有选择性的约束和指引，它通常表现为一系列的法令、条例、规定、规划、计划、措施、项目等”。这一理解过于宽泛，将制定、实施“法令、条例”等立法、执法内容统统纳入“公共政策”的范畴，把“制定法律法规”、“建立包括司法裁判、行政管理、社会服务等在内的配套机制”等行为统统归结为是推行“公共政策”的活动，使“公共政策”凌驾于法律之上，成为包罗万象的一个大筐，这显然是不妥的。按照这一理解，所有的法律都可以称为是“公共政策”的工具，这就从根本上颠倒了法律与政策的主从关系，是十分荒谬的。

在错误理解“公共政策”概念的基础之上，有些学者，把知识产权法律制度说成是国家的公共政策工具，似乎知识产权法律制度成了可以在政府公共政策中随心所欲安排、摆布的物件，这既违背了法学理论基本的常识，也会使法律丧失其严肃性，是对法律的亵渎。这种观点在中国的法律语境中非常容易导致人们理解上的混乱，误导公众、误导政府，其消极后果将会随着时间的推移而日益显现。

有人认为，知识产权制度是一个社会政策的工具，“是否保护知识产权，对哪些知识赋予知识产权，如何保护知识产权，是一个国家根据现实发展状况和未来发展需要所作出的制度选择和安排。”

如果“知识产权法律制度是国家公共政策工具”的结论可以成立，那么，一个国家对于知识产权法律制度的建立、设置的选择当然应该主要依据“国家公共

政策”来决定，凡是不利于“自身发展”的应该不选择、不保护，凡是有利于“自身发展”的应该选择加以保护。但是，世界各国知识产权法律制度的实践证明，上述想法只能是一种美好的愿望，而绝不是现实。

现实告诉我们，一个国家对于知识产权法律制度的建立、设置所作出的选择，绝非是完全可以根据自身的发展状况以及未来产业的发展趋势，即所谓“公共政策”，作出制度选择和安排。在知识经济、经济全球化的大背景下，一个国家的经济、科技、文化的发展，根本不可能脱离国际环境的制约和影响，特别是国际贸易环境的制约和影响，而国际贸易早已与知识产权从法律制度和国际公约的层面捆绑在一起（典型的代表就是美国贸易法的特别 301 条款和 WTO 的 TRIPS 协议），因此一个国家对知识产权法律制度的建立、设置所作出的选择，必然要受到国际贸易环境因素的制约和限制，特别是要受到其所参加的知识产权国际公约、所签订的双边或多边的知识产权协议的制约和限制，甚至还要受到其主要贸易对象国家知识产权法律制度的影响，并不能主要依据本国的“公共政策”来决定。

2010 年，中国对著作权法个别条款作出的修改，对《知识产权海关保护条例》部分条款的修改，也不是什么依据本国“公共政策”做出的选择，只是履行 WTO 争端解决机制裁决的结果。

有学者指出，以“知识产权法律制度”取代“知识产权”，提出“知识产权法律制度是公共政策工具”的观点，应该说是国内学者的创新、发展。但是，正如列宁所指出的那样，即使是真理，再向前迈一小步可能就会变成谬论。我们可以说，“知识产权制度与公共政策具有密切的关系”，但是说“知识产权制度就是一种公共政策”，说“知识产权制度就是一种公共政策的工具”，说“知识产权制度在公共政策体系中也是一项知识产权政策”，就颠倒了法律制度与政策的基本关系，也搞乱了公共政策与知识产权政策的基本关系。

将“制定法律法规，以产权形式对相关知识财产提供保护”、“建立包括司法裁判、行政管理、社会服务等在内的配套机制”界定为公共政策主体的主要活动也是不恰当的，同样是曲解了法律制度与政策的基本逻辑关系。立法机关或者司法机关、行政机关的上述行为应该属于立法、实施法律或者依法行政，在立法、实施法律或者依法行政的过程中固然要有“公共政策”的考量，需要遵守和执行既定的“公共政策”，但是难以将这些行为理解为主要执行“公共政策”的行为。

在知识产权法律制度的框架内,为了更好地发挥知识产权制度的效能,制定和实施知识产权政策是完全必要的。但是,这亦不能统统纳入执行“公共政

策”的范畴。在涉及公共意志、公共利益的前提下,以“政策”的形式直接对知识产权的调整、规范才属于“公共政策”的范畴。(李顺德)

刑 法 学

【概况】 2010年是我国刑法立法改革不断推进、司法改革不断深入的一年,也是我国刑法理论发展的重要一年。本年度,立足于刑法立法、司法改革的新发展,学者们重点围绕《刑法修正案(八)(草案)》和2010年全国刑法学术年会的相关议题等,对刑法领域中的社会危害性理论、犯罪构成理论、死刑立法控制、刑罚结构调整、量刑规范化改革、强化民生的刑法保护、打击黑社会性质犯罪等诸多重大理论与实务问题进行了深入研讨,取得了丰硕的成果。

(一)学术成果丰硕。据粗略估计,2010年度共出版刑法学著作150余部,其中包括20余部教材,100余部理论著作,10余部学术文集;在各类报刊杂志上发表刑法学学术论文6000余篇。

(二)国内学术研讨与国际学术交流活动频繁。2010年度,我国刑法学界重要的国内学术研讨与国际学术交流活动主要有:

1月8日,由中国法学会主办的“手机色情网站与网络诽谤治理”专家研讨会在京举行。来自全国“打黄打非”工作小组办公室、文化部、北京市工商行政管理局、国家电子商务、互联网行业以及法学界的有关专家学者等共计20余人参加了此次研讨会。

2月2—4日,由北京师范大学刑事法律科学研究院、汕头大学法学院和中国政法大学刑事司法学院联合主办的“刑事审判实务热点问题研讨会”在北京举行。来自最高人民法院、瑞士驻华大使馆、德国马普外国刑法与国际刑法研究所、美国加利福尼亚州戴维斯分校、北京师范大学、汕头大学、中国政法大学等单位的专家学者共计30余人参加了此次研讨会。

4月10日,由辅仁大学法律学院刑事法研究中心、财团法人犯罪被害人保护协会台湾板桥分会、社团法人台湾刑事法学会主办的“第一届两岸刑事法治学术研讨会”在台北举行。来自海峡两岸的代表150余人参加了会议。中国法学会刑法学研究会组织了以会长赵秉志教授为团长的8人代表团参加了此次研讨会。

8月18—19日,由北京师范大学刑事法律科学研究院主办、贵州省社会科学院法律研究所、贵州师范大学法学院、贵州民族学院人文科技学院和浙江省义乌市人民检察院承办的“第二届当代刑事司法论

坛”在贵阳隆重举行。来自最高人民法院、最高人民检察院、司法部、北京师范大学、四川大学、西北政法大学、中南财经政法大学以及《法制日报》、《贵州日报》、贵州电视台等方面的领导、专家学者和媒体代表共计120余人参加了此次研讨会。

8月24—25日,由中国法学会刑法学研究会和韩国比较刑事法学会主办,韩国江原大学比较法学研究所承办的“第八届韩中刑法学术研讨会”在韩国江原道首府春川市举行。来自中韩两国的50余名专家、学者参加了此次研讨会。

9月10—13日,由中国法学会刑法学研究会主办,甘肃政法学院、甘肃省高级人民法院、甘肃省人民检察院和甘肃省监狱管理局共同承办的2010年全国刑法学术年会在兰州隆重举行。来自全国人大常委会法工委、最高人民法院、最高人民检察院、甘肃省政协、甘肃省政法委员会、甘肃省高级人民法院、甘肃省人民检察院、甘肃省监狱管理局以及全国各高等院校、科研院所和其他地方司法机关的领导、专家学者等共计360余人参加了此次年会。

9月29日,由中国法学会食品安全法治研究中心主办的“食品安全犯罪立法完善专家研讨会”在京举行。来自国家立法机关、中央政法机关、中央相关监管部门、法律院校、科研院所等方面的近40人参加了此次研讨会。

10月23日,由中国人民大学刑事法律科学研究中心和韩国刑事政策研究院共同主办的“中韩单位犯罪问题学术研讨会”在北京举行。来自韩国刑事政策研究院、清华大学、中国政法大学、中南财经政法大学、中国人民大学等60余名专家学者参加了此次研讨会。

10月30日,由北京师范大学刑事法律科学研究院主办的“《刑法修正案(八)(草案)》专题研讨会”在京举行。来自最高人民法院、最高人民检察院、中国社会科学院法学研究所、中国政法大学、国家法官学院、中国人民公安大学、北京师范大学、《法学杂志》等单位的100余人参加了此次研讨会。

10月30日—11月1日,“第二届全球化时代犯罪与刑法国际论坛”在京举行。来自联合国、欧盟、国际刑法学协会、国际犯罪学会、国际社会防卫学

会、俄罗斯、法国、德国、西班牙、意大利、蒙古、希腊、加拿大、墨西哥、阿根廷、日本等方面的代表团以及我国大陆、港澳台地区的专家学者 160 余人参加了此次大会。

11 月 6—7 日, 由湖南大学刑事法律科学研究中心主办、湖南醒龙律师事务所承办、湖南省律师协会刑事辩护专业委员会协办的“刑法第八修正案(草案)暨死刑案件证据规则高层论坛”在长沙举行。来自最高人民法院、最高人民检察院、湖南省人大常委会、湖南省高级人民法院、湖南省人民检察院、北京师范大学、华东政法大学、湖南大学、湖南师范大学等单位的 200 余人参加了此次论坛。

12 月 4—5 日, 由北京师范大学刑事法律科学研究院、美国纽约大学法学院亚美法研究中心共同主办的“死刑适用标准专题研讨会”在京举行。来自美国纽约大学、薛顿贺尔大学、美国纽约州联邦法院、全国人大常委会法工委、最高人民法院、最高人民检察院、中国人民大学、中国政法大学、北京师范大学等方面的 50 余人参加了此次研讨会。

12 月 13—14 日, 由澳门大学法学院、北京师范大学刑事法律科学研究院和香港大学法律学院联合举办, 澳门特别行政区检察院协办的“第三届中国区际刑事法论坛”在澳门成功举行。来中国大陆(内地)、香港特区、澳门特区、台湾地区的法学高等院校与政法机关的 60 余人参加了此次论坛。

【社会危害性理论】 社会危害性是我国刑法学的重大理论问题。2010 年全国刑法学术年会将其作为会议的理论议题进行了集中研讨, 学者们重点研究了社会危害性的内涵、社会危害性理论地位及其完善问题。

有学者认为, 社会危害性是一个主客观相统一的范畴, 而法益侵害则仅仅是一个客观要素, 是社会危害性的下位概念。社会危害性具有刑事立法和刑事司法两个层次的规范性。对社会危害性概念的解释须面对犯罪事实进行合目的性解释。也有学者认为, 现行通说将作为行为属性的社会危害性和作为犯罪本质的值得处罚的社会危害性两个概念相混淆, 影响了刑法对犯罪的评价。对社会危害性的评价不应为行为人的主观内容所左右。

对于社会危害性理论在我国刑法学中的地位, 有学者主张用法益侵害说代替社会危害性理论; 也有学者认为, 虽然现行的社会危害性理论具有不科学的地方, 但只要科学地解释我国刑法中的社会危害性, 就可以建构成科学的社会危害性理论, 以法益侵害说取代社会危害性理论并不必要。

考虑到社会危害性不能完全决定是否犯罪, 难以

完整揭示犯罪的本质, 有学者主张以社会危害性和非社会危害性因素作为犯罪本质的两个侧面; 也有学者认为, 受社会危害性概念制约, 我国现行的犯罪构成理论整体上呈现为一种类型(形式)判断和价值(实质)判断同一、价值判断内部又无层级区分的平面体系。应当将社会危害性从犯罪构成中分离出来, 对社会危害性作具体的和个别的实质判断。

【犯罪构成理论】 犯罪构成理论是近年来我国刑法学界关注与热烈争论的重大问题。本年度, 刑法学界的相关争论焦点仍在于如何看待我国目前通行的犯罪构成理论以及应否借鉴德日三阶层犯罪论体系。

关于如何看待我国目前通行的犯罪构成理论, 有学者认为, 中国刑法学犯罪构成理论体系是在学习借鉴原苏联刑法学犯罪构成理论成果和总结中国社会主义刑事法制科学经验基础上形成、发展和完善起来的, 对于中国刑法学术研究和司法实践都产生了重大而积极的影响。中国刑法学犯罪构成理论同样能够反映定罪过程, 兼容出罪功能, 只是在思考逻辑上与德日刑法学犯罪论体系有所区别。近来主张彻底否定中国刑法学犯罪构成理论转而全面移植德日刑法学犯罪论体系的“移植论”缺乏严谨性和务实性。也有学者认为, 建国后我国采用四要件犯罪构成理论在当时是历史的必然, 而在目前社会现实状况下, 四要件犯罪构成理论则凸显其对人权保障之不足, 主张通过法律移植改造我国传统犯罪构成理论具有合理性。但是, 法律移植并不是改造我国传统四要件犯罪构成理论的唯一路径。我国犯罪构成理论的走向存在两种可能: 一是直接移植引进三阶层体系取代四要件理论; 二是重新阐释四要件理论以适应新的观念。

关于应否引进德日三阶层犯罪论体系, 有学者认为, 构成要件是三阶层的犯罪论体系的基础, 具有其独特的含义与机能; 而在四要件的犯罪构成体系中, 构成要件被改造成为犯罪构成, 成为犯罪成立条件的总和, 丧失了构成要件的机能。因而主张废弃犯罪构成的概念, 重新恢复构成要件的概念, 以此建立阶层式的犯罪论体系。违法与责任是犯罪的两大支柱, 认定犯罪应当从违法到责任; 是否存在违法阻却事由, 属于是否具有违法性的判断, 应当在违法构成要件之后, 接着讨论违法阻却事由。在考察全部构成要件之后才讨论违法阻却事由的做法, 不利于对违法性的判断, 也不利于保障行为人的自由。但也有学者认为, 照搬德日三阶层犯罪构成体系并非完善我国犯罪构成体系完善的正确方向。对比我国传统四要件犯罪构成体系, 三阶层体系所具有的所谓“优点”属于主观臆断。三阶层体系内部存在逻辑上的矛盾: 故意、过失的体系地位无法确定, 对客观违法与主观责任无法予

以真正区分。三阶层体系的具体构造在当今德日刑法理论中已开始被展开质的改造,其通说理论地位尚存疑问。

【老年人犯罪从宽暨免死】对老年人犯罪从宽暨免死是《刑法修正案(八)(草案)》的一大热点。虽然在立法审议、征求意见的过程中也有人对此提出了反对意见,但多数学者认为,从老年人犯罪的刑事责任特点、刑罚目的、社会文明、刑罚人道、我国法律文化传统、新中国司法实践以及国际社会的情况等角度考虑,建立老年人犯罪从宽的刑罚制度在我国有着从法理到实践、从历史到现实、从国内到国际等多方面的根据和理由,应当对其予以从宽或者免死。

有学者认为,从我国老年人的平均寿命、老年人的心理能力变化、国际上关于老年人从宽处罚的年龄标准等方面看,我国应当将老年人犯罪从宽处罚的年龄设定为“已满70周岁”。而且实践中,多年来,对年满70周岁的人,法院通常也不执行死刑。

有学者认为,年满75周岁的老年人中,有相当多的人有犯罪能力。对这些人一概免死,后果不堪设想,可以考虑将“造成多人死亡的极其严重的犯罪”作为对老年人犯罪免死的例外。

【死刑的立法控制】有学者认为,在全球化不断发展的今天,我国应以限制和减少死刑适用作为我国死刑制度改革的近期目标,以全面彻底废止死刑为远期目标;选择司法改革与立法改革并进的路径,并在司法和立法两个方面积极采取多种改革措施。也有学者认为,我国应首先通过司法逐步减少乃至不适用或不执行死刑,使死刑达到名存实亡的程度,再从立法上废除死刑。

与《刑法修正案(八)(草案)》取消死刑的13种经济性、非暴力犯罪相近似,我国刑法中还有许多经济性、非暴力犯罪,如集资诈骗罪、组织卖淫罪和运输毒品罪等。对此,一些学者认为,无论是从犯罪的性质、侵害的客体、犯罪人的责任、实践状况还是从死刑的遏制效果、刑罚经济和国际惯例上看,我国也应当取消这些犯罪的死刑。甚至有学者提出,我国还应进一步取消贪污受贿罪的死刑,认为贪污受贿罪属于经济犯罪,对其适用死刑不符合刑罚人道的要求;而且无数事实和历史证明,严刑峻罚从来都不是防止犯罪(包括腐败犯罪)最有效的手段,死刑也不是。与此同时,在全世界普遍废除腐败犯罪死刑的趋势下,中国保留贪污罪受贿罪的死刑与世界法律文化的发展趋势不符,也难以获得国际社会的支持。但也有学者认为,贪污贿赂犯罪的社会危害性决定了在今后较长一段时期内应当对其保留死刑,对其废除死刑难以得到公众的认同,并且保留贪污受贿罪的死刑与

实践中是否对贪污贿赂犯罪分子适用死刑之间没有必然的联系。

作为一种独具中国特色的刑事执行制度,死缓在我国限制死刑适用方面发挥了重要作用。有学者认为,为充分发挥死缓的功效,应当删除死缓中“应当判处死刑”的规定,同时尽量放宽死缓的适用条件。但也有学者认为,死缓因不当设置在实践中已经导致了刑法的诸多缺陷,死缓制度在法理逻辑等方面的制度缺陷日益凸显,应在必要时废除死缓制度。

【刑罚结构调整】关于刑罚结构调整的方向,有学者认为,刑罚的完善需要从社会伦理角度进行分析。唯有如此,罪责刑均衡原则才会被赋予新的精神内涵。总体来看,我国刑罚目的应当以功利制约报应,即在报应与功利之间,功利是基础和根本,报应应当受到功利的制约。

至于刑罚结构的调整方法,有学者认为,刑罚结构改革应当从刑罚种类的多样化和刑罚方法的结构重组两方面入手:前者要求构建和完善我国的保安处分制度、增加新的资格刑;后者则要求完善管制刑并扩大管制刑的适用范围,完善拘役刑的宣判及执行制度,提升罚金刑在刑罚结构中的地位并提高其实际适用率。

在《刑法修正案(八)(草案)》拟取消13种犯罪死刑的背景下,自由刑的调整在我国显得尤为重要。对此,有学者认为,当前我国应适当地普遍提高有期徒刑的上限至20年有期徒刑。这既是考虑到我国目前的有期徒刑上限总体偏低,也是考虑到由于减刑、假释制度的适用,我国有期徒刑的实际执行期限过短,难以发挥其应有的作用。而从现实基础上看,我国现阶段民众的刑罚价值观念变化、国家政治局面的稳定和繁荣的经济都为有期徒刑上限的提高提供了相应的基础。同时,也有学者研究了有期徒刑的数罪并罚上限,认为我国刑法中有期徒刑数罪并罚的刑期上限只有20年,应适当提高到30年或者更长,这样才能既在一定程度上弥补数罪并罚时总和刑期超长而上限偏低的缺陷,又在执行数罪并罚时有相对较大的伸缩余地。

此外,有学者认为,在限制与废除死刑的背景下,我国应设置不可减刑或假释的终身徒刑、提高有期徒刑上限、设置开放的自由刑。同时应调整减刑和假释制度、确立和完善社会矫正制度、建立短期自由刑与财产刑易科制度。但也有学者反对设置绝对终身刑,认为应设立两套不同的相对终身刑制度,即在无期徒刑之外增设一种严格的无期徒刑。

【量刑】2010年10月1日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部发布

《关于规范量刑程序若干问题的意见(试行)》,最高人民法院也发布了《人民法院量刑指导意见(试行)》。量刑问题成为了本年度学者关注的热点问题。

关于量刑方法,有学者认为,量刑在本质上不是“刑之量化”,而是“刑之裁量”。这决定了量刑思维不只是形式逻辑或辩证逻辑思维,而是二者的有机统一。量刑方法要遵循量刑的这种思维逻辑。传统的经验量刑没有融入作为形式逻辑代表的现代科技手段;而现代科技量刑方法又忽视了传统的辩证逻辑规律。量刑方法的构建应基于量刑思维的逻辑规律,把传统经验量刑与现代量刑手段相结合,以形成定量与定性相结合的量刑方法。

关于量刑程序,有学者认为,没有实体法上的支撑,围绕量刑程序的所有美好设计都可能落空。目前流行的关于量刑基准的各种实务理解均存在诸多不足;寻找量刑基准的方法应当是实证分析法;量刑基准的确立,需要检察官、法官、学者的通力合作。量刑情节具有两面性,对量刑情节的判断可能受非理性因素的影响。在多个逆向情节并存的情况下,立足于抵消说的“综合判断说”基本上是合理的。

关于量刑情节与基准刑,有学者认为,中段论假定均质化的、排除任何情节的“裸”的犯罪行为类型,其客观的法益侵害和主观的人身危险都是中间程度的,但是这一假设不能成立。基准刑应当针对具体罪行分别确定,而不能按照法定刑的中点抽象地、简单地确定。适用量刑情节时,基准刑应当是起点刑,当从重从轻情节竞合时,在量化的前提下,可以通过加减方式量刑,但是在适用减轻情节时,必须坚持减轻处罚优先。

【黑社会性质组织犯罪】 围绕《刑法修正案(八)(草案)》对黑社会性质组织犯罪的修改,2010年度,有不少学者对黑社会性质组织的特征、定位、黑社会性质组织犯罪的立法模式、财产刑设置和罪数形态等问题进行了研究。

关于黑社会性质组织的特征,有学者认为,获取经济利益并非黑社会性质组织犯罪所特有的,通过违法犯罪获取经济利益是绝大多数刑事犯罪所追求的目的,以此不足以将黑社会性质组织犯罪和其他犯罪相区分。也有学者提出了针锋相对的观点,认为较强的经济实力是黑社会性质组织的重要特征,从提高打击黑社会性质组织犯罪的针对性和有效性的角度,应当提高黑社会性质组织认定中的经济门槛。至于“保护伞”,有学者认为,它不能作为黑社会性质组织的必备特征;但也有学者认为,无论是从全国“打黑除恶”的司法实践经验看,还是从国际社会的立法和司法经验看,“保护伞”都是黑社会性质组织产生、存

在和发展的必要条件,应当将其作为黑社会性质组织的必备特征。

至于黑社会性质组织的定位,有学者认为,黑社会组织在其发展过程中并不存在所谓的黑社会性质组织。黑社会性质组织既然具有黑社会性质,就是黑社会组织。但也有学者从现实依据、法律依据和国情依据等方面认为,黑社会性质组织和黑社会在“涉黑”这一本质问题上确实具有质的同一性,但黑社会性质组织并不等同于黑社会。

关于黑社会性质组织犯罪的立法模式,有学者认为,我国单一法典式刑法立法模式不能适应有组织犯罪态势变化、刑事政策和犯罪类型差异的要求,对有组织犯罪宜采用单行刑法的立法模式。也有学者认为,相对于制定一部单独的“反黑社会性质组织犯罪法”或“反有组织犯罪法”,以“修正案”的形式完善现有法律更具有可操作性。还有学者认为黑社会性质组织犯罪应采取多元立体的立法组织体系。

与此同时,有学者认为,从有针对性地惩治黑社会性质组织和切实剥夺黑社会性质组织再犯能力的角度,我国应当对黑社会性质组织犯罪规定财产刑,增设财产刑可以更好地实现刑罚的特殊预防和一般预防目的。具体而言,借鉴国外先进立法经验,我国还应确立得科罚金制的罚金刑适用方式,并合理确定数额标准,增设没收财产刑及财产刑易科自由刑制度。

组织、领导、参加黑社会性质组织又实施有其他犯罪行为的情况在黑社会性质组织犯罪中十分常见。对此,有学者认为,对其实行数罪并罚的规定完全符合刑法基本原理,且能够适应司法实践中打击犯罪的需要,有必要性与合理性。同时,刑法典第294条第3款规定中的“其他犯罪行为”不应排除敲诈勒索罪等犯罪,对犯组织、领导、参加黑社会性质组织罪又实施有其他任何犯罪的,均应实行数罪并罚。但也有学者认为,组织、领导、参加黑社会性质组织罪是方法行为,而“其他犯罪行为”则是目的行为,因而构成方法行为与目的行为的牵连犯,应对其从一重罪处断。

【民生的刑法保护】 民生是国家和社会的基础。加强民生的刑法保护是《刑法修正案(八)(草案)》的重要内容。针对《刑法修正案(八)(草案)》增设的危险驾驶和恶意欠薪犯罪,有学者指出,鉴于当前我国危险驾驶行为高发多发、危险驾驶的行政治理力度有限、刑法惩治危险驾驶存在的缺陷以及国际社会的类似做法,我国应当将危险驾驶行为入罪;但也有学者认为,我国现有的刑法资源完全可以规范酒驾和飙车行为,没有必要将两种行为直接入罪。

针对《刑法修正案(八)(草案)》增设的恶意欠

薪犯罪,有学者认为,消解恶意欠薪现象产生的原因,刑法不是最优选择,也不是避免恶意欠薪恶果的必要手段,并且恶意欠薪在本质上仍然是一种欠债恶意不归还的行为,不应将其入罪。有学者进而从刑法的谦抑性角度提出,恶意欠薪入罪应当慎行。但也有学者针对反对恶意欠薪入罪的理由进行了驳斥,认为并不是民事法律调整的关系就一定不能由刑法调整,只要民事法律对某种社会关系的调整无法奏效时,就可以由刑法加以调整,并且无论是从恶意欠薪行为入罪的现实需要还是从国外的立法经验来看,我国将恶意欠薪行为入罪都是适当的。

【毒品犯罪】 关于毒品犯罪的死刑问题,有学者认为,单纯运输毒品的行为只能构成非法持有毒品罪或者走私、贩卖、制造毒品罪的共犯;居间介绍买卖毒品的行为,若行为人既非毒品的所有者又无贩毒品实行行为,应视为单纯帮助犯而不得适用死刑;为他人代购毒品的行为应定性为非法持有毒品罪,对其不应适用死刑。为避免在毒品共同犯罪中发生对多名主犯适用死刑的泛化局面,只能对具有优势支配性的主犯适用死刑。也有学者认为,对毒品犯罪适用死刑不符合刑罚报应、刑罚功利和刑罚人道的要求,不具有正当性。当前之所以对毒品犯罪适用死刑,主要是在社会控制模式选择上对刑罚威慑模式的迷信和对社会防卫模式的忽略。这不仅容易导致刑法总则与分则的相互冲突和实践谬误。

关于毒品犯罪的个罪,有学者认为,在我国刑法理论中根本没有运输毒品罪的存在空间,因为对行为入明知他人是走私、贩卖、制造毒品者而实施运输毒品的行为,完全可以运用走私、贩卖、制造毒品罪的共同犯罪加以解释和处理。但也有学者认为,运输毒品罪仍然有其存在的价值,但应将其适用范围控制在无证据证实运输者是走私、贩卖、制造毒品者或者窝藏、转移、隐瞒毒品者的范围内。

关于毒品犯罪的再犯与累犯,有学者认为,我国对特殊毒品累犯只适用再犯的规定存在诸多弊端:会导致对属于特殊毒品累犯的犯罪人适用缓刑;会导致对特殊毒品累犯的犯罪人适用假释;会导致不同情形的毒品犯罪再犯不同的法律后果。相对于刑法典第356条的规定,刑法总则关于累犯的处理规定,既是特殊法条又是重法条,没有禁止适用的规定。当毒品犯罪的再犯与累犯竞合时应以累犯处理。

总体而言,本届年会对相关议题的深入研讨,进一步深化了我国刑法对相关问题的研究。当然,其中也有些问题的研究,如毒品犯罪的死刑,还有待于进一步深入。

【网络犯罪】 网络犯罪由于其与传统犯罪在表现

形式、应对措施等方面存在的差异而备受关注。本年度,学者们重点研究了网络犯罪的刑法应对、网络共同犯罪和网络诽谤等问题。

关于网络犯罪的刑法应对,有学者认为,传统犯罪网络变异的原因是多方面的,直接诱因是网络空间的技术性代际差异;传统犯罪的网络变异表现为犯罪构成要件要素的变异、社会危害性的变异和犯罪形态的变异三个方面。扩张化的司法解释是解决这一问题的首要选择,但其局限性也很明显。面对网络空间中传统犯罪的变异态势,将部分预备行为提升、独立化为实行行为,将部分共犯行为加以正犯化,将会是未来刑事立法无法回避的两个选择。

关于网络共同犯罪,有学者认为,我国现行共犯制度在解决网络共犯问题时遇到的难题可分为“兼容性问题”和“逻辑失效问题”两类。前者可以在现行共犯制度的逻辑框架之内通过丰富理论内涵的方式加以解决,而后者则显然超出了传统的共犯制度逻辑的兼容范围。要解决所谓“逻辑失效问题”,应当改我国共犯制度的“主体间思路”为一种“单方化思路”。

关于网络诽谤,有论者认为,网络诽谤具有传播快、影响广、低成本等特点,导致这种犯罪容易实施,而由于网络诽谤的高匿名性,被害人往往难以自行起诉。要有效追究网络诽谤的刑事责任,首先要正确认定网络诽谤,准确区别罪与非罪,并明确其犯罪主体、犯罪对象与犯罪客观方面的范围,再进一步研究采用公诉解决应符合的条件。

【受贿罪】 贪污受贿犯罪是我国刑法中的一类重要犯罪,存在着许多共性问题,如死刑的废止、起刑点的设置等。本年度,学者们重点研究了受贿罪的法定刑评价模式与共犯问题。

关于受贿罪的法定刑评价模式,有学者认为,我国对受贿罪采取的是以犯罪数额为主的单一法定刑评价模式,不能客观真实地反映受贿罪的社会危害程度,应设立以犯罪人的身份为标准、以犯罪人职务违背为基础的法定刑评价模式。也有学者认为,现行刑法对受贿罪所确定的5000元量刑起点在司法实践中早已形同虚设,应当适时调整受贿犯罪的现有定罪量刑模式。

关于受贿罪的共犯,有学者认为,国家工作人员与关系人共同受贿时,立足实行行为并综合考察受贿故意和职务、取财行为的时间和内容等要素,判断核心角色以确定共犯性质;国家工作人员成立利用影响力受贿罪共犯时,与受贿罪形成观念竞合,应以受贿罪论处以实现罪刑均衡,关系人以利用影响力受贿罪论处。

【区际刑法】 有学者比较研究了香港和内地刑法

中的犯罪客观要素问题,认为在内地完全成文化化的文化背景下,犯罪客观方面的要件是通过总则和分则法律条文的具体表述概括出来的,它属于明确的、确定的、封闭型类型;而香港刑法是在不完全成文化化(即可以有成文的单行条例)的文化背景下产生的,在犯罪的客观方面只考察客观的、实质的危害要素,立法和司法具有互动的态势,属于相对原则的、开放的类型。随着两地经济、文化和法律交往的发展,香港与内地刑法的相互借鉴与融合必将成为一种趋势。

也有学者比较分析了内地、香港、澳门三地的反黑刑事法规的地位、罪名、罪行、诉讼程序、刑罚等方面的内容,并认为内地在法律条文的地位方面,应逐步深化反黑认识,及时完善反黑法律,制定专门的反黑法律;在犯罪定义方面,应进一步明确黑社会组织和黑社会性质组织的区别,细化黑社会(性质)组织的构成条件,并以法律的严谨语言加以表达;在涉及罪名方面,应完善现有罪名,增设相关新罪名;在涉及罪行方面,应采用详尽列举而非模糊概括的方式,将涉黑犯罪进一步具体化;在诉讼程序方面,应允许使用更多的特殊技术手段,建立污点证人和卧底证人制度,加强对证人的保护;在刑罚种类及幅度方面,应提高涉黑犯罪的最高法定刑,对涉黑犯罪的累犯作特殊规定,严惩“保护伞”,增设财产刑。

【国际刑法】 有学者研究了国际刑法中官方身份无关性原则的地位问题,认为官方身份无关性原则和个人刑事责任原则在产生原因、理论基础和基本内涵方面存在差异,官方身份无关性原则不是附属于个人刑事责任原则的下位原则,而具有自身的独立性。官方身份无关性原则以法律面前人人平等思想为依托,符合国际刑法基本原则的判断标准,应当作为国际刑法基本原则。

也有学者研究了国际刑法中的上级责任原则,认为在国际刑法规范中,上级责任是个人刑事责任原则衍生出的一项重要原则,是军事指挥官和其他上级人员基于其下属实施了特定国际犯罪而应承担的一种刑事责任类型。从实践价值来看,上级责任原则对指挥官和其他上级人员赋予特定的义务要求,从而将国际犯罪的刑事责任承担者覆盖到上级人员的不作为情形,这对于遏制国际犯罪和有效进行国际刑事审判具有重要的意义。经过一系列国际刑事司法实践,上级责任的观念和原则逐渐形成,并充分确立在国际习惯法和主要的国际性法律文件中。

【外国刑法】 有学者研究了泰国刑法典关于刑事责任的规定及其借鉴意义,认为泰国刑法典关于刑事责任的规定内容涉及故意、过失、错误、责任能力、正当化事由、可以减轻处罚的具体情况等方面,理论

基础深厚,归责要素丰富,体系较完整,为正确适用刑罚提供了立法保障,并具有较强的先进性和科学性。借鉴泰国刑法典的立法经验,我国应加紧建立或完善刑事责任的刑法理论,以丰富刑事责任的归责要素;在刑法典中设专章规定刑事责任,以突出刑事责任的独立地位;科学构建我国刑事责任具体的归责要素内容和归责体系。

也有学者研究了德国犯罪论体系演变的现代西方哲学思潮背景,认为德国犯罪论体系自19世纪末20世纪初诞生以来,经历了古典犯罪论体系、新古典犯罪论体系、目的论犯罪论体系、新古典与目的论相结合的犯罪论体系以及目的理性体系的发展演变,实证主义、新康德主义、现象学等现代西方哲学思潮为这种发展演变提供了方法论的支持。在德国犯罪论体系产生发展的过程中,新康德主义起着重要作用,以其为指导而形成的新古典犯罪论体系,对世界上很多国家的刑法理论产生了重要影响。在当前德国占主导地位的犯罪论体系,也是以新康德主义规范论为基本立场。德国的犯罪论体系与我国建国后引进的前苏联犯罪构成理论,不仅仅是形式上“耦合四要件”与“立体三阶层”的对立,更重要的是在哲学方法论基础上存在着根本差别,因此我国不能对德国的犯罪论体系进行简单的“形式移植”。

还有学者研究了日本的死刑制度,认为日本作为保留死刑的国家,在刑事法规范、死刑执行、法学研究以及社会文化等层面都具有其特点。日本在刑事法规范中限制死刑、在死刑执行的问题上采取非常谨慎的态度。由于死刑判决与执行的谨慎适用、过度赋予死刑犯申诉权、过度扩大法务大臣的自由裁决权等导致日本死刑在预防犯罪方面起不到威慑作用,且审理时间过长,消耗司法资源巨大;加之当今日本社会秩序相对稳定,近年的欧美化发展使得死刑在日本民众心中的道德基础松动。在学术研究方面更多的日本学者认为应废除死刑,日本死刑的特点使其在日本刑法中的作用已变得可有可无,可以预言废除死刑是日本刑法的必然趋势。

【比较刑法】 有学者对中俄未成年人刑事责任年龄立法模式问题进行了比较研究,认为中国与俄罗斯对未成年人刑事责任年龄的立法模式同属于二元标准模式下的明示规制形式,这是历史原因导致的两国法律制度互相融通的结果。苏联解体后,1996年颁布的俄罗斯联邦刑法典深受西方国家人道主义思潮的影响,对未成年人刑事责任年龄问题的规制凸显人道主义的色彩,虽然两国均使用二元标准模式,但是俄罗斯刑法采用年龄界限与个别更正相结合的形式,增加了“心理发育滞后者的免责条款”;而且,关于未成

年人相对负刑事责任的范围两国列举的明确程度不同,俄罗斯刑法典标明条款的列举方式避免随意解释的可能性,值得研究借鉴。

也有学者比较研究了中国和日本的受贿罪问题,认为与日本刑法相比,中国大陆关于受贿罪的规定无论在罪名数量还是规定本身的详细和完备程度上都是

有所欠缺的。中国刑法中的受贿罪罪名过于简单,对受贿的行为方式和法益的侵犯程度都没有完整的规定,客观上对于反腐倡廉不利。立足于中日两国刑事立法现状,中国应适当借鉴日本关于受贿罪的罪名、对象、法益、职务、行为方式等方面的内容,以利于对受贿犯罪的打击。

(赵秉志 袁彬)

民族法学

【概况】 2010年的民族法学研究,主要有以下特点:

研究内容上的特点。一是内容较为全面,涉及民族法学基本理论、民族权利保护、民族区域自治、民族法制建设、民族习惯法、民族法制史、民族司法等方面,具体结构见下表;二是出现了一些梳理性研究成果;三是应用性研究成果增多。

研究方法上的特点。一是研究视角的多元化,注重运用哲学、人类学、社会学、政治学、经济学等其他社会科学理论与法学理论相结合;二是注重民族法学的实证研究;三是注重民族法学的比较研究。

3月19—20日,中央编译局海外理论信息研究中心联合湖南大学法学院和德国伯尔基金会北京办公室,在湖南长沙召开了以“多民族国家的民族政策与立法”为主题的中德学术研讨会,约30位中德专家学者参会;7月22—24日,由中国法学会民族法学研究会主办,青海省民委协办,青海民族大学承办的以“城市化进程中的少数民族流动人口合法权益保障问题”为主题的中国法学会民族法学研究会年会暨学术研讨会在西宁召开。来自全国的50余名专家学者参加了会议;10月16—17日,由北京理工大学法学院、山东大学威海分校法学院、广西法学会法理学研究会主办,广西师范大学法学院承办的第六届全国民间法·民族习惯法学术研讨会在广西桂林召开,来自全国的120多名代表参会。

【民族法学基本理论】 关于学科性质、体系、调整对象、研究方法等基本问题的研究。有学者认为,民族法学应当是一门独立的综合性法学学科,并非一门独立的部门法。当前学界对民族法学理论体系的观点在内在逻辑上矛盾颇多,民族法学应当是由民族法学理论、民族法律制度、民族法文化以及作为特殊构成因素的国际民族法共同构成的。民族法的调整对象,虽然通说认定为民族关系,但事实上还应当包括国家与民族地区之间的关系。有学者从法人类学的整体观、法人类学对法的概念、性质的解读以及特有的研究方法等方面探讨了其对我国民族法学研究的启

示。

关于民族法治理论的研究。有学者认为,民族地区全面落实依法治国基本方略,必须要处理好促进民族经济发展与健全法治建设、保持民族个性与培养公民意识、弘扬民族法律文化与树立社会主义法治理念、宗教信仰自由与维护法律权威以及保障民族区域自治权与国家法制统一等五大关系。有学者从落实科学发展观的角度,提出了构建具有中国特色的社会主义民族法治体系看法。

【民族权利保护】 关于少数民族权利的基础性研究。有学者从平等与特殊保护、发展权及文化多样性三个方面对少数民族权利法律保护的正当性进行了解读。有学者分析了西部少数民族权益法治保障的时代价值、理论依据、宪政依据、现实依据和路径选择。有学者从权利正义角度解读了少数民族权利。有学者对中国少数人权利法律保护的实践进行了评析。

关于少数民族人权保障的研究。有学者运用人类学和民族法学的理论与方法,针对以村落为代表的藏族小规模社会进行了考察,分析了藏族农牧民人权享有的真实性特征。有学者对照国际人权法的相关规定与西藏人权状况的事实,论证了中国对西藏少数民族尤其是藏族,在宗教信仰自由、藏族文化的保护、藏族人民使用和发展语言文字的权利方面实施了最充分的保护,以法律和事实戳穿了西方媒体的谎言。有学者结合少数民族地区扶贫情况,研究了少数民族人权保障问题。有学者以民族区域自治及西部开发为视角,对少数民族人权保障进行了研究。

关于散居少数民族权益保障的研究。学者们普遍认为,制定以《散居少数民族权益保障法》为核心的法律保障体系,是解决散居少数民族权益保障问题的根本之路。有学者重点对散居少数民族权益保障的行政立法进行了研究。有学者以内蒙古自治区“退耕还牧”为视角进行了实证分析。学者们还分别就城市散居少数民族的平等权、劳动权、宗教信仰权益的保障问题进行了研究。有学者以济南市为例,从政治、经济、文化三个方面研究了少数民族农民工权利保障问

题。

关于人口较少民族权益保障的研究。有学者研究认为,人口较少民族政治参与是我国少数民族政治参与的重要组成部分。目前,人口较少民族已初步形成了符合自身发展实际和特点的政治参与机制,但从选举权行使状况、民族干部的培养、建立民族区域自治地方的情况、建立民族乡、基层自治组织建设情况等几方面来看,人口较少民族的政治参与状况仍然存在不足,应予以加强,不断巩固和发展平等、团结、互助、和谐的社会主义新型民族关系。

关于民族区域自治权的研究。有学者认为,国际社会地方自治权不同,我国民族区域自治权在内涵上是一种一般地方国家机关所不拥有的、在民族区域自治地方独有的特殊执行法律、法规 and 政策的权力;它在类型上包括“民族区域自治地方少数民族的自治权(权利)”、“民族区域自治地方的自治权(权利)”和“民族区域自治地方自治机关的自治权(权力)”;它在内容上本是相对于一般地方国家机关职权而言的,但有关法律却存在将之与一般地方国家机关职权相混的状况;它在救济上,由于不以地方分权为条件,不存在“自治机关”将上级国家机关诉诸司法机关的可能。有学者认为,民族自治地方自治权的法律保障应为三个层次:立法保障、执法保障和司法保障,并进行了具体分析。有学者从中央与地方关系的视角分析,认为实践中民族区域自治制度的非内生性、民族自治地方财政的非自足性、自治机关的双重性以及自治权的非彻底化等因素,影响了民族区域自治权的有效行使和落实,并提出了对策。

关于民族政治权的研究。有学者以在云南、四川、广西、宁夏等地的调查为基础,研究了民族地区法官选任和考核须保障少数民族权益的现状和存在的问题,认为应该针对民族地区的特殊情况,制定适合民族地区实际情况的法官司法资格要求标准,在落实考核制度时,要对非当地民族成分的法官增加对当地风俗习惯了解情况的考核事项。有学者研究认为,非自治主体少数民族作为民族自治地方一个特殊的人群,在具体的政治参与活动中客观上处于与自治主体少数民族不平等的地位,代表性小、政治表达权和参与权缺失致使非自治主体少数民族在实际生活中远离了政治权力中心,在政府主导的利益分配体系和相关的公共政策中影响微弱。有学者以广西河池市的公务员招录加分情况为例,认为在少数民族占多数的地区的地方公务员考试中,给在当地占多数并且社会经济地位处于优势的少数民族考生加分,对于当地占少数的汉族考生而言并不适当。人事部门应坚持比例原则,分情况予以对待:全国范围内以及少数民族占少

数的地区的公务员考试中,仍需给予少数民族适当照顾;而在少数民族占多数、优势的地方职位招考,则不宜再给少数民族加分。在具体加分的尺度上,应综合少数民族和汉族占当地总人口的比例和发展水平的不同情况做出决定。

关于民族经济权利的研究。有学者研究认为,少数民族经济权利有狭义和广义之分,其本身是一个开放的、动态发展的系统。随着社会的发展,其外延在不断扩大,少数民族经济权利的主要内容是一个包括民族经济平等权、民族经济发展权、民族经济自治权、民族经济获得帮助权的完整体系。各种少数民族经济权利的性质是不完全相同的,总体上说,少数民族经济权利是基本权利、特别权利、积极权利、公法权利,是集体权利和个人权利的统一,而民族经济自治权属于集体权利,从权利归属主体上看,其是消极权利,民族经济平等权同时具有公法和私法的性质。少数民族经济权利法律保障具有平等、自由、秩序、正义、效益等多项基本价值,而秩序、正义、效益则是其中最重要的价值。正义是少数民族经济权利法律保障之最高价值,效益是少数民族经济权利法律保障之评价尺度,秩序是少数民族经济权利法律保障之内在需求。有学者以德宏傣族景颇族自治州为例,从法律的视角探讨了如何最大限度地保护边疆少数民族地区失地农民的合法权益。

关于民族文化权的研究。有学者认为,少数民族权利保护的依据除马克思主义民族观、人民主权思想、人权学说等理论之外,还包括当代国际社会科学理论中的认同理论与文化多样性理论。其中,认同理论构成少数民族文化权利的文化哲学基础;文化多样性理论构成少数民族权利的伦理基础。有学者结合中国少数民族文化权利保护的现状、问题与挪威的经验,对少数民族文化权利中“文化”概念的具体含义作了分析,认为文化权利首先应该是自主选择生计方式的权力,脱离这一根本将造成并必然加剧少数民族文化缺乏创新力的后果。有学者综合运用多学科研究方法,分析了我国少数民族文化权利公法保障的立法价值取向、立法体系、操作性等方面存在的问题,实践中存在的保障视角、保障机制、公民参与方面的问题,以及在我国目前尚无宪法司法救济制度的情况下,抽象行政行为尚未纳入行政诉讼受案范围的问题、少数民族文化权利行政诉讼的性质问题等,并提出了完善建议。有学者认为,民族民间传统文化的产权保护不能完全独立于知识产权体系而独立存在,应对现有知识产权法进行某些技术性的修改或调整,包括增加权利主体、扩大客体保护范围及调整权利内容,此外,应根据文化遗产特性采用相应简化的注册

程序,对文化财产权利有限期保护,对精神权利无限期保护。有学者认为知识产权法保护的是传统知识利益之上形成的增量利益,现有的知识产权立法能够为少数民族传统知识提供的保护不全面亦不系统,并分析了著作权法、商标法和专利法领域传统知识的保护途径,给出相应的立法完善建议。有学者以人权理论为基点,分析了民族民间传统文化知识产权保护的正当性。有学者以贵州石桥古法造纸为例,研究了民族地区非物质文化遗产的开发与保护。有学者研究了沈阳地区少数民族非物质文化遗产保护现状以及所面临的形势和任务。有学者研究了四川西部少数民族地区非物质文化遗产价值及保护。

【民族区域自治】 关于民族区域自治研究的梳理。有学者从民族区域自治理论研究、民族区域自治制度的发展创新、民族自治思想研究、民族区域自治法制建设、民族区域自治权研究等方面对近年来民族区域自治制度研究进行了述评,并提出了展望。有学者从民族区域自治理论层面、自治机关自治权问题、自治机关民族化问题、民族自治地方自治条例问题等方面对新中国60年来民族区域自治理论研究进行了综述。有学者从民族区域自治的正当性、民族自治地方建置、自治机关民族化、自治权、民族法制建设等方面对改革开放30年以来民族区域自治制度的理论进行了梳理。

关于民族区域自治法的研究。有学者研究了新疆维吾尔自治区在贯彻实施《民族区域自治法》的实践中取得的成效和面临的制约因素,并提出了针对性建议。有学者结合新形势,运用宪法学理论对《民族区域自治法》的基本内容进行分析和评价,来探讨有助于民族地区可持续发展需要的法治基础问题。有学者对内蒙古自治区《民族区域自治法》实施成效进行了调查研究。

关于民族区域自治制度的解读。有学者对民族区域自治制度中上级国家机关的民族法责任进行了研究。有学者从制度安排与族群认同的角度,分析了民族区域自治视野下族群认同的“工具性”因素。有学者从政治学视角探讨了民族区域自治的溯源以及政治价值蕴意等。有学者对改革开放以来民族识别对贵州民族区域自治的推动进行了实证研究。有学者对2005年国务院《中国的民族区域自治》白皮书进行了解读。还有些学者分别从宪政、马克思主义中国化、法制统一性等视角解读了民族区域自治制度。

关于民族区域自治制度的完善。有学者从法治、人民主权、民主、分权与制衡和人权等宪政基本原则下探讨了民族区域自治法治困境及破解思路。有学者研究了民族自治地方自治机关协商民主决策机制的完

善,认为应以宪政和法治的基本原则和精神为指导,改革传统的垂直型协商决策模式,建立真正的协商民主决策模式;应培育和发挥基层自治组织的协商民主功能,建立民族性的社会自治组织,改造和完善以代议制为基础的协商民主决策机制,以增强自治机关公共决策和立法的正当性和有效性。有学者研究了民族区域自治建设中自治权的双向流失、政策过程的完善、政策理念的创新、政府职能模式的构建、少数民族干部队伍建设、民族法制建设、各民族权利义务关系的平衡等一系列问题。有学者通过对云南省峨山彝族自治县在自治机关干部民族化、少数民族干部的培养、选拔与任用及培养各类技术人员等三方面人事管理自治实践的考察,指出了少数民族干部的比例、素质与编制、行政首长外地化和对党管干部的误解等方面存在的问题。有学者基于“有限多数原则”的分析,探讨了保护民族自治地方非自治主体少数民族权利的应对措施。还有些学者分别研究了邓小平民族区域自治思想在西藏的实践和完善、西部大开发中民族区域自治制度的完善、民族区域自治制度与少数民族地区的政治建设、民族区域自治法规设定行政许可等问题。

【民族法制建设】 关于新中国民族法制建设的经验启示。有学者认为,党和国家的高度重视是民族法制建设的重要政治和领导保证,党和国家的政策是民族法制的重要支撑,为社会经济服务是民族法制的动力和生命力,民族自治地方充分发挥了积极性,与时俱进的动态发展是民族法制的源泉。有学者认为,新中国民族立法应当划分为六个阶段:第一阶段(1949年10月—1957年6月)为民族立法的奠基阶段、第二阶段(1957年6月—1966年6月)取得了正反两方面的经验、第三阶段(1966年6月—1976年10月)处于全面停止时期、第四阶段(1976年10月—1978年12月)是开始逐渐复苏阶段、第五阶段(1979年—1997年)走向正轨、第六阶段(1997—至今)是全面发展时期,并指出用发展着的马克思主义作为指导、立足于社会整体系统、正确处理好政策与立法的关系、高度重视民族地区的安全与稳定是民族立法的四大经验启示。有学者回顾了新中国成立以来云南民族法制建设进程,并针对存在的问题进行了研究。有学者认为,我国现行的部分民族法律法规缺乏可操作性和科学性,影响了法律的公正和权威,需要清理。有学者从立法技术与政治学的视角探讨了民族地区立法可操作性问题。

关于民族自治地方立法权的研究。有学者认为,变通立法是基于民族区域自治制度安排的职权立法而非授权立法,在特殊情况下对于法律的变通实施是司

法能动的体现,民族自治地方不享有专有的法律实施变通权。有学者在详尽地考察我国变通立法的实际需求状况、变通立法的时间分布、地域分布、民族分布、立法的主体、表现形式、修订与废止等方面存在的问题,提出了开展专项检查、建立清理制度、制定立法程序、拓展立法内容、重视民族习惯法、提高立法技术、及时修订等对策建议。有学者对民族自治地方立法权进行了系统研究。有学者以延边朝鲜族自治州为例,研究了民族自治地方立法公众参与制度。有学者认为民族自治地方行政立法存在着理念、体系、主体、内容、程序、监督等方面的缺陷,并提出了完善对策。

关于自治条例立法的研究。针对自治区自治条例多年难以制定出台的现状,学者们结合宁夏、广西等自治区实际情况,分析了制定自治条例的意义和存在的问题,并分别重点从制定原则、立法环境、立法程序、立法技术等方面提出了对策。有学者对广西 12 个民族自治县制订自治条例的情况进行了分析,指出了立法不完善和实施效果不理想等问题,并提出了对策。

关于民族经济立法的研究。有学者认为,如何协调西部开发战略与民族地区经济发展战略的关系,是当下民族经济法制建设必须解决的根本性问题,应当将如何建构有利于民族自治地方的权力配置机制、资源开发利益分配机制、产业结构调整机制、公共物品供给机制、区域协作与利益分配机制作为理论研究的重点。有学者结合广西实践分析了我国民族金融法制的不足,指出应从金融货币政策区域化调整、充分利用民族自治地方自治权进行金融创新以及加强民族地区金融信用体系建设等方面进行法制完善。还有些学者研究了宏观经济政策下西北少数民族地区经济立法、完善民族地区财政转移支付的法律对策、《循环经济法》在民族地区的实施等问题。

关于民族文化教育立法的研究。有学者认为,少数民族自治地方可以根据宪法等相关法律的授权,制定有关自治条例或单行条例,对非物质文化遗产的知识产权加以保护。保护条例应以保护非物质文化遗产的文化价值和财产价值为政策目标,以集体性、传统性、智慧性、平衡性等为基本原则,并建构权利客体、权利主体、保护标准、权利内容、权利限制、保护期限、侵权行为与法律责任等主要规则。有学者认为,福建省的相关规定在代表性传承人的申请程序、管理原则以及权利义务等方面仍有待进一步完善。有学者以满族颁金节为例,研究了非物质文化遗产保护问题。有学者研究了湘鄂渝黔民族地区地理标志知识产权保护进展的现状,并提出了加强保护的建议,以

实现地理标志与文化遗产的双重保护。有学者通过对土家族、黔东南苗、侗族、安顺屯堡人三个地区文化传承的差异研究,提出在高校入学考试中用加试民族文化课的加分来代替降分、通过经济杠杆使民族学校从形式到内容名实相副、利用上位法强化民族习惯法。有学者以恩施自治州为例,研究了民族自治地方教科文卫领域立法问题。

关于民族环境资源的立法研究。有学者从总结大理地区环保法制建设的经验出发,在分析全国环境保护法制建设的现有框架和发展方向的基础上,提出了完善民族地区环保法制建设的整体思路:完善政府责任的实现体制、优化社会责任的承担机制、强化公众参与的意识 and 能力,并做好在立法、执法、司法、守法各层次上的贯彻和落实。有学者认为,民族区域自治地方生态补偿机制存在环保投资比重低下、环保投融资渠道单一、生态补偿途径单一、受偿者空位错位现象突出等问题,目前缺乏长效的生态补偿政策支持,提出了拓宽生态投融资渠道、建立多元化的生态补偿模式、健全生态绩效评估体系等建议。

关于其他民族法制问题研究。有学者以临夏回族自治州和甘南藏族自治州为例,分析了西北民族地区经济发展对村民自治的影响。有学者以法人类学为视角,研究了社会环境变迁对民族地区村民法律意识的影响。还有些学者分别研究了西部民族地区对我国农村最低生活保障立法的制度影响、云南跨境民族地区防控人口非法流动的法律对策、我国少数民族人才培养法制建设、民族区域自治地方人口与计划生育管理配套立法等问题。

【民族习惯法】 关于新中国少数民族习惯法研究的总体情况。有学者研究认为,新中国民族习惯法的研究主要涉及民族习惯法的定义、与国家法的关系、与和谐社会建设的关系、与民族文化的关系等方面,存在的问题主要是研究侧重点有偏颇、缺乏对少数民族习惯法文化意义的探究、与国家法关系的现实意义研究不足、对政府决策影响的研究缺失几个方面,今后应当加强对民族习惯法与宗教关系的研究、探求民族习惯法与民族文化的相互影响、寻找民族习惯法和国家法之间的最佳契合点、思考民族习惯法对政府行为的作用。

关于少数民族习惯法的变迁。有学者基于多元的理念,认为少数民族习惯法应当享有自主发展的权利和空间,同时提出要避免文化相对论的一些极端主张所带来的误区,要把最低限度人权的保障作为民族习惯法自主发展的前提。有学者通过田野调查,对贵州省三都水族自治县两个水族村寨的民族习惯法及其不同变迁路径进行了比较,认为在不同的外来文化

冲击下,少数民族对其自身的习惯法体系及其维护机制的认同程度并不一样,即便同一民族内部也存在着差异。有学者从自然地理环境的突破、社会制度的变革、教育文化的发展等方面考察了1950年以后乌江流域少数民族习惯法的变迁。有学者认为消弭国家制定法与民族环境习惯法之间的紧张关系,使民族环境习惯法在现代法律体系中获得重生,是回归自然秩序和谐的法文化传统、重塑法律信仰精神和重归法律对价值理性关切的共同追求。有学者认为,作为地方性知识的习俗规则是制约市场运行和经济增长的重要因素。通过理性的立法、行政和司法活动引导民族地区推进习俗变革,营造有利于市场运行和经济增长的文化环境,是缩小民族地区与非民族地区的发展差距、提升当地民众的权利实现能力的重要途径。有学者对畲族村落习惯法文化变迁进行了研究。

关于少数民族习惯法的功能。有学者认为,应在“法”、“司法”和“法治”三个层面重新解释少数民族习惯法的身份、功能与价值,通过合法化、司法化、资源化路径,实现少数民族习惯法与国家法的整合。在法主体资格方面,拓展现代性法治之法的概念,赋予少数民族习惯法以法的身份;在司法管辖环节,借助司法制度的发展,使少数民族习惯法通过司法化的平台从而展示其正功能;在法治治理效力层面,推动少数民族习惯法在社会权力平台参与塑造法治秩序建构而提升其价值。有学者考察了乌江流域少数民族习惯法的伦理精神,认为其在生命意识方面体现出乐观豁达的生命情怀,敬畏生命、淡然生死;在族籍归属上具有强烈的民族自我意识,以族内婚制度强化民族自我识别标志,以血缘凝聚制度增强民族凝聚力;在生活意识方面凸显出浓厚的和谐共生精神,提倡尊老爱幼以实现家庭和谐、注重互帮互助而实现社会和谐、强调天人合一而达到人与自然共生。有学者以电影《马背上的法庭》为背景材料,分析了少数民族习惯法在乡土社会存在的合理性。有学者以西南少数民族地区为例,考察了民间习惯在多元化纠纷解决机制中的地位和作用。有学者以贵阳市花溪区高坡苗族乡调查为例,考察了少数民族习惯法对循环经济建设的作用。还有些学者分别考察了族群习惯法文化的多层教育功能、民族习惯法对(贵州)发展的影响、西部少数民族习惯(法)在环境保护中的功与过、西南山地少数民族保护水资源习惯法的价值。

关于少数民族习惯法与国家法的关系。有学者认为,民族自治立法机关要真正成为国家法同习惯法对话的通道和对接的平台,要正确定位自身主体功能,加强对国家法进行习惯解读和对习惯法进行国家法式梳理,实现少数民族习惯法的现代表达。有学者通过

一个水族村寨——水塘的田野调查,以村支书的乡村“治理”为主线,展现了水族乡村社会中习惯、权威和法律相互纠结的现象,探讨了少数民族习惯法、国家法在乡村社会秩序维护中的作用。有学者以凉山彝族自治州为例,分析了彝族婚姻习惯法与国家婚姻法的冲突与调适。有学者以湖南省螺蛳滩村的法律现状为切入点,论述了我国少数民族习惯法与制定法的关系。有学者以湘西一个“强奸”案为例,论述了苗族婚姻习惯法与国家婚姻法60年的博弈。有学者结合在广西三江侗族自治县八江和林溪两个乡镇的实地调查,探讨了侗族婚姻习惯法与国家法在司法实践中的良性互动。以贵州黔东南苗族侗族自治州锦屏县为例,研究了侗族习惯法在当今侗族地区的调适问题。有学者研究了西北少数民族法制建设中习惯法因素的整合问题。

关于少数民族民事习惯法的研究。有学者以社会性别的视角作为分析工具,并以多个案例来考察了四川彝族社会内部男女对财产的继承规则与国家现行继承法相关规定的差异,认为男性处于遗产继承的中心,女性处于边缘,使同父母所生的子女在财产分配问题上处于不一样的状况,这是彝族社会以男性血缘维系的家支、家族的范围以内不让财产流入其他家支以及成员手中文化背景所决定的。有学者以湘西苗族为例,研究了当代苗族婚姻习惯法嬗变,认为湘西苗族婚姻习惯法正与国家婚姻法走向融合。还有些学者分别考察了黔东南苗族婚姻习惯法规则中的早婚问题、海南黎族“不落夫家”的婚俗、佤族婚姻习惯法及其现代转化。

关于少数民族刑事习惯法的研究。有学者认为,对少数民族刑事习惯法的研究,不能简单地停留在其社会功能以及价值层面,应该在国家法制现代化的背景下,通过对其现存困境的解读,检视出少数民族刑事习惯法的未来发展路径,以期实现少数民族刑事习惯法与国家刑法精神理念的现代化对接。有学者认为,西南少数民族刑事习惯法在历史上具有完整的体系和极高的效力,在当下民族地区司法实践中仍有突出影响和表现,具有服务于法治的现代价值,并提出了传承路径。

关于藏族习惯法的研究。有学者以落实中国共产党的民族宗教政策以后甘南牧区碌曲县、夏河县按照藏族部落习惯法处理民间纠纷的案例分析、调解协议为基础,解析了藏族部落习惯法在当代甘南牧区民间纠纷调解中的应用范围、处罚制度、调解组织。有学者以青海省海南藏族自治州为例,研究了西部开发语境下的藏族部落习惯法的新趋势以及与国家法对接的途径。还有些学者分别研究了藏族“赔命价”习惯法

与日耳曼民族赎罪金制度、藏族习惯法与甘南藏区和和谐社会构建、多元文化视野中青海藏族的农牧业生产习惯法。

关于苗族习惯法的研究。有学者认为,无论是国家法还是民间法,都不是自足的规范体系,它们各有其存在的领域和价值,苗族习惯法以理词等作为典型的存在样态,在调节秩序、裁断纠纷、宣传法律等方面为国家法的顺利运行提供着力点并发挥着一种平台性作用。有学者以贵州月亮山苗族习惯法“榔规”改革纪实为例,研究了苗族石头法的现代传承。还有些学者分别考察了三个苗族村的村规民约中供全村吃一餐的处罚规定所反映的苗族习惯法文化在当地乡村治理中的利弊、贵州台江县反排寨苗族习惯法中的神判制度、黔东南地区苗族“罚3个120”的适用地域及适应性变化。

关于其他少数民族习惯法的研究。有学者以广西龙脊壮族为个案,对壮族乡约制度的起源与特色进行了调查研究。还有些学者分别研究了羌族习惯法、蒙古族习惯法“约孙”、哈萨克法典的民族习惯法特色与宗法封建法特色、凉山彝族传统社会的神判制度、古代侗款的效力、广西金秀瑶族石牌习惯法之违法规制等民族习惯法。

【民族法制史】 关于中国民族区域自治历史的研究。有学者从中央与地方关系的视角比较了羁縻政策与民族区域自治制度,认为尽管两者不存在历史上直接的源流关系,但大一统的传统思想、解决多民族关系问题使二者有了一定的共同话语。有学者考察了有关民族区域自治理论的观点,认为六届六中全会是中共民族政策“转变的完成”这一观点是正确的。

关于中国封建时期民族法制史的研究。有学者考察了秦汉、两晋南北朝、隋、唐、宋、元、明、清历代封建王朝的民族地区行政立法,并分析了其历史传承性以及对现实的借鉴意义。有学者考察了《夜郎君法规》的历史内容、古彝文字的产生、夜郎国统治民族有立法的传统,并同水西土司法规进行了比较。有学者考察了清代雍正帝的民族法治思想,认为其突破时代和身份的藩篱,认识到多民族国家处理民族关系的正确思路,主张民族平等,反对民族歧视,尊重民族习惯,限制国家干预,保护民族生态,禁止过度需索,促进民族融合,化解民族矛盾,维护了国家的和谐统一。有学者通过对《庆元条法事类·蛮夷门》的

解读,考察了南宋民族法制。还有些学者分别考察了北宋真宗、仁宗时期关于甘青蕃部的民族立法问题、明代广西改土归流进程中关于设土与设流问题的论争历史、清代国家法在西南少数民族地区的本土化历史、清代广西司法对少数民族民间习惯的认可历史。

【民族司法】 关于民族地区纠纷解决机制。有学者研究认为,西南少数民族地区族际纠纷解决机制上可以分为调解型、诉讼型和军事征伐型,在解决机制上具有多样性、复杂性、政治投机性和承认少数民族的纠纷解决机制等特点。有学者将少数民族纠纷解决机制分为三类(当事人类、民间权威类、官方权威类),并通过对四川省乐山市峨边彝族自治县、马边彝族自治县、凉山彝族自治州布托县等地的调查,认为以调解为主的传统纠纷解决方式在彝族的大部分地方仍占据主要地位(特别是在民事领域),纠纷的现代解决方式在城市的彝族与汉族之间也有一定的市场,应该重视以情、理、习惯等为代表的民间法等本土资源,以实现国家法与民间法的良性互动、纠纷的传统解决模式与现代解决方式的衔接,从而构建多元化纠纷解决机制。

关于民族地区刑事司法的研究。有学者以刑法与民族习惯法之间的互动关系为基础,对我国传统的犯罪本质理论进行了反思,指出在民族地区刑事法治发展中在犯罪本质理论上应当确立“规范违反说”,并应通过完善犯罪构成理论来加以展开。有学者研究了刑事和解与民族地区传统法律文化的契合问题。有学者以新疆地区的司法实践为例,研究了新时期“两少一宽”刑事政策的贯彻及完善问题。还有些学者分别研究了西部民族地区的犯罪治理模式、边远少数民族地区假币犯罪问题。

关于民族地区民事司法的研究。有学者通过对苗族婚姻纠纷、土地纠纷、借贷纠纷的分析,探索了苗族理词在民事诉讼案件中的运用。还有些学者分别研究了西南少数民族地区的民事纠纷及其解决机制、遵义仡佬民俗习惯在民事审判中运用机制的构建问题、少数民族地区事实婚姻的效力问题。

关于民族地区基层司法的研究。有学者在构建和谐社区语境下少数民族风俗对所在人民法庭司法活动的影响。有学者以宁夏回族自治区吴忠市同心县为视角,对我国西部少数民族农村地区人民调解制度运行进行了探析。(王九武 王杰 杨蕾)

军事法学

【概况】 2010年,军事法学研究涉及的内容比

较广泛,综合性强,主题突出,特色鲜明。特别是在

“十一五”收尾之年,随着军事法制建设的不断进展,军事法教学科研活动蓬勃兴起,为军事法学研究领域提供了更加广阔的视野,催生了一系列研究成果。2010年,国内出版的军事法方面的专著主要有:《军事行政法学原理》(李佑标主编 国防大学出版社)、《中国军事审判机制优化研究》(吕慧 军事科学出版社)、《国际人道法研究》(俞正山著 解放军出版社)、《军人犯罪预防理论与实践》(秦剑著 解放军出版社)、《中华人民共和国人民武装警察法释义及适用指南》(拓正祥、杜树云主编 中国法制出版社)、《中华人民共和国国防动员法释义》(张汝涛主编 中国法制出版社)等。此外,在《法学杂志》、《中国军法》等多家报刊发表的军事法学术论文有200余篇,研究内容主要集中在军事法学基础理论、军事立法、部门军事法和武装冲突法等方面。

本年度的主要学术活动:(一)5月29—30日,中国政法大学法学院和军事法研究所共同主办的中国军事法治前沿论坛第四届学术研讨会在北京召开,会议主题为“信息化时代的中国军队与军事法治建设——以中国和平发展为背景”。来自国家和军队法制工作部门、军队院校和科研机构、地方高等院校等方面的150余名专家学者,围绕军事法基础理论、信息化时代军事法治建设、军事立法最新动态以及国际海洋法、战争法前沿发展等议题,进行了交流。会议收到80余篇学术论文。(二)第二届东盟地区论坛武装部队国际救灾法律规程建设研讨会。8月29日—9月1日在北京举行。为了推进东盟地区论坛框架下各方参与国际救灾行动的法律规范建设,形成各方救灾法律交流与合作的良好机制,受中国国防部委托,由中国国防大学承办。研讨会主题为“东盟地区论坛武装部队国际救灾的法律共识与合作”。包括美国、印度、日本等18个国家的55名政府和军队有关代表、观察员和学者与会,就各国武装部队参与国际救灾行动在法律法规建设方面的最新进展、各国武装部队参与国际救灾的法律基础以及合作机制等问题进行研讨交流。(三)9月25日,由中央军委法制局主办的“军事法与中国特色社会主义法律体系座谈会”在北京召开。参加座谈会的有来自中国社科院、中国法学会、清华大学、北京大学、中国人民大学、中国政法大学、军事科学院、国防大学等单位的专家学者。(四)11月6日,中国政法大学军事法研究中心在北京组织召开“军人保险的中国模式与立法保障”学术研讨会,来自政府和军队有关部门、军地院校和科研机构以及保险业界的40余位专家学者,会议收到论文10余篇。与会人员系统探讨了关于制定《中华人民共和国军人保险法》的必要性及指导思想,涉及立

法应当把握的原则,军人保险的性质、主体和险种设置,军人保险的运营模式,军人保险与社会保险体系相衔接等理论与实践问题。

【“十一五”期间的军事法学研究】关于军事法学研究的特点。一是研究内容不断深入。许多专家学者在界定军事法概念等有关范畴的基础上,深入探讨了军事法的价值、作用、结构、效力、创制、实施以及军事法制史、军事法律思想史、军事法文化等,出现了一批开创性的研究成果。二是研究主题和方向不断扩展。不少论文围绕当前国防和军队建设的热点和难点问题,研究领域范围不断拓展,涉及军事司法制度改革、军事经济运行法、涉外军事行动法、军人权益保障法等方面的研究成果明显增多。三是研究氛围日益浓厚。各种类型的学术活动日益频繁、各种学术观点竞相争鸣,特别是围绕社会主义法治理念宣传教育、中国特色军事法制建设的不断深化,以及《中华人民共和国人民武装警察法》、《中华人民共和国国防动员法》等法律的出台,许多军内外报刊均以专题形式进行系统讨论研究,对军事法学的发展和军事法制建设实践发挥了积极的推动作用。四是军地交流与中外交流更加活跃。一批国内知名高等学校陆续成立军事法研究教学科研机构,招收军事法专业的博士、硕士生等,共同的研究视角和使命,使军地学者的联系更加频繁,成果更加丰硕。伴随着中国军队参与涉外军事行动的日益增多,事关涉外军事法理论与研究也日益受到重视,促使中外军事法学界学者之间的交流与合作更加密切,学术活动与日俱增。

关于军事法学研究的主要内容。有学者提出体现在四个方面:

(一)军事法学基础理论问题。五年来,军事法学界自觉从多维的角度,审视和反思军事法的基本属性和范畴。有的学者从军事的角度,对军事法的基本属性进行再认识,认为军事决定军事法的基本特性、主要内容和调整范围。有的学者指出,我国对军事法的理解主要以“大军事法观”为通说,我国军事法以维护和协调国家军事利益为实质,对涉及国家军事利益的军事活动和非军事活动加以规范,完全符合法理逻辑和我国国情、军情。还有的学者认为,军事法的本质属性和我国的军事立法实践都充分表明,国家军事利益在军事法中具有优先保护地位,军事法学应以军事利益本位论作为理论基础。许多专家学者注重从权利保护的角度,探讨军事法律关系问题,并提出军事法律关系是由军事法律规范调整的以军事权利和军事义务为内容而形成的一种特殊的社会关系,这种社会关系必然涉及国家军事利益,其性质应当界定为以公法法律关系为主兼具私法法律关系甚至社会法法律

关系的一种法律关系。在权利义务关系方面,有的学者指出,由于国防和军事事务的建设主体是国家,在该领域体现的是国家整体的意志性,并排斥个体意志,这就决定了调整该领域社会关系的军事法应当强调并体现其秩序价值,在军事权利义务方面强调个体的军事义务,限制或者剥夺个体一定的权利。当然,个体履行军事义务后国家应当给予必要的补偿。

(二) 军事行政法理论与实践问题。军事行政法是国防和军队建设顺利运转的关键环节。五年来,军事法学界进一步深化对军事行政法制领域相关议题的认识和研究,在一些争议焦点和新兴领域的研究方面取得长足进展。有的学者认为,目前对军事行政法学理论体系的研究总体相对比较薄弱,主要表现为体系设置不够科学、完整、协调,大多是简单意义上的法律法规罗列与汇编,总论部分缺乏深入研究甚至严重缺失。有的学者提出,军事行政法学理论体系应当由军事行政法基础理论、军事行政组织法、军事行政行为法和军事行政监督救济法四个部分构成。有的学者对军事权进行了深入研究,认为军事权可以有两种理解,狭义上是指对武装力量的统帅权,包括领率权、调兵权、指挥权等;广义上包括领导和管理国防和军队建设的权力以及建军权、宣战权等。宽泛意义上的军事权则由军事立法权、军事指挥权、军事行政权和军事司法权构成;严格意义上的军事权由军事指挥权和军事行政权构成。还有的学者提出,军事权具有明显的暴力性、集中性、伸缩性和自由裁量性,需要由法律对军事权的来源、授予、运行进行规范、控制和监督,军事法正是由此演化成军事组织法、军事行为法、军事责任法等逻辑体系。

对于地方行政机关是否享有“军事行政立法权”这一颇具争议的问题,军事法学界也取得了一些研究成果。有的学者认为,根据我国现行法律的规定,地方行政机关应当享有国防军事职权,其中包括军事行政立法权。承认地方行政机关的军事行政立法权,并不必然破坏国防及军事的集中统一领导。当然,需要对地方行政机关的军事行政立法权进行明确的界定和规制。

对于军事行政诉讼制度的构建,有的学者认为,要建立具有中国特色的军事行政诉讼制度,应当着重就建立健全军事行政复议制度、划定军事行政诉讼案件范围、明确军事行政案件审理机关等方面的问题进行研究。军事法院受案范围应当包括对军事行政处罚不服的,对限制人身自由、对财产的查封、扣押等军事行政强制措施不服的,申请颁发许可证和执照时军事行政主体拒绝颁发或不予答复的,文职人员与被聘用的军事单位之间发生行政纠纷的等若干情况。我国

军事行政诉讼原告资格的确立,应当体现维护国家军事利益原则、维护军事行政相对人合法权益原则以及战时从严原则,具体可区分为平时原告资格和战时原告资格,并在普通行政诉讼的基础上有所缩小,以适应军事社会关系的统一、高效。至于如何构建军事行政复议、军事行政赔偿等制度,军事法学界也给予了一定关注,提出了一些独到见解。

(三) 军事经济、军人权益保护涉法问题。随着国家经济和社会生活对军事活动的影响不断增大,军事法学界在军事经济法方面的研究力度不断加大,领域不断扩展,研究的系统性、规范性不断增强。有的学者从理论高度提出军事后勤执法概念,认为军事后勤执法的基本内涵和特点主要是:第一,“主体”、“权限”、“程序”具有法定性;第二,“对象”为基本的组织、人或事;第三,“目的”是维护国家的军事后勤利益和后勤权益,军事后勤执法总体上具有确定、严格、主动、依存、强制和高效的特点。还有的学者围绕战时卫勤保障法的基本原则展开论述,认为在当代背景下,战时卫勤保障法的基本原则应当包括时效救治、分级救治、一体化救治等三项基本原则。

“十一五”期间,随着法律体系的不断健全和完善,军事法学界对军人合法权益保障问题给予了更多关注。有的学者认为,军人优抚权属于宪法权利的范畴,军人享有优抚的宪法权利;国家和社会是法定的义务主体,必须依法履行法定义务。有的学者针对目前军人的伙食、住房、医疗、交通、保险等方面存在的一些问题,提出军人福利待遇制度应当适应国家收入分配制度和社会保障制度的改革发展,建立国家优惠政策补偿加货币化补偿的特殊保障机制。有的学者主张,应当改革军人优抚和救助制度,推进军人保险制度改革,丰富保险形式,健全军人保险法规体系,实现军地保险基金管理接轨。还有的学者通过对当前军人合法权益保障的现状和主要障碍进行分析,提出加强军人权益保障的基本对策主要是培养军人合法权益保障意识,制定“军人社会地位和权益保障法”,建立军人合法权益保障的维权平台,完善军地联合保障军人合法权益机制,疏通军人合法权益保障渠道等。

(四) 军事刑法及其军事司法制度改革问题。“十一五”期间,军事法学界对军事刑法更加注重从系统性、独特性去认识,在理论难点上取得新的突破。有的学者认为,军事活动的义务性、秩序性和残酷性,决定了普通刑法的基本理念无法全面涵盖军事刑法的特殊性。有的学者指出,军事刑法并入现行刑法存在诸多问题,没有充分体现军事刑法的特有原则,没有全面规范军事犯罪,缺少军事刑罚的规定,并且引发

军事刑法与普通刑法之间的冲突。还有的学者建议将军事刑法单独立法,认为这将有利于增强军事刑法的科学性、灵活性,有利于树立和维护军事刑法的权威。围绕军事刑律具体罪名和制度设计问题,有的学者认为,现行军职罪的规定存在着与国家相关法律规定不相协调、与刑法体系结构及内容不相融合、与军事法规的罚则不相衔接、与依法打击犯罪分子的客观需求不相适应、与司法解释权属和理论研究氛围不相和谐等问题,并结合实际提出了改进的对策和建议。还有的学者对我国战时特别缓刑制度立法提出建议,认为应当在《中华人民共和国刑法》中明确“战时”、“军人”等概念,并增加战时缓刑制度的适用时间、适用范围、使用条件、适用对象和法律后果等具体规定。有的学者提出,我国刑法可以考虑以专章形式设置“危害人类和平与安全罪”,这样可以涵盖战争罪等核心罪行,以利于维护我国的刑事管辖权,避免我国公民受到国际刑事法庭的审判。

针对军事司法制度设计问题,军事法学界更加注重坚持理论与实践相结合,提高研究的针对性和实用性。有的学者围绕军事司法权、军事司法价值等基础问题进行研究,认为在军事司法权配置实践中,应当严格限制军事司法权的推定,逐步实现从权力推定向权力法定过渡,军事领导机关不宜再行使军事司法立法权,军事司法机关也不宜再行使军事司法解释权。还有的学者对军事司法的价值进行重新审视,认为军事司法在保障军人合法权益和维护军事秩序方面,不存在先后和主次的关系,两者是辩证统一的关系。

作为构成军事司法制度的重要内容,战时军事审判制度也是军事法学界关注的热点。有的学者认为,由于战时背景下可能出现无序状态,如何制约指挥官以战争需要为借口而有所欲为,是一个亟需研究解决的现实问题,正确解决这一问题战时军事审判运作机制的核心所在。应当要求只有在法律规范下才能对“受审判者”进行审判,这不仅是实现公正、公平的正义价值的需要,也是实现军队秩序价值的需要。有的学者认为,军事审判制度是世界各国普遍建立的重要司法制度,是维护国家安全和重大政治军事利益的有效手段,是与普通审判制度相区别的特殊审判制度。在美国军事司法体制下,正是军事指挥权和军事司法权的相互制约,才塑造了美国军事司法体制的基本结构。俄罗斯军事检察制度具有一些重要特点,比如实行垂直领导管辖体制,军事检察权与军事侦查权既独立行使又形成一体化,军事检察与军事侦查机关人员的法律地位与法律活动具有强有力的法律保障。我国军事刑事和司法立法应当注重借鉴国外相关军事审判制度中有益做法,从中汲取养分,构建具有中国

特色的军事刑事司法法律制度。

(五) 国际军事法和涉外军事法律关系问题。近些年来,针对我军遂行非战争军事行动特别是涉外军事行动法律保障面临的新形势、新任务和新要求,军事法学界对国际军事法和武装冲突法有关问题进行了深入研究。有的学者从颇具争议的基本概念入手,归纳分析了战争法与武装冲突法的区别,从法理和实践上分析论证了战争法并没有过时、仍然是当代制约战争的重要国际法规范。也有的学者认为,武装冲突法和国际人道法是并行的两种法律体系,武装冲突法可以囊括国际人道法,但国际人道法却不能代替武装冲突法,其称谓不同主要反映传播及研究者的职能需求和立场的不同。但有不少学者认为,国际人道法虽然只适用于武装冲突,但离不开平时履行相关义务,仅在发生武装冲突时才考虑国际人道法问题时,往往会“为时已晚”。

自从我军2008年底参与索马里、亚丁湾护航行动以来,国际社会热议的反恐与打击海盗法律问题也引起我军军事法学界的关注。有的学者指出,完善国际法律制度,在打击恐怖主义活动的同时坚持国际法基本原则,协调各国对恐怖主义活动认定及惩治等方面的分歧问题等,需要进一步反思和研究。有的学者从国际法角度研究认为,通过对打击海盗的依据、目的、普遍管辖权、免责以及国家主权原则的例外等国际法问题进行分析,可以厘清打击海盗行动的性质、方式以及合法性等问题。

随着外层空间军事化趋势加剧,关于外层空间军事利用的法律规制问题日益受到军事法学界的重视。有的学者研究认为,国际法律文件对外空军事利用问题已作出限制性规定,但这些规定还存在明显不足。有的学者提出,防止外层空间进一步军事化、武器化以及外层空间军备竞赛,不仅需要建立完备的法律制度,也需要健全有效的监督、核查和协调机制。

有的学者指出,“十一五”期间虽然军事法学研究取得很大进展,但也存在一些问题和不足,如基础理论研究仍然比较薄弱,研究方法有待改进,研究的实用性有待增强。特别是军事法学会团体多年没有召开学术研讨会的现状,直接造成学术研究氛围不浓、缺乏组织机制保障,成果不断丰厚而系统,军事法学队伍青黄不接的现象比较突出。军事法学界如何紧密结合世界军事变革发展趋势和时代发展变化,坚持立足我国的国情和军情,进一步加大基础理论研究,努力提出构建军事法学科体系的新架构;进一步强化实践指导作用,有效解决国防和军队建设中遇到的相关法律问题;进一步开阔研究视野,增强军事法学与其他学科之间的交流;进一步拓宽交流合作平台,不断

深化军地联手、协作共进的研究机制。军事法学会活动更加活跃,组织机制更加健全完善,这些都是军事法学界今后需要认真思考和解决的问题。

【军事法与中国特色社会主义法律体系的关系】

2010年是党的十五大提出形成中国特色社会主义法律体系的战略目标实现年,作为社会主义法律体系中不可或缺的重要组成部分——军事法,其形成和发展的理论与实践,以及在国家法律体系中的地位和作用等问题,引起许多学者的热烈探讨。学者们分别从军事法律体系形成的历史、军事法的属性、军事法在国家法律体系中地位、国家宪政体制、国家立法体制与军事法的关系及发展趋势等角度进行探讨,广泛涉及法制史、法哲学、法理学、法政治学等多学科的方法和理论。特别是军事法是否能够成为国家法律体系中的一个独立的部门法,存在不同意见。针对目前较为普遍的观点,即认为我国社会主义法律体系中,主要由宪法及相关法、民法商法、经济法、行政法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法七个法律部门(门类)构成,没有关注到军事法的特殊地位问题,有的学者指出,从法律部门的基本特征和现实情况出发,中国特色的社会主义法律体系框架,应当是从我国的国情出发,以所有现行法律规范为基础,分门别类,划分为若干部门法,形成以宪法为核心的有机统一整体。军事法应当作为我国社会主义法律体系的一个独立的法律部门。

有的学者揭示了军事法作为一个独立的部门法的主要理由:一是军事法有特定的调整关系和调整方法。在我国,军事法所调整的社会关系是国防和武装力量建设及作战行动中发生的各种权利义务关系。具体地说,我国军事法的调整对象不仅包括武装力量内部的关系,也包括武装力量与政府(行政机关)、社会、公民等之间的关系。这一特定的调整对象与其他法律部门所调整的社会关系有着显著区别。以军事法与行政法二者关系为例,行政法主要调整国家行政机关在行政管理活动中与公民、组织发生的权利义务关系,具有行政属性;而军事法调整国防和军事活动中军事机关与行政机关和公民、组织以及武装力量内部发生的权利义务关系,具有军事属性。此外,军事法由于调整社会关系的特殊性,在调整方法上与行政法不尽相同,如行政处罚与军纪处罚就存在明显差异。二是军事法的独立性源于我国特有的军事立法体制。在我国现行宪法关于国家机构的规定中,对中央军事委员会的职能和组成单设一节予以规定。如国防法明确规定中央军委可以根据宪法和法律制定军事法规;2000年的立法法规定:“中央军事委员会根据宪法和法律,制定军事法规。中央军事委员会各总部、军兵

种、军区,可以根据法律和中央军事委员会的军事法规、决定、命令,在其权限范围内,制定军事规章。”这不仅将军事机关的立法活动纳入国家立法体制之中,而且表明军事机关制定军事法规规章的活动不同于行政机关制定行政法规规章的活动。三是军事法具备作为法律部门的实践基础。一个部门法成立与否,不仅取决于其调整的社会关系和立法体制,也取决于实践发展的状况和需要。军事法作为一个独立的部门法已具备存在的实践基础。如在我国,不仅有数量众多的军事法律、军事法规、军事规章,而且这类军事法规规范衔接配套已经形成有机整体。经过军事立法工作长期的实践探索和不断改进,作为调整和规范我国军事制度(包括国防和武装力量建设领导体制、武装力量建设以及武装斗争、非战争军事行动的准备与实施等)的军事法规规范目前已经初步形成一个既相对独立又与国家法律体系其他法律部门有着相互联系的整体,军事法律、军事法规、军事规章三个层级之间基本上实现了有机衔接,各类军事法律规范之间基本上做到了协调一致,军事法规体系的位阶和门类划分日趋统一、科学。四是军事法学科建设为军事法作为独立的法律部门提供了有力支持。在我国法学界中,军事法应当成为一个独立的法律部门的观点历来得到多数法学家的认同。因此,按照科学发展观的要求,确认各个部门法的存在与否,绝不能局限在一成不变的思维定式上,更不能人为地界定部门法的数量和标准。将军事法作为一个独立的法律部门,有利于促进依法治国与依法治军协调发展,整体推进军事法制建设,为国防和军队建设提供完备的法制保障,这不仅是加强国防和军队革命化、现代化、正规化建设的需要,也是以科学发展观为指导,丰富、发展和完善我国社会主义法律体系的需要。

也有学者指出,军事法不能成为一个独立的法律部门。其理由是在现行宪法中,没有将“军事法规”、“军事规章”作为独立的法律形式纳入宪法文本。宪法规定,一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触,军事法并没有被宪法明确为一种独立的法律形式。其次,国防法关于中央军委制定军事法规的规定存在缺陷,立法法也没有明确军事法规、军事规章在法律体系中的次序问题以及军事法规、军事规章的立法监督问题。如果硬性认定军事法是中国特色社会主义法律体系的一个独立的法律部门,势必会引发人们对军事法规合宪性的质疑。要真正使军事法作为一个部门法而存在,必须修改宪法的相关规定,明确赋予中央军事委员会及其各部门、军兵种、军区明确的军事立法权。同时,在宪法第五条明确军事法规在中国特色社会主义法律体系中的次序,例如规定:

“宪法具有最高的法律效力，一切法律、行政法规、军事法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章都不得同宪法相抵触”，以保证法律形式体系结构的完整性和效力的统一性。

【军事行政法学的概念和研究对象】 随着军事行政法学的深入，围绕其相关概念的界定，形成了几种不同的学说。一是广义说的观点认为，军事行政既包括武装力量系统的军内行政，也包括一定范围内民间系统的军外行政。因此，军事行政法学应当是指研究武装力量系统的军内行政活动和一定范围内民间系统的军外行政活动中的法律现象及其发展规律的科学。二是中义说的观点认为，军事行政与国防行政是并列的二元关系，因此，军事行政法学与国防行政法学是两个不同的学科体系，军事行政法学是军事法学的下属学科，而国防行政法学则是行政法学的下属学科。三是狭义说的观点认为，军事行政，即军事行政管理，仅指军队内部的行政管理活动，照此推理，军事行政法学则是指研究军队内部行政管理活动中的法律现象及其发展规律的科学。有的学者为此指出，狭义说是军事法学界的早期研究成果，将军事行政法与军事行政管理法简单地等同起来，显然是应当摒弃的，从我国的国情、军情出发，广义说比较可取，军事行政法学是研究军事行政法律现象及其发展规律的科学，它是军事法学的一门分支学科，也是军事法学与行政法学之间的一门交叉学科。

军事行政法学研究对象不仅要研究军事行政法律现象本身，如军事行政法律静态、动态现象，存在的表现形式，军事行政立法、执法、司法、守法和法律监督等问题，而且也应当研究军事行政法律现象与其他社会现象的关系问题，军事行政法律现象作为社会现象的一种，与一国的军事、政治、经济、外交、教育、科技等社会现象联系尤其密切。军事行政法学研究的一项重要任务，就是要寻求军事行政法律现象与上述社会现象相互之间的作用和影响。

【地方行政机关军事行政立法权】 在我国，地方行政机关拥有立法权，可以制定地方政府规章，但是否享有军事行政立法权呢？由于我国相关法律中没有作出明确规定，因此，军事法学界存在不同看法。否定的观点认为，在我国除了民族自治地方的自治机关在有限范围内享有一定的广义的军事立法权之外，其他地方国家机关无此法定权限。我国宪法确认的军事及国防领导体制将制定军事法律、军事法规的权限集中于国家最高权力机关、行政机关和军事机关，并没有赋予地方国家机关军事立法权限。此外，从我国的国情出发，国家的武装力量（军队）是完全独立于地方行政系统的特殊集团，尽管分驻于全国各地，但从

国家的稳定和军队高度集中统一的特点出发，决定了它不能隶属于或从属于地方政府领导。况且，军事和国防事务是一个跨越行政区域的全国范围的重大问题，对外显示一个国家不可分割的领土和主权，包括军事或国防立法在内的有关军事和国防事务只能由国家统一决定和负责管理，地方不宜具有军事立法权。但持肯定说的观点认为，我国地方国家机关是享有国防事务的管理权和立法权的，在管理地方的国防建设事业时可以运用立法权，制定以国防事务为内容的地方性法规和地方政府规章。宪法虽然没有明确规定地方国家机关享有国防职能，但是这并不意味着地方国家机关没有国防职能。从理论上讲，我国地方国家机关是国防活动的主体之一，国防建设的统一领导并不排斥分级负责，国家的国防政策法律确定后，在很大程度上依赖地方的贯彻实施或地方与军队的联合实施。从法律上看，我国地方国家机关享有国防职权，如宪法和地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法所列举的地方国家机关的职权中蕴含着国防职权，此外，我国的国防法、人民防空法、国防教育法等法律中也赋予地方国家机关一定的国防职权。况且，现行法律关于军事立法的规定比较原则，实际军事立法的内容比较粗疏，需要通过地方军事立法加以细化，且各地国民经济和社会发展很不平衡，国防建设需要因地制宜通过地方政府立法形式予以贯彻落实。当然，地方政府的军事行政立法权需要健全完善国家立法，并依法加以适当限制等途径解决。特别是地方政府制定的地方性军事规章在对当地驻军和军人作出规定时，应当以法律法规为依据，不得设置国家法律法规尚未确立的义务内容，不得取消国家法律法规已经确立的权利内容，只能在其已经规定的权限范围内作出进一步细化规定。

【军事刑法和军事司法】 关于军事刑法的特殊性，有的学者认为，在自由与秩序两大对立的范畴之间，军事刑法应当优先选择秩序。在正义与功利两大对立的范畴之间，军事刑法功利性地采取了军事利益保护优先、兼顾公平的做法。有的学者认为军事刑法也是刑法，其制定和适用也要遵循刑法基本原则，即罪刑法定、罪刑相适应、刑法面前人人平等原则。从法律基本理念上看，贯彻军事刑法从严原则不能摒弃基本的人权理念。有的学者论述了战时以伤害手段制止犯罪的紧急措施问题，认为其紧急措施应当以法令行为而非正当防卫行为，将该行为认定为正当防卫理论上存在诸多缺陷。战时紧急措施的实施必须具备五个条件，即起因条件、时机条件、对象条件、限度条件、程序条件。战时紧急措施的正当化根据在于相对于其他法益而言军事利益是一种优越利

益。在军职罪具体罪名的研究中,有的学者认为投降罪的犯罪主体应当限定在战场上的作战指挥人员,除此之外的人员投降的不构成犯罪,但应当按军纪从严原则处理。有的学者对信息化条件下军事刑法面临的新问题作了研究,认为随着信息在现代战争中地位、作用的凸显,对军事信息犯罪的惩治应当摆上重要议程。要在军事刑法中对信息的获取、使用、防护、利用等环节可能出现的军事犯罪行为作出规定,增加关于惩治军事信息犯罪的条款,并加大对此类犯罪的惩治力度。考虑到信息化战争中通信、测量、工程、医疗、运输、建筑、翻译等许多领域非军人专业技术人才可能参与到军事行动中来,军事刑法应当对此作出相应规定,更好地保障军事信息安全。针对我国刑法关于战争罪的规定较少、不够完善的情况,有学者指出应当在刑法分则中增加战争罪的条款,形成与我国参加的战争法条约相一致、适合我军事斗争需要的惩处战争犯罪的刑事法律规范,并妥善处理与军职罪、危害国防利益罪等条款的关系。

在军事司法研究方面,有的学者提出军事司法管理理念的概念,认为在完善我国军事司法管理制度过程中,需要着重把握三个基本问题,即需要明确军事司法管理的概念、需要塑造管理程序优先;需要完善以坚持司法理念与军事司法理念并重。有的学者对军事司法的谦抑品格进行研究,认为军事司法的谦抑品格“以军事司法理性、军事司法克制、军事司法宽容为理念基础。”“在刑事诉讼法定,刑事诉讼程序分流,刑事纠纷解决手段,贯彻落实宽严相济刑事政策等方面得到具体体现。”在战时刑事诉讼方面,有学者指出我国战时军事刑事诉讼立法形式应当采用与普通刑法合体的形式。战时刑事诉讼立法中应当明确和完善适用范围、战时暂缓起诉、对人和案件的适用范围、戴罪立功决定及其程序、缩短办案期限等制度。有学者认为战时缺席审判机制是一种特殊的诉讼制度,其在打击犯罪、定纷止争、提高效率 and 实现司法权威等方面具有独特价值。为适应军事斗争准备的需要,应当从案件的适用范围、适用条件、具体程序、救济和保障等方面,建立与完善我国的战时缺席审判制度。还有的学者指出,构建独立的军事赔偿法律制度应当从严格区分军事赔偿与民事赔偿,分别设计军事赔偿与军事补偿入手,扩大赔偿范围,提高赔偿标准,分类适用军事赔偿归责原则,审慎抉择军事赔偿义务机关,恰当选择军事赔偿立法模式等。

【联合军演的法律特征】近年来,随着我军与外军联合举行军事演习情况的增多,对其中涉及的法律问题的研究也日渐深入。有的学者指出,联合军事演习不仅有鲜明的军事色彩,而且有突出的法律特征。

一是联合军事演习的正当性。举行联合军事演习,除了具有明显的军事交流与合作的效果以外,同时具有极强的政治敏感性。成建制、全副武装的外国武装部队以演习为目的在东道国领土、领空和领海的军事存在,必然引起对参加演习国家之间关系的各种解读,以及对演习性质的各种猜测、对演习目的的各种推断、对演习效果的各种评判。联合军演活动必须通过法律形式表述出来,才能消除世俗疑虑,体现其正当性。二是参与人员法律地位的确定性。由于对出境参加联合军事演习的部队及其人员,国际社会至今没有对法律地位作出规定,因此,必须通过制定条约、协议的形式对参演人员在东道国的法律地位作出明确规定。三是参演法律关系的多样性。如参演部队领导指挥体制涉及到与东道国军事指挥机关的关系,组织协调机制涉及到与东道国部队和其他国家参演部队的关系,在驻地和演习地域涉及到与东道国政府及其居民的关系,在东道国涉及与有关国际组织和第三方法人的关系等,因此应以法律形式对参演人员在东道国的一系列法律关系作出明确规定。四是演习中处置涉法问题的复杂性。外国参演部队人员及其武器装备在进入东道国或者过境国后,将遇到政治、经济、外交、民事、刑事、军事等方面的一系列复杂的法律问题,如出入两国边境时的海关、边防、检验检疫、税收和航空等交通多个执法部门,入境后尊重东道国的主权、法律及其风俗习惯及其内部事务的态度等,抵达驻地时对东道国不动产的使用、自身警戒、生活服务保障等,举行联合演习时对东道国的环境保护、民事侵权和损失赔偿等;派遣方犯罪人员的司法管辖问题等,都需要预先通过签署法律文件的形式予以明确。

【涉外军事行动的法律保障】有的学者指出,涉外军事行动是指具有涉外军事因素的军事行动,其可以分为联合国框架下的军事行动、双边或者多边军事行动、单边涉外实力政策一大类型。涉外军事行动具有和平性、战略性、综合性、规则性的特点,与多样化军事任务等存在着区别和联系。随着国家利益的拓展和非传统安全威胁的上升,我军组织实施的涉外军事行动不断增多,但与涉外军事行动法律保障不足的矛盾日益突出。主要表现是:涉外军事行动法规制度不完善,涉外军事行动法律机构不健全、涉外军事行动法律伴随保障不到位。这些问题的存在,直接影响了我军涉外军事行动能力的提升和任务的有效完成。首先,涉外军事行动立法滞后。需要进一步完善我军走出去的法律,即我军实施境外军事行动的法律依据和保障。目前,我军参加联合国维和行动、中外联合演习、国际人道救援、打击国际犯罪、维护战略通道(如护航)等行动,主要依据相关国际法,包括联合

国决议、国际公约和惯例,缺乏具体明确的国内法依据和相应的国内法律保障。在维护海空权益方面,我国现行的海空管制法律还不够完善,已有的维护海空权益的法律比较原则,没有具体实施办法,可操作性不强,也缺少专门的海空管制法规。此外,我军赴境外参与国际人道、国际执法活动、打击跨国犯罪、维护战略通道等军事行动的国内法依据和保障,在许多方面也是空白。随着我军对外军事合作与交流的不断扩大,外军人员和装备进入我国境内的情况日益增多,不仅有应邀来华进行联合军演、联合训练、人道救援、船机访问,今后还可能会出现外军部队过境的情况,涉外外军人员的出入境管理、法律地位、权利义务、行动规则、司法管辖等诸多问题,应当在国内法上予以明确。近年来,我军在涉外军事行动领域里与外国签署的专门性国际协定,总体上看也远远不能适应涉外军事行动的实际需要,不仅中外联合军事演习的国际协定较少,在国际人道救援、打击国际犯罪、维护战略通道、过境他国领土等方面,相关的国际协定基本上是空白,在一定程度上限制了涉外军事行动的有效实施。其次,涉外军事行动的法律保障机制还不完善。一是涉外军事行动的法律保障还缺乏统一归口,没有专门部门负责;二是涉外军事行动国际条约和协定的磋商草拟工作,缺少统筹协调、立法指导、程序规则及审查制度;三是涉外军事行动的决策及实施,有的缺少必须的法律评估论证与法律咨询支持,造成政治上的被动;四是涉及军事行动法律顾问制度缺失,给涉外军事行动带来一定程度潜在的法律风险。

【国防动员法律问题】 2010年2月国防动员法颁布后,带来了新一轮国防动员法理论与实践的研究热潮,这充分体现在2010年度研究国防动员法的论文和文章增多。有的学者认为,传统意义上的国防动员只是战争动员,而现代国防动员并不局限于战争状态下的动员,除了应对属于传统安全范畴的战争和其他武装冲突外,还须应对属于非传统安全范畴的紧急状态或者国家面临的其他危机。现代国防动员在实施上也超出了传统国防动员的范围,还包括动员准备和复员两个环节。为此,可将现代意义上的国防动员定义为为应对国家主权、统一、领土完整和安全所遭受的威胁,国家进行准备、启动紧急措施以积聚国防力量的法律活动。有的学者对我国国防动员的立法理念进行梳理,全面探讨了国防动员体系与突发事件应急体系的衔接关系,认为我国国防动员的适用范围经历了从单纯的战时“应急”向应对紧急状态、突发事件等非传统安全威胁的“应急”的过程。在“大国防观”的时代背景下,国防动员立法需要确立与国家安

全需要相适应、与经济社会发展相协调,以及与突发事件应急机制相衔接的理念和指导思想。有的学者从经济学视角对国防动员立法中的行为主体资源进行分析,认为国防动员行为主体的资源具有有限性和复杂性等特征,会对国防动员博弈的最终均衡产生较大影响,并决定国防动员的立法效率。有的学者围绕国防动员法确立的“特别措施”进行研究,认为国防动员特别措施的主要内容包括对重要行业系统实行管制,对相关社会活动实行管制,实行特殊的工作制度,为武装力量优先提供各种交通保障等。有的学者围绕我国国防交通法律制度的完善进行研究,指出我国国防交通法律制度存在的主要问题是国防交通管理体制的不健全和法律制度的不完善,并提出适应现代战争的要求,建立集中统一的国防交通管理体制;贯彻市场经济原则,使国防交通寓军于民、军民融合;加快军事立法步伐,制定国防交通法等;有的学者围绕我国军事征用的立法现状开展研究,指出我国军事征用专门法缺失,军事征用法律关系不清,军事征用范围界定模糊,时效没有确定等方面存在的问题,并提出实施专门立法,确定补偿主体以及明确补偿细节等建议。有的学者认为现代意义上的国防动员补偿法律制度是保障公民财产权的一种手段,补偿责任是法治和人权保障的必然要求,由于补偿经费往往是从国库中支出,因而也涉及国家的财政利益,进一步完善我国国防动员补偿法律制度,有利于提高国防动员的质量和效益。

【国际军事法的定义】 有的学者认为,国际军事法是调整国际社会集体安全保障及有关军事利益等特殊关系的国际条约和国际习惯的总称。有的认为,国际军事法是保障国际社会集体安全及调整全球范围内包括主要军事大国之间军事关系、军事利益的主要国际条约、国际习惯的法律总称。还有的认为,国际军事法应当区分为广义和狭义两种。广义的国际军事法包括和平解决争端的军事法和战争法。我们目前理解的国际军事法主要是从狭义上界定的,即它是相对于战争法或武装冲突法而言的,是关于调整国家和国际组织相互间和平时军事关系的具有约束力的法律规范的总称,是维护国际和平与安全、限制和裁减军备的法律手段。还有的认为,国际军事法是调整国家之间以及国家与国际组织之间平时和战时军事关系的法律规范的总称,是国际法的组成部分。对国际军事法界定的多样性,反映了人们对其规律和本质认识的不确定性和不成熟性。从“军事”概念上界定,国际军事法应当包括平时和战时两方面军事关系和法律规范;从历史和现实分析,国际军事法主要是研究平时而非战时国家军事关系法律规范的学科;国际军事法

与国内军事法是两个相互联系而又有根本区别,分属两个不同法律体系的学科。有的学者在经过认真分析比较后认为,国际军事法是以平时国际军事法律关系为专门研究对象,以国际军事法的行为体、行为体之间在平时的军事法律关系以及国际军事法的渊源为研

究内容的国际法的一个分支学科。调整对象的国际性、和平性、军事性,法律效力的有限性和分散性、表现形式的独特性和散见性、内容的实践性和时代性、制定程序的复杂性等,是国际军事法的基本特征。
(张建田)

民事诉讼法学

【概述】 2010年,民事诉讼法学领域学术探讨热烈,成果显著。出版的学术著作主要有:常怡著《民事诉讼法学研究》、章武生著《司法公正的路径选择:从体制到程序》、毕玉谦著《民事诉讼证明妨碍研究》、张榕著《事实认定中的法官自由裁量》、孙祥壮著《民事再审程序原理精要与适用》吕淑琴著《民事诉讼程序要点精释与裁判依据》、陈文曲著《民事诉讼当事人陈述理论重构:以哈贝马斯的交往理性为视角》、武红羽著《司法调解的生产过程——以司法调解与司法场域的关系为视角》、牡丹著《诉讼诚信论:民事诉讼诚实信用原则之理论及制度构建》、李卓著《公益诉讼与社会公正》等。学者们在理论探讨的基础上,更加注重对具体制度的设计及构建,对实践中暴露出的问题提出了更具有可操作性的意见和建议,研究内容不仅考虑到借鉴国外经验,也更加注重探索国外经验在我国本土的适应性。此外,学者们对调解制度、执行制度、民事检察监督、能动司法等理论与实践中的热点问题进行了深入的研究探讨,提出了见仁见智的观点与看法,可谓百花齐放,百家争鸣。

民事诉讼法学研究会2010年年会10月28—29日在浙江湖州举行。最高人民检察院副检察长姜建初、最高法院执行局局长俞灵雨、最高人民检察院民行厅厅长王鸿翼、全国人大常委会法工委民法室副主任扈纪华、浙江省检察院检察长陈云龙、湖州市委书记孙文友以及民事诉讼法学领域的专家、学者和实务界同行出席会议。年会围绕“司法改革与民事诉讼监督制度完善”这一主题展开,就民事检察监督与司法权威、民事检察监督的范围、类案监督、司法建议与陪审制、民事抗诉制度与民事审判过程监督、对民事执行的监督、上级法院对下级法院的监督等专题进行了深入的交流研讨。

中国第一届执行论坛于10月26—27日在南京召开。最高人民法院原副院长、中国行为法学会会长刘家琛,江苏省高级人民法院院长公丕祥,中国行为法学会执行行为研究会会长杨荣馨,最高人民法院执行局局长俞灵雨,中国行为法学会秘书长田明海参加了

会议,来自全国法院以及北京大学、中国政法大学、中国人民大学等校近百名专家、学者和执行实务界代表参加了研讨。论坛围绕“民事强制执行单独立法研究”的主题,就民事执行权的配置、民事执行立法体例、协助执行与执行威慑机制、执行审查与裁决、执行制度完善等进行了深入的探讨。

(杨荣馨 宋晓佩)

【执行制度】 关于强制执行模式。目前,学界对强制执行模式概括为权利实现本位的执行模式、程序公正为先的执行模式、权利实现与程序公正并重的执行模式三种。主流执行理念认为,执行当以实现权利为己任,执行并不等于诉讼,诉讼的目的是确定权利,而执行的目的是实现权利,由此就形成了“权利实现本位”执行模式,我国的执行现状就采用了这种模式。有学者对此提出异议,认为正是由于“权利实现本位”的执行模式才导致案件当事人对法院执行难的责难愈演愈烈。该学者提出执行模式应当将执行案件分为“执行得了”的案件和“执行不了”的案件两类,并在执行模式中引进权利实现与程序公正并重的模式。对于执行不了的案件,坚持以“理”服人为重,强化程序公正,突出执行服务理念等措施来化解执行申请人因权利未能实现的怨言与不满;对于执行得了的案件,坚持以“力”服人为重,强化实体公正,突出执行的威慑力、强制力来迫使被执行人履行执行义务。如此来破解执行难,以回应当事人对法院执行工作的责难。

关于强制执行权。针对强制执行权分权运行,理论界主要有三种观点:一是执行裁决权与执行实施权两权分立;二是裁决权、命令权、实施权三权分立;三是裁决权、启动权、命令权、实施权四权分立。有学者主张,执行权分权两分说将执行工作一分为二,清晰明了,操作简便,其通过降低权力行使的自由度,弱化权力的自我保护能力,使执行裁决权和执行实施权在运行中相互制约、相互监督,且世界上多数国家都是如此划分。针对两分说在实践中出现的流于形式现象,有学者提出了以下思路:将执行权分权行使、分段运行、分层负责等方式来保障执行权的科学

运行。分权行使,即是将执行裁决权从执行机构中彻底分离出去,由不同的审判机构和审判组织行使。同时,将执行实施权中相对独立的委托评估拍卖、变卖等事项再从执行机构中剥离出去,交由司法行政部门行使,执行机构只执行单一的执行实施权。分段运行,即是将执行实施权分为执行启动(编号、分案、案件信息录入、材料扫描、流程管理等工作)、执行调查(财产的调查、控制及强制措施的适用)、执行实施(负责执行财产委托评估、拍卖事项的衔接,变现财产的分配、流标财产的移交)三个阶段。分层负责,即是将执行管理层级分为决策、指挥和管理、执行层。决策层由院长、分管院长及审判委员会就执行工作的部署、重大执行活动安排、相关法律文书的签批等工作宏观把握。指挥层由执行局(庭)负责人、局务会就执行案件报请、重大执行工作的协调、执行工作规范性文件的起草制定等工作领导指挥。管理层由执行机构的具体负责人就本部门职责范围内的执行案件具体管理、强制措施的具体实施、重要案件的讨论、法律文书的审核等负责管理。执行层由各执行组织具体办案。

关于强制执行检察监督。在可寻求的强制执行的监督体系中,检察机关代表的公权力的介入能否遏制执行不力、执行不公的司法困境,成为专家学者们争论的焦点。有学者对此持反对意见,认为检察监督权并不能改变现行执行中的困境,甚至会使阻力重重的法院执行工作雪上加霜。有学者主张,检察机关作为我国的法律监督机关,具有侦查监督权、审判监督权和执行监督权,在民事和行政领域同样如此。主张检察监督机制的学者认为,建立强制执行检察监督机制具有正当性:强制执行权的公权力性质决定了必须建立强制执行的外部检察监督机制,并且检察监督也具有宪法和法律依据。有学者提出了强制执行检察监督的范围和方式:检察监督的重点是执行裁定、执行措施和执行行为。检察监督的方式主要有抗诉、检察机关执行裁决权、检察机关执行异议权、纠正违法通知书、检察建议、现场监督等。

关于执行标的。目前我国理论界对执行标的的特征认识不一:执行标的非抗辩性和法定性的两特征说;执行标的多样性、非抗辩性、法定性的三特征说;还有学者认为执行标的是有限性、确定性和非抗辩性的另一种三特征说。对于执行标的的种类,主流观点认为执行标的包括财产和行为。但也有学者提出执行标的包括财产、人身和行为。他们认为人身作为执行标的,理由在于人身并不意味对人执行;把人身作为执行标的的间接执行措施从新民主主义时期就采用,是一项重要的司法工作经验;我国现行民法并未

没有将人身排除在外;把人身作为执行标的的是一种间接执行措施,不同于代替金钱或行为的履行义务,更不同于将债务人的人身用于债务抵偿的对人执行制度。有学者提出执行标的都是有限的,执行标的为财产时,其有限性表现在豁免财产上,即“应当保留的财产”上。目前,我国对豁免财产缺乏全面细致的规定,实体法和程序法上的范围不明确,不利于实务操作。企业法人豁免财产的适用主体应由金融企业、国有企业扩大到其他性质、行业的企业法人,兼顾对生产资料的豁免等,这些问题都有待进一步明确。此外,有学者主张违反执行标的的有限性可采用撤销执行处分、提出执行异议,执行异议之诉等方式来救济。

关于执行救济。有学者认为,我国现存的执行救济仍有许多不足,从执行申请人到执行被申请人再到案外人三维度的救济都有待完善和加强。就执行申请人的救济而言,执行异议无疑是其最好的救济方式,我国民事诉讼法第202条作了规定,但有学者提出我国的执行异议规定模糊、程序简单,不具有可操作性,应对执行异议的事由做如下具体的限定:错误受理;不依据执行依据的内容或超越执行依据的范围行事;应变更或追加执行主体而不变更或追加的;执行标的为法律所禁止;查封扣押方法不当;其他不遵守法定执行程序而侵害当事人或利害关系人的。另外对异议的审查由执行法院专门机构以书面形式审查裁定执行人员执行行为的是否违法。若当事人对执行异议裁定不服,可由当事人自行决定是向执行法院的上一级法院申请复议或者直接向执行法院起诉。该学者也提出将执行异议区分于执行异议之诉,并且执行异议之诉应排除债权人异议之诉,仅包括债务人异议之诉和案外人异议之诉。针对案外人异议之诉,有学者提出了以下完善思路:一方面应取消案外人异议之诉的前置程序,赋予案外人程序选择权,既其可以选择执行异议或者另行提出异议之诉;另一方面取消案外人再审救济,实施案外人异议之诉一元化模式,即只要案外人提出的异议属于法定事由的实体问题,均可以提起异议之诉。针对债务人异议之诉,该学者提出:由执行法院的执行裁判庭按照普通审理程序审理并裁判,所作判决可以上诉。(杨荣馨 宋晓佩)

【调解制度】关于诉讼调解的性质。对这个问题学界有不同的观点:审判权说、处分权说、审判权与处分权结合说。有学者认为,我国现行的立法就采用了审判权说定位诉讼调解的性质,这种定位强调了法院审判权的特点,忽视了当事人在诉讼中的主导地位,由此也导致诉讼调解的救济程序缺失(我国民事诉讼法仅规定了对调解违反自愿和合法原则可以申请再审救济,而要证明违反自愿和合法原则是非常困难

的)。该学者进一步提出了完善思路:第一,厘清诉讼调解的性质,将其定义为法院职权与当事人处分权的结合,明确当事人处分权是核心,法院职权是保障;第二,完善诉讼调解救济制度,从实体和程序两方面出发,对调解协议在实体上有欺诈胁迫情形的,当事人可通过确认之诉申请认定调解无效;细化民事再审的规定,规范调解中违反程序的救济。

有学者根据诉讼调解的发展阶段,将诉讼调解分为:压制型调解、法制型调解、回应型调解。压制型调解是通过调解实现国家治理的制度模式;法制型调解,本质上与法院审判权相同;回应型调解,当事人自主实施的诉讼行为,法院参与其中,三方合作,共同解决。该学者认为我国诉讼调解现状属于法制型调解,应当向回应型调解方向发展,才能真正实现案结事了的价值目标。

关于能动司法与诉讼调解。能动司法是司法实践中提出的要求,意在强调司法的服务性、主动性和高效性。有学者认为,应注意从边际成本收益的视角全面理解和把握审判和调解在不同地区和不同层级法院的社会效用,充分发挥不同法官不同的判决或调解才能,避免意识形态化地强调判决或调解的优先性和单一评价标准。该学者认为,任何制度的有效性都有边界,即使能动司法和大调解的构建与实施能够获得实效,也不大可能减少社会的诉讼需求。期待应有限定,但中国的司法必须回应中国的问题。对于调解所可能取得的效果,该学者认为应视不同的纠纷解决语境而定。即使在目前强调能动司法和大调解的形势下,也仍然要注意保持能动与消极、判决与调解的平衡。对不同地区的法院要考虑不同的审、调平衡。审判工作仍然是并将始终是法院的重要工作,对于中高级法院来说,甚至是最重要和最主要的工作。基层法院则可以更多地适用调解。能动司法对法官的素质提出了较高的要求,仅仅专业化是不够的。而且能动司法能否有效推行与律师界的积极参与、推动也有很大的关联。而法官和律师的积极性和主动性则需要相关的激励机制来解决。此外,该学者还对依法调解和能动司法的提法提出了质疑,认为若想促进调解的发展,必须适度摆脱法条的约束,放松对调解的“依法”要求。用能动司法来概括中国司法并不准确,司法并不总是也不可能总是能动的,“实事求是”、“注重司法实效”、“解决实际问题”等传统的表达对司法的长远发展会更好,可能更经得起历史的考验。

也有学者对放松调解的“依法”要求提出质疑。首先,当事人处分是民事诉讼中的重要原则,依照这种法定原则,法官不仅可以允许并努力促成调解,甚至不能干预调解结果的达成。其次,主张放松对调解

“依法”要求的学者曲解了调解中法官基于策略和技巧的需要而分别对当事人劝说这一方式,将其混同于违反公正廉洁规则而“私下接触当事人”的行为。如果认为调解可以不依法,不仅容易引起实践中的混乱,同时也会进一步加大社会各方面对调解认识的偏见。该学者还从能动司法与司法能动主义的关系角度,展示了自己对于能动司法的研究进路,认为当下中国语境中的能动司法主要与实用主义意义上的司法能动主义在有限的范围内相重合。对待司法能动主义,我们没有必要通过自我封闭建立某种自尊。总体上,应当把中国能动司法看做是世界法治语境中的司法能动主义在中国的特殊形态。对于能动司法理念的提出,该学者从司法发展方向、国家核心控制力与司法、主流意识形态等方面进行了细致分析,同时也指出,能动司法的理念在我国实施还面临着若干约束性因素。对此,我们应以积极同时却又审慎的态度去思考和对待中国特定社会条件下的能动司法。在构建能动司法内容体系的过程中,应避免把西方司法能动主义的理论与实践当作能动司法的应然状态,同时也不能将违反基本司法规则和规律的做法视为能动司法的具体举措。能动司法把追求社会目标的实现作为司法的基本导向;以多元社会规则、多重社会价值作为司法的考量依据;把调解作为处理社会纠纷的常规性司法方式;把便民、利民作为司法运行中应考虑的重要因素。同时,能动司法的贯彻需要建立相应的保障机制。宏观上,建立良性而有序的司法与政治的互动机制;中观上,建立恰当而有效的最高司法机构的指导机制;微观上,建立科学和合理的法院内部审判运行机制。

关于诉前强制调解。诉前强制调解是指当事人将特定类型纠纷诉诸法院后,法院在正式受理案件之前,将案件交由人民调解委员会或其他组织人员进行调解。有学者认为,将调解作为起诉的前提条件可能妨碍公民获得审判,且与调解程序的协商、参与属性相冲突,因此诉前强制调解不具有存在的正当性。也有学者认为,调解具有分流案件、合理配置有限司法资源、缓解诉讼的对抗性等优点,而且强制调解只是参加的强制,当事人仍有是否达成协议、达成何种协议的自由。强制调解并没有不恰当地妨碍当事人的裁判请求权,法院强制当事人诉前接受调解也不构成拒绝裁判,因此,诉前强制调解具有正当性。该学者还指出,当前正确的实现路径开始向ADR转移以及诉讼在实现正义方面所面临的不可避免的障碍,都为诉前强制调解提供了立论前提。然而,尽管诉前强制调解具有正当性,其正当性也是以限度为条件的。具体体现为:诉前强制调解的正当性存在于其程序设置的

司法性或准司法性;适用主体限于享有司法权的法院或者享有准司法权的司法ADR提供者承担;适用诉前强制调解的案件也应有明确分类;诉前强制调解的法律效力止于形式确定力和执行力,不具有确定判决的其他效力,且诉前强制调解协议的形式确定力、执行力与判决具有迥然不同的法理依据。

(乔欣 魏莹)

【民事检察监督】 随着审判改革的发展,民事检察监督制度越来越受到理论及实务界的重视。有学者主张,检察机关在民事检察监督职能集中体现为抗诉职能即“事后监督”,是我国检察监督的根本缺陷,导致现行的民事检察监督权行使不力,因此需扩大检察监督的范围,也有学者主张,过分扩大民事检察监督职能会导致检察机关过多干预审判机关独立行使审判权。还有学者认为,扩大检察机关的检察监督与审判机关独立审判并无矛盾之处,审判独立和检察监督都是相对的,审判机关不能以独立为理由排斥任何外来监督,而检察机关也不应以检察监督为借口对法院审判过多干涉。

对民事检察监督的现状,有学者从宏观指出了以下不足之处:第一,监督范围狭窄,仅抗诉再审监督有明确的法律依据,参加诉讼的诉中监督、属于公益诉讼的诉前监督以及属于审判延伸的执行监督均无设计;第二、监督效果不明显,检察机关作为监督者仍然被动,被监督者对监督者的意见拒绝接受后,监督者也无救济之途;第三,监督效率不高,抗诉时效未规定导致监督速度慢、周期长,案件数量少;第四,监督机制不畅等。对此,有学者认为,只有将民事检察监督实现从有限监督转向全面监督,从实体监督到程序监督,诉讼监督到社会监督,才能全面发掘监督职能。

也有学者从微观上提出现行的检察监督制度存在以下缺陷:检察机关在再审程序中明确的诉讼地位、职责,导致其往往仅负责宣读抗诉书,旁听审判,不利于检察监督职能的行使;检察机关抗诉范围过于狭窄,仅局限于生效的判决和裁定,将同等效力的调解书排除在外,以及诉讼过程中管辖权异议、财产保全、先予执行等裁定只能等到裁判生效后才能提起抗诉;检察院抗诉与法院再审程序规定不详,导致当事人多头申诉,浪费司法资源。对此,有学者提出了以下完善思路:扩大检察机关监督抗诉的范围,不仅包括生效的判决裁定,也包括具有既判力的调解书;理顺监督关系,生效裁判的抗诉应由原审人民法院的同级人民检察院提起;为抗诉程序的启动设置前置程序,即检察机关受理抗诉申请的前提是当事人再审申请已被法院驳回。

有学者从诉权和审判权行使的起点、过程、终点提出了民事检察在民事诉讼中的路径设计:第一,对起诉与受理环节的监督,检察机关当在国家利益、社会公共利益受损无人起诉;国有资产流失,权利人怠于起诉的;弱势群体民事权益受损不敢不会起诉的;双方当事人恶意串通,提起虚假诉讼的;法院不立案,又不作出不予受理裁定时通过起诉、督促起诉、支持起诉、发出纠正违法通知书等来行使检察监督权。第二,对审理、裁判和调解环节的监督,检察机关在违法的调解、特别程序中严重侵害公民人身权利的案件,庭审中严重违法法定程序的案件,错误使用妨害民事诉讼强制措施的案件,不依法送达导致当事人权利受损的案件中采用参与案件庭审,发出再审建议,发出纠错性检察建议等方式行使检察监督权。第三,在执行环节,检察监督的重点是执行裁定、执行措施和执行行为。检察监督的方式主要有抗诉、检察机关执行裁决权、检察机关执行异议权、要求说明不执行理由通知书等、纠正违法通知书、检察建议、现场监督等。

(杨荣馨 宋晓佩)

【程序利益保障理论】 有学者认为,在程序公正被提升至和实体公正同样重要的地位后,单从程序独立价值或程序公正价值角度揭示和强调程序的意义,对于程序的现实地位提高所起到的推动作用并不明显。而程序利益的理论因其更具有现实说服力,正好可以满足这一要求。该学者认为,已有的程序利益的定义单纯地强调当事人的精神需求或物质需求,不无偏颇。完整意义上的程序利益,应当是当事人对程序的精神和物质追求的总和。保障程序利益不仅是宪法的要求,也是保障诉权、解决纠纷的需要。该学者还进一步提出了程序发生冲突后的保障与平衡:面对程序利益与实体利益发生的冲突(主要是物质程序利益保障和发现真实间的冲突),应该分两个步骤:区分实体利益的大小,配置繁简不同的诉讼程序;赋予当事人以程序选择权。对于程序利益的内在冲突,可采取与平衡当事人程序物质利益和实体利益冲突相同的原则和方法。对于我国民事诉讼程序利益的保障,该学者提出以下完善建议:设置小额诉讼程序;提高使用督促程序的使用率和使用的成功率;扩大程序选择权;适当限制二审和从严限制发回重审、再审。

(乔欣 魏莹)

【证据制度】 关于创设民事诉讼证明妨碍制度。有学者认为,针对我国民事诉讼中广泛存在的证明妨碍行为,亟需借鉴先进法治国家所创设的证明妨碍制度,以此保护受妨碍人的合法权益,维护诉讼公平正义。在证明妨碍制度下,法院通过对妨碍人采取措施,从而达到补救、处罚、防阻的目的。该学者在分

析了证明妨碍制度的构成要件后指出,我国现行《民事诉讼法》虽然对当事人的主观证明责任予以明确,但并未从当事人证明责任的角度来对证明妨碍制度做出任何明确规定。立法层面上仅将证明妨碍行为作为妨碍民事诉讼行为的一种情形来对待,体现的是维护司法秩序的公法立场。相关司法解释虽有关于此问题的原则性规定,但立法上缺乏证明妨碍这一构成要件的制度性安排和设计,使得有关原则性的规定在实务中缺乏可操作性。应该建立一套多元化系统功能模式。在立法上明确为非负证明责任一方当事人设定相应的事实陈述及证据提出协力义务。另外,针对我国《民事诉讼法》纯粹从公法制裁的角度规定的对证明妨碍人的相关制裁措施,该学者认为此举有失偏颇,应当对症下药,通过对有关具体证明妨碍行为的性质和个性的认识,考虑采取证明责任转换、证明责任减轻等方式作为施加相关法律上的效果。

另有学者认为,日后我国民事诉讼法修订增设证明妨碍制度时,宜将诚实信用原则违反说作为其法理基础。不负证明责任的当事人援用对方当事人负证明责任这一事实与妨害证据使用的先行行为相结合即构成了对诚信原则的违反。诚信违反说能够圆满解释证明妨碍之正当依据,而且以此为基础所作的关于证明妨碍制度的具体布设能够以较为开放的体系因应不同形态的妨碍证明并对之做出妥善处理。

关于民事诉讼当事人的申请调查取证权。有学者认为,在强调当事人举证责任的背景下,有必要明晰当事人申请调查取证这一权利的构成要件,以及其在诉讼实务中的运作状况,制定用于调整行使这一权利所引发的利益冲突的具体规则。申请调查取证权的构成要件包括:该证据对查明案件中的争议事实具有重要作用;当事人申请调取的证据是本人和诉讼代理人无法收集的证据;当事人向法院提出了书面申请;一般应在举证期限届满前七日提出申请。该学者还就几个具体问题进行了探讨:关于证人证言是否属于申请调查取证的范围,关键的一点是怎么处理和证人当庭作证之规定的关系。在我国,《民事诉讼法》对证人出庭作证是留有余地的,证人出庭接受当事人的质询并非必不可少。以此,在证人确实不愿出庭的情况下,由法院根据当事人的申请找证人询问后做成证言笔录未尝不可。关于确定哪些证据当事人有权申请法院调取的“客观原因标准”,由于我国未采取律师强制主义,不宜考虑当事人是否委托律师对其取证的区别,只要符合调查取证的条件,法院就应当采取调查取证措施。关于离婚案件中一方当事人申请调查另一方当事人的银行存款是否需要提供具体信息,只要当事人在申请中对对方当事人可能隐匿财产做出了合理

揭示,法院即可启动查询,不宜再设过高的门槛。

关于证明标准。有学者主张应当坚持客观真实的诉讼证明标准。该学者认为,诉讼证明的终极对象为实体法律规范下的要件事实。诉讼证明标准是对司法者认定实体法律要件事实的应然要求,而非实然结果。该学者还对“法律真实”的观点进行了批判,认为法律规范属于价值论范畴,而事实判断属于认识论范畴,绝对不能将用来判定行为是好是坏,是合法行为还是违法行为的标准当作判定证据是真是假的标准。法律真实论者以“形式真实”代替“实质真实”的论调其实是对传统重实体轻程序弊病的一种矫枉过正。在民事诉讼和刑事诉讼证明标准的认定上,由于证明标准是对司法者认定实体法律要件事实的应然要求,所以应当坚持一元制。实然处理上,民事案件可以与刑事案件有所区别,但这并非由于证明标准问题所致。

关于非法证据排除规则。有学者通过实证分析指出,民事非法证据排除规则问题的研究在我国理论界尚有空白之处,理论界的视野仅局限于当事人调查取证的合法性,没有观察到实务中不断发生的民事诉讼当事人以对方当事人涉嫌经济犯罪为由向公安机关报案,公安机关因此传讯另一方当事人或另一方当事人的主要负责人,制作询问笔录,刑事侦查程序并未再继续,而报案的当事人却获得了公安机关制作的询问笔录并提交法院,作为证明力较强的证据供法院审理民事案件适用。该学者认为,以这种手段取得的证据与民事诉讼当事人因刑事犯罪嫌疑被立案侦查而产生的证据不同,其程序正当性有疑问,该问题应当引起学界、实务界的重视。(乔欣 魏莹)

【管辖制度】 2010年1月1日起施行的《最高人民法院关于审理民事级别管辖异议案件若干问题的规定》(以下简称《规定》),受到了理论界、实务界的一致肯定。有学者指出其有待完善之处:首先,关于级别管辖权异议的主体问题,《规定》仅将级别管辖权异议的主体限于被告,忽视了在法院依职权追加第三人或移送管辖的情况下,第三人与原告的级别管辖权异议权,此种规定回避了实践与理论中的主流观点,有待进一步思考。其次,《规定》对于管辖权异议审查处理程序的规定过于简单、原则,没有规定当事人参与异议处理程序的诉讼权利,法院的职权主义倾向严重,缺乏有效制约。第三,《规定》并没有对实践中存在的当事人滥用管辖权异议并导致诉讼迟延的行为做出有效规制,相关的制约机制及配套规则和程序有待建立和细化。最后,关于《规定》中的移送管辖,即当事人未依法提出管辖权异议,但受诉法院发现其没有级别管辖权的,应当将案件移送有管辖权

的法院审理。此种情况下的移送管辖,当事人是否有权提起管辖权异议,《规定》并未予以明确。对于移送管辖的时间,涉及到法院诉讼行为的效力、诉讼程序的衔接、诉讼效率及“一案两审”等重要问题,《规定》也没有明确,这种模糊性必然会带来适用上的分歧,也不利于规范法院的移送管辖的行为。

(乔欣 魏莹)

【送达制度】 有学者在实证调查的基础上对我国民事诉讼实践中的“送达难”问题进行了深入剖析,指出,解决这一难题需要重新审视送达的性质和功能,协调好送达制度与周边制度的关系,平衡好各利益主体之间的相关利益。关于民事送达的行为属性,该学者认为一国的民事送达的行为属性往往取决于其所选择的民事诉讼模式。在超职权主义模式下,我国的民事诉讼送达完全被定性为人民法院的一项职权行为,目的主要在于保障诉讼进行。而面对改革过程中喷涌而出的民事案件所造成的巨大压力,依职权主义履行民事送达职责的人民法院不堪其负,“送达难”问题凸显,改革势在必行。该学者认为,构筑以法院送达为主、当事人送达为辅的送达体制大体上符合我国送达制度发展的趋势,但此项主张仅仅在当事人双方自愿及强制诉讼代理人履行一定的送达义务方面存在改革的空间。关于送达制度的功能定位,该学者认为,我国应确立“以人为本”和“权利本位”的民事诉讼理念,以保障“与程序的结果有利害关系或可能因该结果而蒙受不利影响的人,都有权参加该程序并得到提出有利于自己的主张和证据以及反驳对方提出之主张和证据的机会”这一“正当程序”为价值取向,而非仅从保障诉讼进行的角度来定位送达的基本功能。在此基础上,该学者进一步指出送达制度的构建思路:一、合理协调送达与起诉制度的关系,重新设置起诉条件的门槛,改立案审查制为立案登记制;二、科学界定送达法律关系所涉主体的法律地位;三、合理规制送达法律关系和相关法律关系主体之间的权利义务。针对送达实践中各种送达方式存在的一系列问题,该学者还分别分析了其背后的制度缺陷,指出了我国送达制度整体上所存在的社会诚信缺失、法院本位主义色彩浓厚、价值目标单一、逾越立法,违规送达等制度特征,并为送达方式的完善提出了建设性的意见。

(乔欣 魏莹)

【民事诉讼程序】 关于构建民事审前程序。有学者强调了民事审前程序在明确争点、固定证据及促进和解方面的功能。指出,我国《民事诉讼法》规定了“审理前的准备”,但尚未形成独立的审前程序。立法改革的首要任务就是改依附性的审前准备为独立性的审前程序。该学者还分析了审前程序与法官释明权以

及审前程序与多元化纠纷解决机制的关系。认为审前阶段是法官进行释明活动的关键阶段,释明主要表现为:对双方当事人进行必要的举证方面的指导、通过发问或提示的方式使双方当事人就关键核心问题作进一步阐释从而形成争点、围绕争点协助当事人固定证据等。不仅如此,审前程序能够将纠纷解决的不同阶段联系起来,在尽可能清晰地了解案件信息、探知案件全貌的基础上,使当事人通过非诉讼的方式解决纠纷,如果审前阶段无法解决,就力争将案件导入一个高效率的审判进程。构建我国的审前程序,要考虑诉讼法和实体法的交错,以及如何调和“发现事实”和“促进诉讼”这两项诉讼法上二律背反的基本要求之紧张关系,对证据制度、诉答程序、初步审理、法官释明权、多元化纠纷解决机制等进行相应的改革。

关于民事二审程序的审判范围。有学者认为,模式论、制度论、结构论、原则论都属于确定二审审判范围的论题。首先,确定二审审判范围的原则包括主要原则和辅助原则。主要原则又包括不告不理原则和职权干预原则。职权干预原则是对不告不理原则的某种软化和突破,不告不理原则在确定二审范围方面起基础作用,职权干预原则只起到在尊重上诉请求的基础上扩大二审审判范围的作用。如果说主要原则采用积极的正面肯定的方式调整二审审判范围,那么作为辅助原则的组成部分,上诉不利益变更禁止原则和利益变更禁止原则则采用消极的反面否定方式来调整二审审判的范围。其次,二审审判范围在不同的诉讼体制中有不同的体现,从历史发展来看,表现为四种模式,即审判权确定模式、诉权确定模式、以法院的审判权为主导的混合模式、以当事人的诉权为主导的混合模式。目前,以当事人的诉权为主导的混合模式因其富有辩证因素,契合民事诉讼发展规律而比较适合中国的司法实际。再次,确定二审审判范围的“制度论”包括上诉利益制度、同时上诉制度、交叉上诉制度、附带上诉制度。该学者认为我国立法中应当补充规定上诉利益制度和附带上诉制度。上诉利益的有无是法院评判该上诉请求是否能够成为二审审判范围事项的标准,且对其判断应采用实质的不服说。附带上诉的目的在于阻止上诉不利益变更禁止原则的适用,同时也追求相对独立的上诉请求。其适用的前提是同时上诉已经成为不可能。最后,确定二审审判范围的“结构论”主要指上诉审性质问题,包括“复审主义”、“续审主义”和“事后审理主义”。我国的上诉审结构为续审主义,但具有事后审主义的精神。另外,该学者还分析了确定二审审判范围的“机制论”。其包括两个层面:一个是二审审判范围的确认机制;另一个是二审审判范围的变动机制。前者主要涉及当

事人上诉请求的确认,后者则涉及上诉请求的变动。

关于特别程序。有学者认为,我国的民事诉讼立法过于重视一般程序而忽视特别程序,导致诉讼程序成为一元化的程序规则。在一般程序和特别程序的关系问题上,我国法律只规定了特别程序向一般程序转换,而没有规定一般程序向特别程序的转换。在特别程序和非讼程序的关系上,针对制定《民事非讼程序法》的观点,该学者不予认同,认为我国民事诉讼法上没有非讼事件与非讼程序的概念,也缺乏诉讼与非讼区分的历史传统、思维观念及立法样本。问题的关

键是,特别程序的范畴要远远大于非讼程序。二者之间实为一种包含关系,故没有单独就非讼程序立法的必要。关于特别程序的构建,该学者认为应该坚持“一般程序和特别程序二元论”的观点,运用“实体法和诉讼法二元论”的研究方法,构建一个既包括传统意义上的特别程序也包括商事特别程序、知识产权特别程序、海事诉讼特别程序、劳动争议特别程序和人事特别程序在内的“大民事诉讼特别程序体系”。

(乔欣 魏莹)

刑事诉讼法学

【概况】 2010年我国的刑事诉讼法学研究在基础理论、司法热点等方面均取得了丰硕的成果,学术研讨热烈。在本年度召开的学术会议主要有:2月2—4日,由北京师范大学刑事法律科学研究院、汕头大学法学院和中国政法大学刑事司法学院联合主办的“刑事审判实务热点问题研讨会”在北京举行。4月22日,中国政法大学刑事法律研究中心与最高人民法院刑三庭联合主办的“中国刑事二审程序的改革与完善”国际研讨会在北京召开。6月30日,由中国政法大学诉讼法学研究院和山东省东营市人民检察院联合主办的“非羁押性强制措施适用与完善”研讨会在山东省东营市河口区召开。8月18—19日,由北京师范大学刑事法律科学研究院主办的“第二届当代刑事司法论坛”在贵阳市举行。9月12—14日,由刑事诉讼法学研究会与山西省人民检察院联合主办的中国法学会刑事诉讼法学研究会2010年年会在太原召开。本次年会的主题为“进一步深化刑事司法改革,推进刑事诉讼法修改完善”。11月6日,为加强沟通、共同提升刑事二审程序的司法水平,由北京市第一中级人民法院和北京市人民检察院第一分院联合主办,中国法学会刑事诉讼法学研究会协办的“刑事二审程序:深度展开”研讨会在京召开。11月15日,由中国人民大学诉讼制度与司法改革研究中心主办的看守所押人员投诉处理机制专题研讨会在京成功举办。12月4—5日,由北京师范大学刑事法律科学研究院、美国纽约大学法学院亚美法研究中心共同主办的“死刑适用标准专题研讨会”在北京召开。12月18日,由复旦大学司法与诉讼制度研究中心主办的“公设辩护人制度基本内容和发展前景理论研讨会”在复旦大学召开。12月18—19日,由中国社会科学院刑事法学重点学科主办的第八届刑事法前沿论坛暨刑事诉讼法修改研讨会在北京举行。

【侦查程序】 有学者认为,侦查程序制度设计是否科学合理,是人权保障体系健全和完善的关键所在。目前侦查程序存在以下主要问题:第一,侦查机关实施的强制侦查行为没有应有的监督;第二,限制和剥夺公民自由的侦查权力过于扩张;第三,对于在侦查中权利受到不当侵害或非法侵犯问题没有设置相应的救济途径。该学者认为,针对现行侦查制度存在的人权保障不足进行改革,应当是本次修改刑事诉讼法的一个重点。

有学者认为,侦查程序的传统构造以对侦查效率的强烈追求和对犯罪嫌疑人权利的普遍限制为特征。与刑事公诉领域和刑事审判领域高昂的改革热情和积极的改革举措相比,刑事侦查程序的改革相对滞后,试图通过立法强行推进侦查程序构造现代化转型的努力遭遇了巨大的阻力。制约侦查程序现代化转型的因素不只是犯罪控制任务的巨大压力,传统侦查理念的影响、侦查手段的落后等同样是重要的原因。侦查程序改革的滞后严重制约了整个司法现代化的进程,刑事司法程序的现代化需要侦查程序构造改革同步进行。而推进侦查程序构造的现代化转型需要加速侦查理念的变革与侦查程序的立法改革,需要用现代科学技术武装侦查机关。也有学者明确指出,需要用诉讼化的构造来重构我国的侦查程序。其认为,在现代社会,侦查程序诉讼化不仅是程序公正的必然要求,而且是程序具有独立价值的重要体现。侦查程序诉讼化既是一种诉讼状态,更是一种发展过程。侦查程序诉讼化要求将所有的侦查活动都纳入侦查程序,侦查程序应当具有正当性,合理配置侦查程序中的各项权力,在侦查程序中建立“三方组合”的诉讼结构,对侦查权进行有效的监督制约等。我国侦查程序诉讼化存在许多问题,侦查程序诉讼化的整体程度较低,应当从侦查活动、侦查强制措施和侦查监督制约三方面

进行完善,以进一步提高我国侦查程序的诉讼化程度,提高人权保障水平。

有学者从刑事侦讯的角度分析了我国侦查程序的缺陷。其认为,第一,侦查程序本身的线性结构所产生的被追诉方地位的极度弱化,以及基本的程序性制约和交涉与互动机制的缺失;第二,现行侦查程序的基本原则主要体现侦查任务性和工具性的要求,没有体现侦查活动制约与控制的精神;第三,在侦查行为的定性、立法样式和相互协调性等方面存在缺陷。为此,可从以下方面考虑我国侦查程序的改革与完善:首先,侦查程序的构造应具有交涉与互动以及程序性抑制的基本特征;第二,将侦查法定原则、侦查比例原则和侦查的制约与控制原则作为侦查程序的基本原则;第三,在侦查程序的归类、侦查行为的方式以及侦查程序内容的顺序安排等方面做出相应的调整。

【证据制度】关于证明责任。有学者认为,坚持和实践客观真实与法律真实相结合的中国特色诉讼真实观,离不开与其相适应的证明责任理论和制度的支持。在中国语境下,刑事证明责任包括公安司法机关的证明职责和控辩双方的举证责任。坚持法院承担证明职责,就要坚持法院拥有一定范围内的调查证据职权。举证责任包括推进责任和结果责任。在刑事诉讼中有必要在制度上明确结果责任的例外、辩护方承担一定的推进责任、非法证据排除规则中举证责任的分配。也有学者指出,刑事诉讼中的证明责任,一般而言是由控诉方承担,这是一个基本的原则。而被告人不负证明责任,则符合无罪推定以及保护被告人权利的证据规则。然而,僵化的证明责任的分配原则给控诉方带来了很大的负担。幽灵抗辩的出现使得这种证明成为控诉方不能承受之重,证明责任分配的公平游戏规则此时已经变得不再公平了。刑事证明规则应当借鉴英美证据法上出现的“积极抗辩”理论,来修正原先过于僵化的证明责任规则,并最终来解决这个困境。

关于证明标准。有学者认为,英美刑事证明标准即“排除合理怀疑”对案件事实认定有正面意义,它的实质内容应当以法治信仰作为中心词,它的作用条件需要制度来保证,它的具体操作需要参照对案件调查结果的“心理描述”状态谱系,它的功能发挥需要经验理性方法,它的思想值得我国借鉴。也有学者对刑事诉讼和民事诉讼中确立不同的证明标准提出了商榷意见。其认为,诉讼证明的终极对象为实体法律要件事实,对实体法律要件事实的价值评判和利益衡量以及要件事实与行为结果之间因果关系的判断,决定着立法者对实体法律要件事实的摄取和规定。“法律真实论”在理论上难以成立,以此指导司法实践也是

有害的,因此,应当坚持客观真实的诉讼证明标准。由于诉讼证明标准是对司法者认定实体法律要件事实的应然要求,即追求实体法律要件事实的客观存在,因此,刑事诉讼与民事诉讼的诉讼证明标准应为一元制。也有学者对死刑案件的证明标准进行了冷静分析。其指出,学界普遍认为,提高死刑案件证明标准有利于防止误判,有利于减少死刑适用,有利于提高刑事司法正当性,但是,由于相关配套制度的不协调,这几个理由在我国的制度环境下都是不能成立或至少是存在严重缺陷的。应将审理程序分为定罪和量刑两个阶段并科以不同的证明标准,要求在死刑案件中贯彻一致裁断原则,并致力于提升非死刑案件的整体正当性。

关于取证主体理论。也有学者对传统证据法学上的取证主体理论提出了不同看法。其认为,依据取证主体合法性理论,取证主体限于法定的刑事司法机关及其工作人员,其他机关或个人均不具有取证的主体资格,其所获证据不具有证据能力,不得直接作为证据在刑事诉讼中使用。然而,由于法解释上缺乏依据、法理基础缺位以及法实践中导致的悖论,我国传统证据法学所主张的取证主体合法性理论其实并不是一项科学合理的证据学理论,应当予以扬弃。其同时也指出,记者以违法犯罪的方式“暗访”取证,其行为应当定位为私人违法取证行为。私人违法取证行为本质上仍属一种违法甚至犯罪行为,除非具备紧急避险、正当防卫、自救行为的要件方能阻却其违法性,否则,取证人应当承担相应的法律责任。但是,私人违法取证所获之证据,原则上不能因为其手段违法即径直予以排除,而是要考察其违法手段是否极端违背人性或者违背社会良心,达到使社会不能接受的程度,如是,则应对其所获证据予以排除。

本年度,为了提高刑事案件办案质量,确保司法公正,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合颁布了《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》、《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》。在此背景下,不少学者从理论上对证据制度的相关问题进行了热烈的研讨。

有学者认为,非法证据排除规则的目的决定其适用范围并将最终决定其命运。美国法的发展史证明,以遏制警察非法行为为出发点或者主要目的,排除非法证据往往徒劳无功。非法证据排除规则在遏制警察非法行为方面有着天然的局限,排除规则与警察自由裁量权之间存在着难以调和的紧张关系。我国非法证据排除规则应当以实现法院审判公正与程序公正、司法纯洁性为目的,遏制警察非法行为是其附带后果,

而不应成为出发点。

有学者对非法证据排除规则的实际运用进行了细致研究。认为,“两院三部”联合出台的《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》在价值理性层面标志着非法证据排除规则在我国的实质确立。但目前我国严格运用证据排除规则存在十大技术难题,即定义难、辨别难、提出难、举证难、调查难、对质难、认定难、排除难、协调难和配套难。非法证据排除规则在规则定位上反映的是“程序理性”而非“实体理性”,在法律效果上对辩方有利而非对控方有利,在事实认知上妨碍事实查证而非促进事实查证,它能够在多大程度上实现,体现了一国刑事司法的法治水平。在技术理性层面是否解决或者部分解决了上述十大技术难题,需要将其 15 条规定逐条与上述技术难题进行对照分析。

有学者认为,非法证据排除规则适用的范围以及适用模式是非法证据排除规则的核心内容。非法证据排除规则适用的范围从总体上可以包括非法言词证据和非法实物证据以及通过非法证据所获得证据,即“毒树之果”。《办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》从防止冤假错案发生的角度规定了对非法言词证据的排除及其操作程序,没有规定对实物证据的排除,也没有提及“毒树之果”。非法证据排除规则的宗旨并不是为了防止司法误判,而是为了抑制官员滥用权力侵犯人权。作为一项程序性制裁手段和一种权利救济手段,为达到抑制警察非法滥用职权的行为和保护民众不受非法侵害,非法证据排除规则的范围不能仅仅限于非法言词证据。

司法实践中,对于诱惑侦查得来的证据是否应予以排除,没有一个统一的做法。有学者认为,对于诱惑侦查而言,“机会引诱”因本为合法之侦查取证行为,故其所获证据当为合法,可作为法庭审判定案之根据;但“犯意引诱”作为一种违法侦查行为,一旦成立,则应当排除其所获之全案证据。违法诱惑侦查,系国家制造犯罪,已经逾越侦查犯罪之必要程度、违反宪法对于基本人权之保障、对于公共利益之维护并无意义,因其在性质上已经属于极端严重的违法侦查行为,因此,对于违法诱惑侦查所获之证据,无论言词证据,还是实物证据,均应一律排除。如果被告在审判中提出其遭受侦查机关违法诱惑侦查的抗辩时,类似于被告提出其遭受警方刑讯逼供的抗辩,应由检察官承担证明该阻却犯罪成立事由不存在的举证责任,且由于该事实为直接影响被告罪责之实体事实,因此,举证时应当适用严格证明法则,并应证明至排除合理怀疑(高度盖然性)的程度。

【辩护制度】 有学者认为,律师辩护从审判阶段

延伸到侦查阶段是历史的发展趋势。侦查阶段犯罪嫌疑人委托的律师身份应定位为辩护人,辩护内容包括实体性辩护和程序性辩护两个方面。其诉讼权利的配置应当考量收集证据、查获犯罪嫌疑人与人权保障之间的冲突和平衡。我国当前不仅应明确修订后《律师法》的效力,而且还要对侦查阶段律师会见权、通信权、调查取证权、申请调查取证权、讯问时在场权等规定作出相应的调整或改革。

有学者指出,对指定辩护律师的作用,现行法的质量标准是“客观职守型援助”,而更高的要求是“合理有效性援助”。通过与委托辩护律师的实证对比研究发现,指定辩护实践存在“作用阶梯”现象。从定量角度分析,指定辩护律师在庭审中表现明显不如委托辩护律师,后者相对积极;指定辩护律师在案件定性方面作用不大,较之委托辩护略有不如。而从司法人员的评价出发,指定辩护律师发挥的整体作用也不及委托辩护律师。究其原因,指定辩护律师介入诉讼时间过晚、刑事法律援助经费保障不充分、指定辩护质量监控机制偏于形式化是主要影响因素。进一步加强指定辩护律师的作用、提高其辩护效果,很大程度上也取决于这些内、外因素的调整与变化。

有学者指出,域外处理辩护冲突有两种模式:一种是以美国为代表的“当事人主导辩护”模式,另一种是大陆法系国家的“律师独立辩护”模式,两种模式分别有其形成的内在机理和运行逻辑,且各有利弊。我国辩护冲突的解决应当借鉴“律师独立辩护”模式之所长,实现从“绝对独立”向“相对独立”的转型,并通过“辩护协商”的工作机制预防和化解辩护冲突。

有学者指出,获得有效律师帮助制度不仅追求控诉方与辩护方攻防力量的平衡,更追求律师和当事人地位关系的平衡。对抗制国家未受有效律师帮助的救济制度建立在公平审判原则基础之上,其特点:一是针对辩护律师消极履行辩护职责侵害被追诉人利益的行为。二是一种刑事程序之内的权利救济方式。在通常情形下,英美国家检验被告人未受有效律师帮助的标准采“行为瑕疵”和“不利后果”双重要件。在我国刑事救济程序中为追求扩大律师辩护参与面上的力不从心,可以考虑确立被告人未受有效律师辩护的权利救济制度。

【一审程序】 有学者认为,刑事诉讼的事实认定,应以一审庭审为中心,即以审判为中心、庭审为中心、一审为中心;而不应当以庭前程序为中心、庭下活动为中心、上级审为中心。然而,上述反诉讼规律的做法,在某种程度上正是中国刑事案件事实认定机制的现实。如果不解决刑事案件事实认定结构与机

制的问题,就不能提高刑事案件的办案质量。但考虑现实条件,应区别案件类型与司法任务,确立不同的司法应对方式,限制这一机制的适用范围。建立这一机制,需要适度阻断侦审联结,限制庭前活动的“预审”与代审功能,实现庭审的实质化、有效性和中心作用;需要通过加强审判法官与合议庭的责任,限制审委会与院、庭长在案件事实认定上的权力,限制庭下阅卷的作用等措施,发挥庭审对事实认定的决定作用;需要规范请示汇报制度,调整诉讼资源配置,规范发回重审制度,同时全面加强基础基层建设,增强一审法院司法能力,保证事实审理以一审为中心。

也有学者指出,为了防止不当的合并审理可能造成的侵犯被告人辩护权现象,绝大多数国家和地区对合并与分案审理都作了严密周详的规定。但我国《刑事诉讼法》及其司法解释基本上没有任何规范合并与分案审理的条款,司法实践中大量存在的不当合并审理既严重侵犯了被告人的辩护权,又会滋生以下弊端:庭审流于形式、剥夺了共同被告人的取保候审权,导致了超期羁押、被告人减刑和假释权无法得到保障、影响被告人的上诉权和申诉权、侵犯了被告人的聘请辩护律师权和会见律师权。修改《刑事诉讼法》时,应限定刑事案件关联性的范围,明确规定分案和合并审理的各种法定情形及救济措施。

【二审程序】 关于二审程序的审理原则。有学者坚持认为,虽然二审全面审查原则遭遇了现有司法资源难以承担等困境,但总体上说,现行的二审全面审查原则保障了案件的实体公正处理。具体体现在:第一,全面审查处理原则有助于充分发挥上诉审的救济功能;第二,有助于实现审判监督功能;第三,有助于实现各司法机关之间的相互制约。但也有学者认为,我国刑事二审程序的功能包括权利救济功能和裁判过滤功能两个方面。我国现行的全面审理模式严重制约了权利救济功能和裁判过滤功能的发挥,有必要加以改造。应当确立有限审理与全面审查相结合的模式,重构刑事二审程序的审判范围,以确保刑事二审程序功能的实现。

关于二审的审理方式。有学者认为,为顺应刑事司法改革的总体趋势,应当倡导逐步实现二审案件全面开庭审理。现阶段,抗诉案件一律公开审理,随着死刑核准权收归最高法院,死刑二审上诉案件也已全部实现开庭审理,但其他上诉案件的开庭率仍然较低。考虑到司法资源、司法职权配置等方面的限制,刑事二审开庭审理的案件范围应当逐步放开,一方面,不应当片面追求在短期内实现二审全部开庭审理,要从实际出发,并且以实现实体和程序的公正为终极目标;另一方面,不应当回避改革的必要性和

紧迫性,要稳步有序地推进改革。但也有学者坚持认为,二审审理应当全部开庭,被告人请求法院不开庭审理是例外,即是否开庭取决于被告人的意志。

关于检察机关参与二审程序。有学者认为,我国刑事诉讼法和相关司法解释规定,第二审法院的同级检察院是二审程序的参与者。尽管同级检察院在二审程序中的角色定位尚未明确,但一般认为其需要出庭履行法律监督职责。实践中,一方面,由于大多数上诉案件都未开庭审理,故同级检察院很难切实履行法律监督职责。另一方面,第二审法院在审理过程中遇有需要调查核实证据的情形,同级检察院也通常未能积极配合。根据我国宪法规定的法院和检察院分工负责、互相配合、互相制约的原则,第二审法院需要尽可能地扩大上诉案件开庭审理的范围,保障同级检察院依法履行法律监督职责。同时,对于那些不开庭审理的上诉案件,第二审法院也应当允许同级检察院查阅案件并提出书面意见,并在宣判后将判决书或者裁定书送达同级检察院,以便自觉接受法律监督。相应地,第二审法院因事实、证据问题建议同级检察院调查核实的,同级检察院应当积极补充调查。同时,第二审法院根据被告人、辩护人的申请,向同级检察院调取其已经收集的证明被告人无罪或者罪轻的证据时,同级检察院也应当积极移交。

也有学者对二审实践中出现的某些程序倒流现象进行了批判:“事实不清证据不足”发回重审违背无罪推定原则;导致变相的“上诉加刑”;二审程序倒流职权主义色彩强烈,侵害了当事人的程序选择权;可能导致被告人的未决羁押期限被合法延长。认为应当建立一个既能有效保障权利,又能充分维护司法权威,实体公正与程序正义并重,兼顾惩罚犯罪保障人权和诉讼效率多项价值的刑事二审程序倒流制度。包括保障被告人在发回重审时的权利、修改基于原审程序性违法而发回重审的理由、取消“事实不清证据不足”发回重审的规定等。

【量刑程序改革】 随着司法实务界对量刑程序改革的逐步推进,学术界也对量刑程序进行了热烈探讨。有学者指出,目前,由最高法院所推动、各地法院所试点的量刑程序改革,正面临着一系列困境和挑战。走出这种困境的主要出路在于通过建立控辩双方的诉权制约机制,使得法官的自由裁量权受到公开、透明和对抗式的诉讼程序的制约。为此,应当改变那种数量化的量刑制度改革思路,使得量刑信息的全面性、准确性在对抗化的法庭审理中得到检验,使得量刑情节对于量判决的影响也得到恰如其分的法律评价;同时,量刑程序改革还应注意避免量刑程序的公开化的改革损害定罪程序的公正性,防止量刑程序改

革可能带来诉讼效率下降的问题。

关于量刑程序的设置。有学者在经过实证研究和观察之后提出,量刑程序改革过程中出现了相对独立的量刑程序和隔离式的量刑程序两种方案。在解决不认罪案件量刑程序问题上,隔离式量刑程序更加合理,也符合法律的规定。隔离式量刑程序适用于被告人不认罪的案件,在对被告人有罪与否的决定先作出后再启动,由控辩双方分别提出量刑证据并发表意见,最后进行量刑问题的总结陈词。在量刑程序改革中,其他应当解决的问题还包括检察官的量刑建议权、社会调查报告制度的建立以及量刑程序的证明过程等重点问题。也有学者采取了“两步走”的理论策略,认为随着试点工作步入深水区,量刑程序改革面临越来越多的困难。独立量刑程序不应成为刑事审判的必经程序,控辩双方有权选择是否启动。目前,实行相对独立的量刑程序具有一定的现实合理性,但从长远来看,完全独立的量刑程序才能更好地实现量刑改革的目标。

关于量刑辩护。有学者指出,量刑辩护是随着量刑制度的改革而逐渐引起重视的一种辩护形态。相对于无罪辩护、罪轻辩护和程序辩护来说,量刑辩护具有独立的诉讼目标,也需要有相对应的独立辩护操作方式。收集量刑信息、遴选出量刑情节、提出量刑意见、对公诉方量刑建议进行质疑并最终说服法院接受本方的量刑主张,是量刑辩护的基本内容。对于有着“重定罪、轻量刑”传统的中国法院来说,对量刑辩护的重视,可以帮助其获取更为丰富、全面的量刑信息和量刑意见;而对于偏重“无罪辩护”的中国律师界来说,应当将量刑辩护视为一种独立的、专业化的辩护形态,并确保这种辩护活动得到富有成效的展开。

关于量刑信息。有学者认为,确保量刑信息得到全面、准确的调查,是量刑程序改革所要解决的一项重大课题。中国迄今没有引进“量刑前报告”的可能

性,也难以将少年司法中的“社会调查报告”推广到“成年人案件”的量刑程序之中。在量刑建议制度的推行中,一直存在着“重量刑结果、轻量刑信息”的问题,而律师在从事量刑辩护过程中也对量刑信息的搜集不予重视,也缺乏相应的制度保障。被害方对量刑程序的参与不仅具有必要性,而且也可以向法庭提供新的量刑信息。为实现量判决的公正性,为了使法官在量刑上的自由裁量权受到有效的规范和制约,法院有必要对量刑信息的调查确立更为合理的程序。

关于量刑事实的证明。有学者指出,从证明标准设置的一般原理来看,量刑事实没有必要像定罪事实那样设定最高的证明标准。大陆法国家的司法实践要求将不利于被告人的量刑事实和有利于被告人的量刑事实区分开来;英美法国家量刑事实的证明以争议为前提,且将争议的量刑事实区分为罪轻情节和罪重情节,并设置了不同的证明标准。未来,在构建我国量刑事实的证明标准之前,有必要根据量刑情节对量刑之影响,将量刑情节划分为罪轻情节、一般罪重情节、“升格”加重量刑情节,并根据不同的事实设置相应的证明标准。有学者进一步指出,并非所有的量刑情节都是在量刑程序中的待证事实。在量刑程序中,量刑情节的证明标准应该与定罪事实的证明标准有所区分,从重处罚和死刑的量刑情节应该有更高的证明标准。

关于量刑建议。有学者指出,量刑建议源于起诉权中的量刑请求权,它具有启动量刑程序、制约量刑裁判、明确证明责任、预设监督标尺的效力,对于提高量刑的公开性、公正性和公信力,保障当事人诉讼权利,强化对量刑裁判的制约监督,提高公诉质量和水平,都具有重要意义,同时也给检察机关带来严峻的挑战。也有学者认为,在开展量刑程序试点改革工作时应防止一种倾向,即将量刑建议制度强行施行于每个案件中,而不顾量刑建议可能带来的消极影响。

(张曙 方方)

国际法学

【国际法理论】 有学者提出应从法哲学角度分析国际法问题,认为国际法哲学是国际法学和法哲学的新兴领域,对国际法哲学的探索有利于引领国际法的理论化进程,解决国际法实践中的困惑,促动国际法学与部门法学的沟通,推进法理学的全面均衡发展。国际法哲学所包含的内容可以从不同角度和广度进行分析,其研讨路径包括超越分析法而拓展法哲学的各种方法在国际法上的适用,构建国际法哲学的基本

体系,以跨学科的视角进行国际法具体问题的研讨,并由此建构一般法哲学(法理学)。有学者以国际关系中的博弈论为视角,分析了国际法律制度的构建与维持,认为博弈论为分析包括国际立法的谈判与构建、各个层次的立法博弈的难度与优势、国际法律制度的维持等在内的国际法相关问题提供了线索。但是,博弈论在对各种国际现象的解释上也存在不可避免的局限性。具体地讲,这种局限性既有根本性的,

如理论本身所立足的本体论、认识论等,也有技术层面的,如对博弈环境的假设等。有学者从批评的角度分析了一般法律原则在《国际法院规约》第38条中的地位,认为该条的定位存在悖论,即《国际法院规约》将一般法律原则规定为正式的判案依据(国际法渊源),但在实践中国际法院却仅将它作为辅助渊源来使用。一般法律原则是自然国际法第二层级的渊源,它不属于实在国际法的渊源体系。《国际法院规约》第38条必须不再拘泥于实在法体系且不再被视为国际法渊源的权威表述,才能解决其内部结构混乱、一般法律原则成为鸡肋等问题。

有学者分析了国际法在21世纪的发展及其与和谐世界的关系,认为21世纪的国际社会将是一个经济全球化与政治多极化的社会,新世纪国际法的发展特点是:人权保护原则将上升为国际法的基本原则;新的公平、正义观将促使国际法的内容发生改变;合作与可持续发展成为国际立法的主旋律;国际法将越来越摆脱“软法”痕迹,规则化、司法化色彩增强。该学者因此提出,国际法的发展应着力于加强国际合作立法、构建处理国际争议的司法体系以及加强各国司法合作,以促进世界的和谐发展。有学者分析了国际法在中国的发展走向,认为自新中国成立以来,以改革开放为界,国际法在中国的发展历经“破旧立新求生存”和“改革开放谋发展”两个阶段。和平共处五项原则的提出与完善是前一阶段中国国际法发展的最大成就和贡献。改革开放后,中国国际法进入了发展的“黄金时期”。但是在总体上,中国国际法与世界国际法的差距仍未缩小,不仅与中国和平发展对国际法的需要不相适应,而且对实践和谐世界的构想构成重大挑战。因此,推进国内法治与国际法治的进程,为和谐社会与和谐世界创造一个良好的法律环境,在中国法与国际法互动过程中推动国际法的中国化,使世界国际法真正体现世界各大文明精华并成为维护全球社会长治久安、公平正义、和谐发展的法律资源,是21世纪中国国际法领域有关各方和工作者应当承担的历史重任。

【人权】 对人权的研究集中在人权标准及其实施机制和国家人权机构方面。有学者讨论了经济、社会和文化权利的可诉性问题,认为经济、社会和文化权利具有可诉性的观点在近年来开始得到越来越多的国家的支持,主张在我国国情基础上,应从多方面完善经济、社会和文化权利保障制度,并在对经济、社会和文化权利进行分层分类的基础上,探索经济、社会和文化权利可诉性的理论和制度,将是法律制度发展的一条可行道路。有学者分析了《公民权利和政治权利国际公约》第11条禁止债务监禁的权利内容,认

为监禁应该被理解为其所惯常具有的习惯性的广泛含义,即对人身自由的任何形式的剥夺,而非必须是刑法意义上的“监狱”。有学者根据人权事务委员会1994年关于保留问题的第24号一般性评论,讨论了《公民权利和政治权利国际公约》第14条和第15条所载公正审判权的保留问题,认为鉴于有些国家在批准该公约时对公正审判权提出了保留,考虑到我国的实际情况,我国在批准该公约时,应当对公正审判权的适用范围和得益于较轻刑罚的权利提出保留。

有学者分析了2008年《经济、社会和文化权利国际公约任择议定书》的救济机制,认为它在国际救济机制方面有新突破,即在缔约国报告程序之外,该议定书还建立了个人来文程序、国家来文程序和调查程序三位一体的准司法性权利救济程序,这将大大加强对个人社会权的国际保护,结束社会权与公民权国际保护不平衡的局面,进一步完善国际人权法体系,从而推动国际人权保护事业的发展。该学者还认为,中国已经具备加入该议定书的基本条件。具体而言,中国可采取以下应对措施:第一,进一步按照《经济、社会和文化权利国际公约》的要求健全社会权保护的国内立法。第二,完善司法救济体制,充分利用该议定书规定的用尽当地救济原则。第三,及时修改《行政诉讼法》。第四,对是否应当承认委员会接受和审议国家来文以及委员会开展调查程序的权限,以及承认时如何作出声明进行研究,以便应对各种复杂的国际形势。有学者以《关于国家人权机构地位的原则》(即巴黎原则)为基础,围绕国家人权机构的设立和作用,分析了国家人权机构的定义、特点、分类和职责等基本问题。在该学者看来,国家人权机构是政府通过宪法或法律设立的、以在国内促进和保护人权为其专门职责的独立机构;国家人权机构的特征是:(1)国家机构性,行使国家权力;(2)设立有权威的法律依据;(3)在职能方面,既具有保护和促进人权的专门性,又具有权利保护范围的广泛性,同时还是国际和国内人权保护的桥梁;(4)独立性和广泛的代表性。国家人权机构有四种基本类型,即咨询类人权委员会、有准司法权的人权委员会、人权研究所/中心以及人权监察专员。国家人权机构的职能和作用主要有四个方面,即促进人权教育和研究、向政府提供咨询、进行人权调查以及与人权国际保护机制合作。有学者讨论了国家人权机构与司法机关的关系,认为二者的联系是双向的。一方面,人权机构职权的行使需要借助司法的力量;另一方,法院行使职权也需要人权机构的参与和监督。明确国家人权机构与司法机关的合作制度和各自行使职权的界限,互相配合,共同促进人权保护的发展,应是二者相互关系的

常态。国家人权机构所具有的职能和在实践中所发挥的作用对于处理我国司法实践中出现的诸如“涉诉信访”问题具有非常好的借鉴意义和启示。有学者还讨论了国家促进和保护人权国际协调委员会认证及其对国家人权机构的影响,并就改进和完善该委员会的工作提出了如下建议:完善资金来源渠道;审查认证程序公开、公正、透明;提高认证的权威性和认同度。

【海外公民保护】 随着越来越多的中国人走出国门,他们在海外权益的保护问题日益受到关注。有学者分析了现阶段我国海外公民权益保护存在的问题,提出了以义务为中心的保护观念,并就保护的途径选择表达了如下看法:树立责任意识和服务意识;建立海外人员保护的专项基金;做好出国前及出国后的专题培训;建立双边或区域内相互间(第三国)保护机制;适度接受双重国籍制度;以及加强有关领事和外交保护的国内立法工作。有学者分析了国家契约的法律保护问题,认为任何片面有利于东道国国家或者外国投资者任何一方利益的国家契约的法律保护体制都不是最好的国家契约法律调整方式,为此,不应该简单消极地排斥或者否定国家契约的国际化 and 国际法化,而应努力寻求一种能够审慎平衡东道国国家公共权力及其社会公共利益和外国投资者财产权利及其私人经济利益的解决之道。一个比较可行的解决方式是:纯粹商业性质的东道国国家违约应该根据国家契约约定和国内准据法来调整,东道国政府利用国家公共权力单方调整、违反乃至废除国家契约则应该根据国家契约条款本身、合同准据法尤其是作为合同准据法的东道国国内法以及尤其是可以适用的国际法规则来调整。但是,无论是国内法管辖还是国际法管辖,都首先应该坚持“信守约定”的基本原则,在此基础上,同时也应该重视作为例外情形的“情势变更”等原则和国家责任例外条款的适用。

【领土】 对有关领土的研究集中在有效控制原则的发展及其对解决争议领土的影响方面。有学者认为,有效控制已逐渐发展成为一项习惯国际法规则,是国际法院解决争议领土优先适用的原则。时际法和关键日期对判断有效控制有重要作用,只有对争议领土持续、平稳及充分地控制才能构成有效控制。该学者进一步认为,有效控制原则可以被用来判断中印争议地区的归属,从而确定中印边界线的应然位置与走向。通过比较中印两国在关键日期以前对中印争议地区的占领证据可以看出,中印争议地区是中国的领土。因此,中印边界东段线应当位于东喜马拉雅山南麓地区。有学者则认为,中日钓鱼岛争端不能适用有效控制原则,并建议从有效控制与时际法及关键日期的关系入手维护我国的权益、收集有意义的证据和应

该有所为。有学者对比分析了有关我国南海 U 形线法律地位的几种主张,结合历史背景、现代海洋法和两岸相关立法,认为 U 形线应定位为岛屿归属线,中国对南海四群岛拥有领土主权。

【海洋法】 对海洋法问题的研究主要涉及海上安全与岛屿地位。有学者分析了在专属经济区内有关外国军事活动是否合法的两种对立观点:即进行军事活动属于外国的自由和属于沿海国的专属管辖权,认为在专属经济区内的军事测量应事先得到沿海国的同意,而其具体内容则需要国际习惯法或者双边或多边条约规范。有学者分析了海上阻禁大规模杀伤性武器扩散运输的合法性问题,认为创造性运用港口国管辖、沿海国管辖和船旗国管辖机制的阻禁符合《联合国海洋法公约》和防扩散国际法,公海阻禁外国船舶则缺乏足够法律支持。美国总统奥巴马制度化防扩散安全倡议可能使海上阻禁成为一项新的国际法制度。有学者分析了打击索马里海盗的法律问题,认为联合国安理会决议、《联合国海洋法公约》和索马里过渡政府的同意为一些国家在亚丁湾打击海盗提供了法律依据。但是,安理会授权打击索马里海盗只是一个特例,不能被视为形成国际习惯法,而现行国际法在打击海盗方面存在若干局限,因此,要有效打击海盗,必须重新界定海盗罪概念,确立海盗罪的沿海国优先管辖权和安理会的补充管辖权,并在具体行动方面进行合作。有学者鉴于马六甲海峡对我国海上通道安全的重要性,探讨了该海峡的法律环境,主张慎重对待防扩散安全倡议,坚决反对美国倡导的地区海上安全方案,阶段性地与海峡沿岸三国分别签订有关航行安全的有法律约束力的协议。有学者分析了我国当前的海洋安全形势,主张树立正确的海洋安全观、加强海洋防安全建设、研究并制定海洋安全战略。另有学者认为,确保海洋权益、维护海洋安全的重点是制定和完善国内相关海洋政策与法制。还有学者对比分析了各国宪法对海洋入宪的立法模式,认为我国海洋入宪的时机已经成熟,并建议采用“海域”与“海权”并存的方式,以授权式规范为主实现海洋入宪。

对岛屿地位的研究反映在对日本称之为冲之鸟岛的批评认识上。有学者分析了《联合国海洋法公约》第 121 条关于岛屿的法律构成要件,认为该条中的三个条款应作整体理解。第 1 款规定了岛屿的广义概念,第 2 款是关于狭义岛屿的规定,第 3 款规定了例外的岛屿,是对第 2 款的进一步解释和适用上的制约性规定。因此,岩礁是岛屿的一种特别形态,也应满足岛屿的所有要件。这些要件重点体现在自然属性和社会及经济属性等方面。日本将冲之鸟视为岛屿、从而以此为基点主张专属经济区和大陆架的行为,割裂

了第121条三个条款之间的关系,违背了该条规定的宗旨,使该条规定失去了总体的规范作用。该学者建议,为使国际社会能够统一实施第121条的规定,需要考虑修改和完善关于岛屿制度的内容,包括增加岩礁的法律要件。如果不能修改,可行的办法是严格解释岛屿制度中岩礁的法律要件,防止扩大解释。另有学者同样剖析了日本将冲之鸟“变礁为岛”的行为的非法性。

此外,有学者分析了北极航道的法律问题,认为北极航道在国际法上应定性为国际海峡,《联合国海洋法公约》、国际海事公约以及沿岸国法都适用于北极航线,但是这三者的适用均需局部修正。该学者还认为,我国应支持北极航道为国际海峡的观点,积极参与北极航道航行规则的制定,并与北极沿岸国制定双边、多边条约,保障我国在北极航道的航行权益。还有学者分析了船旗国管辖权的发展,认为船旗国管辖权的中心地位正在发生动摇,具体表现为船旗国管辖权中的一部分向其他国家和国际组织让渡。在船舶登记和管理方面,国际社会已经开始要求船旗国加强船舶的登记监管,强化船舶与船旗国之间的真实联系;在船舶污染防治方面,港口国和沿海国的防污管辖权出现了扩大化的趋势;在公海航行制度方面,船旗国对船舶的专属管辖权也开始出现更多的例外。但是,船旗国管辖权仍然占首要地位,其他国家管辖权的扩张只是对船旗国管辖权的必要补充。

【国际组织的人格与责任】 有学者从诉讼角度分析了国际组织的法律人格,认为非政府国际组织在事实上基本上获得了与政府间国际组织一样的国际法地位,正在成为国际法律秩序中的“第三种力量”。有学者通过比较《国家对国际不法行为的责任条款草案》与《国际组织的责任条款草案》,分析了国际组织的责任问题,认为国际组织作为国际法的重要主体,其承担责任的制度与国家责任制度有相似的地方,也有不同的地方。中国加入了许多国际组织,应当关注国际组织责任规则的发展。有学者从国际组织法律人格滥用的角度讨论了成员国的责任,认为一般来说,只要国际组织具有独立的法律人格,成员国不应应对国际组织的债务承担责任。但是,存在一些例外情况,必须刺破“国际组织的面纱”,由成员国承担共同或连带责任。对于国际组织的“主要责任”和成员国的“次要责任”的赔偿顺序,受害国或受害国际组织有权自主决定援引责任国或责任国际组织的先后次序。另有学者分析了联合国预防武装冲突的法律问题,认为预防武装冲突是联合国履行其维持国际和平与安全职责的重要表现形式,其法律基础是《联合国宪章》。同时,区域性国际组织在预防武装冲突方面

也发挥着重要作用。但是,在与联合国合作的过程中,区域性国际组织的行动应当遵守《联合国宪章》的规定,并且接受联合国机构,特别是安理会的指导和监督,尊重联合国的主导地位。

【国际人道法】 有学者分析了国际人道法在人道军事干涉中的适用问题,认为人道军事干涉必须适用国际人道法。但是,由于国际人道法本身的严重滞后性使得人道军事干涉适用和遵守国际人道法存在诸多法律难题。因此,该学者认为,国际社会只有从国际法上严格限制这种人道军事干涉行为的发生,并且加快完善现有国际人道法的步伐,才有可能应对和解决人道军事干涉所出现的法律问题。有学者评析了2008年《集束弹药公约》,认为它在人道主义、人权的国际保护以及裁军和军控方面都作出了明显贡献,是一个具有混合性质的条约。但是,这个公约在将来可能遇到两个比较严重的问题,即是否能够实现普遍性以及其中的例外条款是否会被滥用。该学者建议,为了减轻集束弹药引起的人道问题,国际社会在现阶段仍然应当支持在《常规武器公约》下制定一项关于集束弹药的议定书。另有学者评论说,《集束弹药公约》是国际人道法领域新近取得的一个重大进展,是现代国际法人本化趋势的一个有力体现,它表明国家基于军事必要性原则所拥有的行动自由正在越来越多地受到人道原则的制约,从而将对国际人道法的未来发展产生深刻影响。有学者分析了使用非致命武器的合法性与合理性问题,认为在战争或武装冲突中使用非致命武器给国际法尤其是国际人道法提出了诸多挑战。但是,给武器戴上“非致命”的面具并不能免除国际法对战争或武力使用的限制。一种武器如何被使用以及实际上被使用的意图决定了其在国际人道法下的待遇,而不是武器本身的政治名称。有学者基于条约解释理论,批驳了2007年日本最高法院在“西松建设案”中以1972年5月《中日联合声明》第5条放弃了中国公民个人的请求权(裁判上的诉权)为由,做出撤销二审判决、驳回被上诉人(原告中国公民)在二审中的诉讼请求的终审判决。该学者认为,从国际法的解释理论上,单方解释本身并不被国际法所禁止。这样的解释虽不对中方构成约束但也不会必然导致非法无效的后果。不仅如此,基于《条约法公约》解释规则的批判也是无力的,原因并不在于解释规则不具有义务性和约束力,而在于解释过程的复杂性和灵活性。解释过程的复杂性允许解释规则运用的灵活甚至赋予解释上一定的裁量,但绝不意味着可以背书肆意的解释。逻辑上自相矛盾的解释,在包括国际法在内的任何一个法律体系中对判决都是致命的。日本最高法院的上述判决对中国单方放弃战争赔

偿要求这一条款,扩张解释到放弃对象包括日本在交战过程中强奸妇女、虐待奴役俘虏等违反武装冲突法的责任相关的请求权,难以说明为什么作为战胜国的中国要单方面做出这样的放弃,而在理论上战败国日本也有可能拥有的由中国违反武装冲突法而发生的请求权,日本却不需要放弃。这样的解释违背了条约解释中诚实、善意解释的一般原则,导致了一个荒谬的结果,是不能成立的。不仅如此,日本最高法院的判决在其国内法上进一步将其归结为所谓诉讼上的权能,也和其国内判例所确立的相关解释自相矛盾。该学者建议,由于《中日联合声明》中“放弃战争赔偿”所放弃的只是追究日本侵略的责任,并未放弃对受害中国公民的个人请求权,因此中国应在国际法框架下自救,行使外交保护的权利。此外,对于原告中国公民在中国国内提起的赔偿请求,中国法院也应考虑采取积极的司法政策,履行自己的责任。

【国际司法】 有学者评析了国际法院 2010 年关于科索沃临时自治政府单方面宣布独立是否符合国际法的咨询意见,认为国际法院关于科索沃宣布独立不违反国际法的结论可能产生的消极影响要远大于积极影响。它不仅使国家主权和领土完整原则面临颠覆性破坏,而且使联合国安全理事会与国际法院维持国际和平与安全的权威性和作用受到减损。国际社会应该采取行动,尽可能避免国际法院的这一结论产生潜在的不利影响。有学者批评国际法院在该咨询案中采取转换命题、缩小国家主权和领土完整原则的适用范围以及忽略自决权与国家主权和领土完整权的明显冲突的方式,得出了具有误导性和危险性的咨询意见。该学者进一步认为,科索沃咨询案意味着,国际司法体制在大国政治中难于维持公正,国际法在一定程度上仍是强国强权的包装。在这种情况下,中国应进一步认清当今世界由大国操纵国际法的现实,利用国际法促进中国的发展,并通过中国的发展促进国际法的完

善。

【其他】 有学者分析了条约冲突的原因及其解决方法,认为条约冲突的产生与国际法不成体系有着密切的因果联系。条约冲突有真实冲突与虚假冲突、固有的冲突与适用法律中的冲突以及同一条约内部不同条款的冲突与不同条约之间的冲突几种类型。在各种类型的冲突中,有的可以采用诸如特别法优先原则来处理,有的可以通过条约解释规则加以消弭,有的则可以设置明确的冲突条款来避免。国际法的不成体系,使得解决条约冲突的方法也可能是“不成体系”的。综合运用各种冲突解决方法,是国际法对解决条约冲突的必然要求。有学者分析了军队参加国际人道救援行动的法律问题,认为要保障军队救援行动的顺利开展,派遣国应从国际、国内两个层面进行必要的法律准备。在国际层面,军队参加救援行动可以在灾害发生后获得受灾国的临时授权与许可,也可以是根据事先订立的双边或多边救灾互助协议。相比较而言,后一种合法性方式更为可取,有不少国家已经针对特定类型的事故灾害缔结了多边互助条约。而救援部队及其官兵在受援国境内的法律地位和司法管辖问题,通常由双边或多边的部队地位协定予以规定。在国内层面,需要为军队参加救援行动提供国内法的依据。该学者还建议,我国在条件成熟时,可以与有关国家缔结救援协定和部队地位协定,以确保我军参加国际人道救援行动的合法性与有效性。还有学者分析了欧盟地下水保护的立法实践,认为欧盟在尊重成员国现有法律制度的前提下,通过实行地下水立法的协同决策机制、注重管理的一体化和综合性、实行硬法来促使各成员国地下水立法协同,以及强调公众参与地下水立法等方式,使其与各成员国的相关立法趋于协调,有效地解决了欧盟与其成员国的地下水保护问题,促进了欧盟经济的一体化和环境资源保护的整体性。这方面的经验值得我国借鉴。(余民才)

国际私法学

【概况】 2010 年,国际私法立法取得了突破性成就,制定了专门的独立的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》。国际私法学研究继续发展,成果丰硕。

2010 年,国际私法学教材、专著、译著的出版,仍是丰收的一年,还出版了著名国际私法学家姚壮教授的《姚壮文集》(中国华侨出版社 2010 年版)。根据中国人民大学报刊复印资料中心发行的《国际法学》文章及索引与各学术团体学术年会论文集材料统

计,共有国际私法论文 426 篇;在立法建议稿的提出方面,中国国际私法学会于 2010 年 1 月提出了《涉外民事关系法律适用法》(三亚会议讨论稿),供立法部门参考。

2010 年国际私法学学术交流活动。在国内学术交流方面,主要有各学术团体的学术年会包括:中国国际法学会 2010 年学术年会,7 月 16—17 日在北京召开,主要内容为包括国际私法在内的“中国在变动的国际法律秩序中的角色”;中国国际私法学会 2010

年年会暨中国涉外民事关系法律适用法学术研讨会, 9月24—26日由天津南开大学法学院承办; 北京国际法学会2010年学术年会, 11月6日在北京召开, 主题为“变化的世界, 发展的国际法”。6月, 大陆和台湾地区国际私法学界在武汉中南财经政法大学进行了国际私法学术交流, 共提交国际私法论文30篇。在国际学术交流方面, 包括中国武汉大学郭玉军教授在内的中英法等国国际私法专家, 参加了1月海牙国际私法会议举行的专家会议, 讨论界定了国际性、商业性等概念, 讨论了涉外民事关系中当事人未选择准据法或选择无效等情况的处理办法。

2010年国际私法研究的特点为: (一) 中青年学者发挥的主导作用更加明显; (二) 新观点、新论点、新材料较多; (三) 全面性、系统性和务实性继续加强。 (章尚锦)

【《鹿特丹规则》】 有学者认为, 《鹿特丹规则》总体上是一部顺应时代发展的先进的公约, 其大部分的制度设计和内容, 都是科学、合理的, 符合当前的航运和贸易实践, 解决了许多长期未能得到有效解决的难题。公约对承运人责任基础的变革, 将适用范围扩大到“海运+其他”, 将批量合同纳入调整范围, 规定了控制权制度等, 在国际海上货物运输立法史上, 都必将产生里程碑式的意义。

有学者认为, 无论是现有国际公约, 还是各国立法和司法实践, 一般都认为凭正本提单交货是承运人执行运输合同的一种强制性义务。但是, 由于船速提高等方面的原因, 无正本提单交付货物一直是困扰国际海上货物运输的主要问题之一。《鹿特丹规则》试图设计一套合理的制度使无单放货合法化, 但其无单放货的规定与当前航运实践中的习惯做法是根本不同的, 也会对中国《海商法》的修订产生影响。

有学者认为, 《鹿特丹规则》的货物交付制度, 无论是制度的总体设计, 还是具体规则的拟定, 均具有不可忽略的进步性, 表现在首次建立起较为完备的货物交付制度, 务实地回避了对“货物交付”的定义, 软化收货人接收货物义务的法定性, 对“无单放货”法律问题作出了较好应对。我们应全面考查《鹿特丹规则》给船方、货方、保险、银行等各个方面可能带来的影响, 进行综合性的评估。同时, 应持续关注中国主要贸易伙伴对新规则的态度, 并在此基础上, 就是否签署《鹿特丹规则》作出慎重决策。

有学者认为, 《鹿特丹规则》第一次明确将批量合同作为调整对象, 并引入“合同自由”, 对批量合同予以非强制性适用, 这是统一国际海上运输规则的一种创新和探索。《鹿特丹规则》在批量合同问题上更倾向于保护承运人和大托运人的利益。作为承运人

和贸易出口大国, 《鹿特丹规则》内容基本满足了中国的诉求, 鉴于中国的利益在未来可能会有所变化, 我们对《鹿特丹规则》的态度也应作出相应的调整, 从而促进中国对外贸易的发展。

有学者认为, 《鹿特丹规则》第14章确立的管辖权规则对于国际海事货物索赔管辖权的协调, 既顺应国际航海贸易的变化发展, 也反映协调国际管辖权规则的发展趋势, 还兼顾船货各方当事人之间利益的平衡, 可以说基本满足了不同国家的诉求。目前而言, 新公约确立的管辖权规则与中国的海事货物管辖权规则尚有一定的区别和差异, 建议借新公约签署之时机, 将其中合理的规则予以吸收, 完善我国的海事货物索赔管辖权规则, 有利于健全中国的海事诉讼制度, 公平公正地维护船货各方的利益, 促进国际航海贸易的发展。

有学者认为, 履约方是《鹿特丹规则》适应“门到门”运送模式而提出的一个新概念。该概念的提出, 将缔约承运人以外的协助其完成运输任务的所有参加者都纳入到了运输责任体系之中, 如终局经营人、装卸工人、仓库管理人等。但该制度一方面易与强制性国际公约相冲突, 另一方面也很难规范纯国内的陆地运输。因此, 公约将之分为海运履约方与非海运履约方, 海运履约方受公约的强制性约束, 而非海运履约方受单式运送公约或国内法的约束。我国是否引入该制度, 必须从国家利益和我国实际出发, 综合进行判断。 (章尚锦 杜焕芳)

【国家管辖豁免】 近年来, 中国在美被诉并涉及国家豁免问题的案例呈逐年增多的趋势, 主要原因是中美两国经济交往的日益加深。有学者认为, 对待此类纠纷案件, 中方被告应当充分利用国家豁免主体资格, 积极主张豁免。更重要的是, 我们应该善于总结经验教训, 有理有节地阐明我们的正当理由和法律依据, 灵活运用各种法律手段, 仔细研究反映美国法院如何判断“直接影响”的典型案例, 找出其规律性的东西, 为我所用。另外, 如果具体个案牵涉重大国家经济利益或社会问题, 也可以考虑通过外交途径进行交涉, 要求美国国务院向法院提出国家利益声明, 从而维护国家主权和国家利益。

有学者认为, 美国法院对“仰融案”、“莫里斯案”和“天宇案”三个案例都未判定成立主权管辖豁免, 就各要素的判定也采取严格标准。从宏观上讲, 反映出虽然美国法院取得了国家豁免方面的独立管辖权, 但是因顾虑在政治外交关系上产生不良影响而对适用《外国主权豁免法》判定豁免例外持谨慎态度, 这与战后很长一段时间内已采用限制豁免主义政策的美国国务院对某些被告国的豁免类似, 最后表现出的

结果也较为公平。这也为中国政府应对此类诉讼提供了指导,即应该用法律的途径解决法律的问题,积极应诉,主张自己应有的权利,不必因意识形态等因素担心受到区别对待而一味地通过外交手段解决问题。

有学者认为,当适用限制豁免原则、判明实质联系时,可以参照国际私法中的最密切联系原则进行判定。主要是判断该国家事务性行为与受诉法院亦或是本国是否有最密切联系。在运用最密切联系原则时,主要考虑到以下几个标准:(一)考虑连结点聚集的问题,即案件中的所有法律关系连结点指向。(二)从当事人的正当期待出发,来判明是否与该国有实质上的联系。(三)针对具体的案件仍可以从判决结果的预见性、确定性、一致性以及相关州际或国际体制的需要来判断与哪一国更具有密切的联系,从而来判断是否与受诉法院具有实质上的联系。

有学者认为,国家主权管辖豁免问题仍然处在不断发展的过程中,但不可否认的是,相对豁免理论已在很多国家的立法与司法判例中得到了一般承认,特别是发达国家。在这一问题上,中国应当处理好原则性和灵活性的关系,既要坚持国家豁免这一国际法原则,推动关于国家豁免的普遍性国际公约的发展,又要在实际的国际民事活动中采取灵活多样的措施来协调这个问题上同其他国家及其自然人或法人的利害冲突,从而做到既能在国际民事交往中保护我国的主权利益,又能促进我国对外民事关系顺利发展。

(章尚锦 杜焕芳)

【境外流失文物追索】近年来,我国积极采取多种手段追索流失境外的文物,其中最主要的通过国际条约所规定的途径。索回的文物多为近年来因盗墓、盗窃等非法途径走私到国外的文物,但是,通过国际公约的方式很难使那些历史上流失海外的国家文物回归中国。有学者认为,通过在文物被发现地国家法院提起民事诉讼的方式或称海外诉讼的方式是追索非法流失文物的一种有效法律途径。这样一来,即使文物被发现地国家没有加入有关国际公约,也可以通过该国国内法的途径收回相关文物。同时,完善国内的文物保护法律法规是追还海外流失文物的法律前提。我国2002年新修订的《文物保护法》对文物所有权的规定虽然规定得很详细,但仍存在一些模糊之处。虽然我国法律确立了出土文物的国家所有原则,但如何具体落实国家所有权,一直是一个巨大的难题。

有学者认为,在文物返还国际争议诉讼中,外国文物立法的承认与执行问题上,由于受外国公法不予承认和执行传统思维的影响,一国的文物国家所有权立法或出口管制法一般很难得到其他国家的承认和执行。但外国公法原则和强行法理论的现代发展,典型

的司法判决,文物保护国际公约的签订,文物市场国的实践,都对文物立法的承认与执行产生了深远的影响。这些可喜的变化表明,没有理由从表面上排除与文物保护相关的外国法规,尤其当这些规则与保护文物的国内及国际立法与政策保持一致时更应如此。

有学者认为,文物返还国际争议体现了不同利益之间的紧张关系,一方倾向于将文物留存在国内,而另一方则极力主张文物的自由流转。解决文物返还国际争议,应遵循国际合作原则,寻求建立一种以共享和交流为主要方式的互惠性的安排机制,从而在一定程度上协调相互冲突的利益需求。在构建一种全面的调控文物国际交流的机制中,应兼顾来源国和市场国的利益需求。更重要的是,通过文物领域的国际交流与合作,敦促来源国和市场国为文物提供尽可能好的保存和保护条件。可以相信,在一种合作型的框架内协调来源国与市场国之间的利益冲突,就会在很大程度上便利文物返还国际争议的解决。

有学者认为,解决文物返还国际争议应以寻求合作型和非对抗性的解决方案为出发点,就争议解决原则而言,应从理论上无休止的争论向寻求交流与共享的合作原则过渡;方法上的更新,表现在逐步以非对抗性的、友好型的争议解决方式替代传统的对抗性的解决方案;实践上的变化,突出体现在从最初的拒绝承认和返还到逐步承认和自愿返还的转变。

有学者认为,作为解决文物返还国际争议的一种合作型策略,文物返还互惠协议在明确文物来源国对争议文物享有所有权的同时,要求其作出承诺,将同种类别和价值的其他文物租借给移交该文物的博物馆等收藏机构并号召双方在更广阔的领域开展文物交流。互惠返还协议兼顾了文物国家主义与国际主义的利益需求,为文物返还争议的解决提供了一个可供选择的理想方案。

有学者认为,文物流失既是一个历史遗留问题,又是一个严重的现实问题。追索海外流失文物一直为我国政府和民间所关注。按照国际公约和国内法的规定,战争时期移出的文物以及被盗和非法出口文物的返还可以根据不同情况采取公法解决方式和私法解决方式,但是由于公约适用的时间和空间范围的限制以及文物返还受制于国内法的规定,追索海外流失文物仍然存在着较大的法律障碍。对于那些不能够纳入法律解决范围的流失文物的返还问题,国际上通常采取法律外的解决方式。尽管国际上对于文物返还问题还存在“文物民族主义”与“文物国际主义”两种相互对立的立场,但是从文物追索的历史来看,不论是在我国还是外国都有成功追索的案例,其主要是通过国家之间的友好协商或者通过施加政治压力来解决。

有学者认为,中国追索流失海外文物面临着国际法上的困境。根据有关国际法和国内法的规定,通过利用中国参加的多边国际条约、国际惯例、跨国诉讼和涉外诉讼等途径来追索流失海外文物几乎是不可能的,而可行的方法是争取与有关国家就有关事项缔结特别协定,由外国力所能及地收复流失文物并将其返还给中国,由中方支付相关的费用;或依据一般法律原则,借助国际司法机构或与有关国家进行协商、达成相互谅解,采取有理、有利、有节的措施来追索中国流失海外文物。(杜焕芳)

【外国判决承认与执行】 有学者认为,一国司法判决寻求他国司法机关的承认和执行,除了有条约或互惠关系依据外,还需符合他国规定的正当法律程序原则。正当法律程序无意要求外国法院判决遵循与国内一致的诉讼程序,但从两大法系主要国家的立法和实践来看,正当法律程序有其共同的规则和内容,对此,我国民事诉讼法应在今后的修订中完善我国正当程序规范的立法,以顺应国际司法合作的发展趋势。确立正当法律程序规范,明确正当法律程序的内容,增进国际司法合作的灵活性,设立程序欺诈的审查标准。

有学者认为,人民法院在对外国惩罚性赔偿判决进行承认与否的审查时,不能简单地以我国侵权法体系没有全面确立惩罚性赔偿制度、惩罚性赔偿判决不是民事判决或者外国法院惩罚性赔偿判决违反我国法律的基本原则或公共秩序为由拒绝承认与执行,而应该借鉴大陆法系国家的一些做法,如承认主要起到补偿作用的惩罚性赔偿、灵活地适用公共秩序原则等等,同时根据我国今后设立惩罚性赔偿制度应该采取的原则来对外国的惩罚性赔偿判决进行个案审查。如果对外国法院惩罚性赔偿判决的承认和执行不违反这些原则,则认定其不违反我国法律的基本原则,在该判决同时符合其他法定条件的情况下,予以承认和执行。

有学者认为,由于各国在判决的相互承认与执行上缺乏条约关系,因而基本上都坚持了互惠原则,以此来希望别国能够对本国法院判决进行承认与执行。但是,由于互惠原则自身的缺陷、互惠机制运用上的复杂多样性以及在国内法中规定互惠所存在的相互不信任,因而互惠原则很难在判决的承认与执行上发挥积极的作用。而相反,鉴于国内法规定互惠原则的不足,签订条约而形成条约互惠才更有利于我国与其他国家之间加强合作,从而保证判决的相互承认与执行,保障当事人的合法权益得以真正实现。

在没有条约和互惠关系的情况下,美国联邦地区法院执行了中国湖北省高级人民法院的一起涉外民商

事判决,是为美国法院执行中国判决第一案。有学者认为,此案一定程度上说明中国司法判决的质量已经得到美国司法界的认可,这将极大地鼓励中方当事人迈出国门、兑现中国司法“既得权”的勇气。在判决终局性上,中国司法判决由于其独特的再审程序面临极大挑战,中方当事人抗辩的主要途径在于否认程序问题适用法院地法的传统理论,主张适用判决作出地国法律来判定判决的终局性。互惠关系不应成为国家间相互执行民商事判决的障碍,即使在成文立法中规定了互惠原则,中国司法实践也可以对其做出弹性解释,祛除“事实互惠”的严苛观念,以更为开放的心态对外国判决。(杜焕芳)

【国际商事仲裁】 正如合同对第三人的效力一样,国际商事仲裁协议对第三人的效力绝非在任何情况下都会产生,有学者认为,其可能产生的原因主要包括:国际商事仲裁协议可能因国际商事合同利益的继受、义务的承担、第三方受益而对非签约方第三人产生法律效力,也可因适用禁反言原则、刺破公司的面纱理论而对非签约方第三人产生法律效力,还可因合并仲裁而对非签约方第三人产生法律效力。由于各国仲裁法律制度不同,上述这些原因并不能在每个国家或每个国际商事仲裁中都能发生作用。在决定国际商事仲裁协议对第三人的效力时,尤其应考虑“管辖权自决”原则、准据法及国际商事仲裁裁决的承认与执行因素。上述原因是否能发生作用,还受到将来的仲裁裁决能否被相关主权国家承认与执行这一因素的影响。

有学者认为,瑕疵仲裁协议对于提交仲裁机构进行仲裁的程序起到一定的阻碍作用,但是这种瑕疵仲裁协议或者条款在实践中有很多共同之处,它们的有效性和效力必须依据仲裁协议的准据法确定。如果当事方都明确表示了选择某一法律体系作为仲裁协议的准据法,那么对于瑕疵仲裁协议的效力则由此准据法决定。在没有选择适用法律的情况下,大多普通法系国家法院采用实体规则方法,而大多数大陆法系国家却采用冲突规则方法。实体规则方法比冲突规则优越,首先是使得瑕疵仲裁协议的解释具有统一性,其次是体现了和保留了双方当事人提交仲裁的意思表示并不受任何国内法约束和限制,最后,其符合了目前世界上支持仲裁的趋势,并使得瑕疵仲裁协议的解释和最终有效性符合这种趋势。

有学者认为,我国现行商事仲裁立法仅规定财产保全和证据保全两种保全制度,但实践中,争议一方采取的可能给对方造成难以弥补的损害的措施或行为并不能被财产或证据两大对象所涵盖,因此,在国际商事仲裁中构建临时行为保全制度是十分必要的。临

时行为保全制度包括：赋予仲裁庭发布临时行为保全的权力、严格规定临时行为保全发布的条件、法院对仲裁中临时行为保全措施的支持制度等。1994年《仲裁法》颁布以来，我国的国际商事仲裁得到了迅速的发展。但在一些具体的制度上仍不令人满意，比如临时行为保全制度的缺位问题，现有临时保全措施的权限划分和申请期限问题等等，有必要加以修订。

有学者认为，惩罚性赔偿可否在国际商事仲裁中适用，我国尚无明确的立法与司法实践，国际社会对此也持谨慎态度。即使是在适用惩罚性赔偿比较多的美国，惩罚性赔偿也不具有普遍性。在多数国家法律对惩罚性赔偿没有普遍认可的情况下，约束仲裁程序的仲裁规则对惩罚性赔偿裁决也持沉默态度，而适用于仲裁争议的准据法及仲裁裁决的承认与执行地国法律，均会对惩罚性赔偿裁决的做出及最终的承认与执行设置障碍。因此，要想在国际商事仲裁中能够顺利

做出惩罚性赔偿裁决并得到承认和执行，需以惩罚性赔偿在大多数国家取得立法及司法实践中的一致认可为前提。

公共政策是《纽约公约》第5条规定的拒绝承认与执行外国仲裁裁决的理由之一，由于各国政治、法律和社会观念不同，公共政策的学理内涵仍有争议。有学者认为，公共政策的司法实践倾向于区分国内公共政策和国际公共政策，国际商事仲裁中的公共政策通常是指后者。考察《纽约公约》实施50多年来在各国的实践，以公共政策为由拒绝执行外国仲裁裁决的案例非常少，严格慎用成为各国司法实践的共识。界定公共政策内涵的我国国际商事仲裁司法实践正在经历从“主观说”到“客观说”，从“道德观念”到“法律原则”的转变；适用公共政策的说理过程从“无”到“有”、从“笼统”到“具体”。

(杜焕芳)

环境与资源保护法学

【概况】 2010年，环境与资源保护法学领域的学术研究十分活跃，取得了丰硕成果。研究领域涵盖环境保护、资源保护和生态保护方面。

(一) 研究成果丰硕，质量有显著提升。2010年有多部环境法专著出版发行，其中包括刘超先生的《环境法的人性化与人性化的环境法》、雷鑫先生的《生态现代化语境下的环境刑事责任研究》、赵爽先生的《能源法律制度生态化研究》等。出版的论文集主要有《清华法治论衡——环境法：挑战与应对》第13辑、《环境资源法论丛》第8卷、《中国环境法学评论(2010年卷总第6卷)》、《中瑞气候变化法律论坛论文选编》、《中国能源法研究报告2009》。在各类中文核心期刊上发表的相关学术论文达百余篇。

(二) 举办各种学术会议和实务培训班，促进理论与实践的融合。1月14—15日，由武汉大学环境法研究所、巴黎第五大学法学院、中法法律研究与交流协会、上海财经大学法学院联合主办的中法环境法高级研讨会，在上海财经大学举行。来自中法两个国家的40余位专家学者出席了此次研讨会，并围绕环境法在中国和法国的一些环境法热点问题展开了讨论。5月12日，由中国国家检察官学院和中国政法大学共同举办了“中美环境犯罪惩治与环境公益诉讼”，来自中、美两国的专家学者、办理过环境案件的检察官近60人，共同探讨通过刑法手段和公益诉讼途径来解决环境资源保护的问题。会议不仅反映出中美法律制度、法律文化的差异，也反映了两国对环

境问题所达成的共识。6月25—27日，由中国环境科学学会环境法分会主办、上海财经大学承办、美国佛蒙特协办的中国环境科学学会环境法学会2010年年会在上海财经大学召开。本次年会的主题是“环境法的解释与适用问题”。与会专家就环境法的解释与适用中的热点问题，分别以环境法解释的基础理论、环境法解释与侵权责任法、环境法解释与环境司法及执法三个专题展开了讨论和研究。由中国法学会环境资源法学研究会、国家林业局、东北林业大学共同主办的以“生态文明与林业法治”为主题的中国法学会环境资源法学研究会2010年年会于7月30日至8月2日在黑龙江省哈尔滨市成功召开。11月12—17日，“第十届环境法律实务研习班”在北京举办。此次公益研习班由国家法官学院、中国政法大学和中国环境科学学会环境法学会主办，中国政法大学环境资源法研究和服务中心承办，共培训来自全国各地的学员100人，其中法官36人，环保官员22人，非政府组织1人，律师41人。本次公益研习班邀请了中、美、日三国的专家、教授从理论及实务角度为学员授课。

(三) 中外学术访问明显增多，学术合作渐成机制。2010年，先后有来自美国、欧洲、澳大利亚等国家和地区的10多位环境法学者、律师到中国政法大学进行学术访问，我国也先后有多位环境法学者赴美国、欧洲、韩国以及我国台湾地区开展学术访问和学术交流活动。有些国内环境法研究机构和院校还与

上述国家和地区的一些研究机构和院校签订了长期合作协议,承诺进行互赠专业期刊、会议交流、学生教师互访等事项。这些学术访问和合作活动的开展加深了国内外环境法学界的相互了解,有利于实现资源共享,共同进步。

(王灿发 董岩)

【环境法学基础理论】 环境法学基础理论研究一直是近年来学者们关注的核心领域。

关于环境权。有学者认为,自然体权利和后代人权利只是一种权利虚构。这种虚构是权利时代所型塑出来的权利思维模式和权利路径依赖的产物,它不仅不能实现虚构所预想的目的解决环境危机,而且破坏了传统的权利理论。在后现代语义学中语言被异化的今天,我们必须慎重使用权利。基于以往研究成果中存在着套用权利本位的理论预设所导致的环境权研究出现的逻辑断裂。有学者提出,环境法学并不能被现代法学涵盖,并在分析了权利的逻辑基础后,得出环境权与权利大相径庭的结论,主张环境义务是环境法学研究立场的体现,是对环境损害这一环境法学研究逻辑起点的理性延伸,进而实现对环境权研究的批判性反思,为环境法理论和制度提供建构性支撑。还有学者从社会法与公法共治的视角研究环境法,将社会予以法律人格化,以意志与权能的统一构造法律人格化的权利体系。其理论模型旨在超越传统权利的价值判断,论证公民环境公权利和公民环境公权力的存在必要性和合理性,提出了环境法特有的二元权力制衡机制,即国家环境公权力要受到环境权和公民环境公权力的制约。

关于环境法的研究范式和方法论。有学者认为,生态伦理学和环境资源法学坚持“主、客一体”的研究范式,主张将自然科学的方法与社会科学方法结合起来,以综合、协同的观点去探索、研究和解释人与人的关系和人与自然关系的特点、相互关系和演化规律,将人、社会与自然、环境、资源、生态有机地结合起来。有学者认为,法律人模式是现代法学研究的基本范式,以独立的、理性的、自由的个人作为现代法律调整的出发点。环境法学的出现和发展,昭示着法律人模式向生态人模式发展的趋势。理性生态人或理想生态人的涵义是:存在于生态系统之中的,受自然生态规律和经济社会发展规律制约的,具有生态理性和环境法治观念的,在与人的交往和与自然环境的交往过程中能够考虑经济利益、社会利益和环境利益的协调和最大化,通过参与法律的制订、法律的调整 and 法律的运行来实现与自然环境的和谐相处,同时实现自然属性和社会属性的人。有学者重点研究了环境法学的方法论,提出以环境损害作为环境法学的逻辑起点、以整体主义作为环境法学的研究立场、以环境

责任作为环境法学的道德基础。有学者以环境权入宪为例,对环境法学方法论的问题类型作出划分,使得相关规则的建立有章可循。具体包括:事实判断问题、价值判断问题、规范选择问题、立法技术问题、法律适用问题。

关于环境法的价值理念。有学者认为,环境法经过近40年的发展,在全球范围内成为一个重要的法律部门,并在社会中形成了具有自身特点的环境法律文化。环境法律文化的特点之一在于其独特的文化同质性。环境法律文化的同质性为全球环境法趋同化提供了生长的土壤。从环境法律文化的结构性分析来看,环境法律文化的同质性表现在不同国家环境法律规范的趋同与环境法律内在价值追求的相似方面。究其根源,源于科学理性的唯一性与普世性对环境法律文化的根本性影响。环境公共利益具有创造主体的共同性、受益主体的普惠性和自然人独立享受性的特征。公民和政府都是环境公共利益的代表。应当根据环境公共利益理念更新我国的环境法律制度。

关于环境法的基本原则。有学者认为,随着国内、国际环境法对污染者负担原则的认可和采纳,污染者负担原则逐步由政策性的环境原则,发展和演化成为一项国内、国际环境法所共同接受的环境法原则,并具有规范和引导环境立法、弥补法律漏洞、帮助法律解释和解决国际贸易和环境争端等方面的法律实践意义。随着污染者负担原则的实践发展,其主体和责任范围不断扩大。通过环境责任主体归属的确定和责任范围的划定,污染者负担原则已成为当代社会环境法律和政策实践的重要法理基础。有学者认为,欲破解风险预防原则的内在困境,应在明晰存在的真正问题的基础上作出解释并提出可能的解决之道,避免仅仅依据法律文本进行“空对空”的分析。风险预防原则存在的真正问题是其法律效力问题,这就要求我们放宽研究的视野,从法律实效和社会实证入手,探究风险预防原则如何在社会中发挥效果。

(王灿发 董岩)

【应对气候变化法】 随着2009年哥本哈根气候大会的召开,运用法律手段应对气候变化已经成为热点问题。

关于应对气候变化立法。有学者在参考国际国外的立法经验的基础上,主张中国气候变化应对法的框架体系应当由“一体两翼”构成。一体即气候变化应对综合基本立法,主要确立应对气候变化的基本法律原则和基本法律制度;两翼:一是减缓性立法,主要包括节能减排、调整产业结构、发展循环经济、低碳经济等立法,二是适应性立法,主要包括完善自然资源、相关产业、防灾减灾、社会保障等立法。还有学

者在对美国、欧盟、日本、德国、韩国等国家应对气候变化立法进行国际比较和借鉴的基础上,从立足国情、确定优先领域、促进绿色经济转向、立法公开、气候教育等方面,对中国应对气候变化法治建设提出需要重点关注的问题。有学者主张,我国环境立法中普遍适用预防原则,并未对谨慎原则进行规定。谨慎原则主要是针对政府的公共决策而言的,与预防原则的区别在于以不确定性为前提。国家的基本职能是保障安全,针对气候变化可能引起的巨大风险,以谨慎原则为基础进行风险管理、科学决策是以欧盟为代表的西方各国的发展趋势之一。我国现阶段经济和社会条件,并考虑成本效益,在气候变化应对法中适用以比例原则为基础的弱谨慎原则符合国情。

关于减缓气候变化。学者从碳排放权交易和碳税两方面展开研究。关于碳排放权交易,有学者认为排放权概念是在大气环境容量基础上建立起来的,该权利以大气环境容量为客体,具有准物权和发展权的双重属性,两者是辩证统一的关系。碳排放权的发展权属性在实践中意义更为重大。考虑历史责任的人均分配原则是解决发达国家和发展中国家在碳排放权分配争议的理性公平准则,反映了碳排放权的发展权逻辑。关于碳税,有学者对我国碳税立法的必要性、碳税立法的基本形态以及碳税立法的功能定位等几个问题作了分析,认为我国的碳税立法应当采用单项立法的形式,立法的功能之一是促进我国低碳城市建设。

关于适应气候变化,学者们从水资源、森林、农业等方面来探讨适应气候变化的立法调整。有学者简要回顾了主要发生在发达国家的国家气候变化立法的发展进程,包括包含其中的适应性立法之进展。较之发达国家,发展中国家因其在自然和经济社会条件方面所处的劣势,而需承受更大的气候变化之不利影响,其适应需要之满足甚为紧迫,有助于改善其适应能力和适应秩序的政策与法律是十分必要的制度工具。有学者认为,应对气候变化的适应性森林立法是发挥森林在应对气候变化中重要作用的国内法保障,这种适应性应当确立起以森林生态效益为核心的立法价值取向,同时围绕减少森林退化、增强森林碳汇、提高森林可持续经营构建适应性的森林法律制度。有学者认为,水资源适应性立法应当在可持续发展的理念下,通过成本效益评估、环境影响评价等制度,实现各种应对措施适应性、经济合理性、生态性相协调。

关于节能减排和低碳经济法律研究。有学者认为,从规范能耗权交易到碳排放权交易以其政府管理与管制,使得能源法与环境法以及相关法律必须实现跨域的制度互补,并实现制度整合。低碳经济及气候

变化将节能减排推向政治高端,能源法与环境法及相关法律共同承担着实现国家政治,安排节能减排制度的重任。有学者从国际环境法的角度进行分析并强调“低碳”是一种区别于传统高能耗、高污染的新发展模式,其核心是减少温室气体排放,其实质是节能减排,推行清洁生产,提高绿色 GDP,最终实现可持续发展。有学者认为,低碳经济法律关系以生态环境资源为调整基点,以低碳经济为具体的调整对象,基于生态环境资源的特殊性,其他法律认为不正义的规范、原则,在低碳经济法中可能恰恰是正义的。如以生产者为主的责任延伸制度、共同但有区别责任原则、CCS(碳捕捉和存储)技术的法律保护规范、直接碳费的收取等。低碳经济的基本法律制度应该包括清洁发展制度、公共物品法益保护制度、低碳能源制度、能效标志制度、低碳消费制度等。

(王灿发 董岩)

【国际环境法】 关于国际环境条约的实施。有学者认为,事后救济的履约保障模式在国际环境法中缺陷尤为明显。为了促进条约的履行,国际环境条约建立了履约机制。履约机制设立履行委员会来管理和监督条约的遵守。履约机制有三种启动方式,应对不履约的措施主要包括帮助性措施和惩罚性措施。履约机制具有预防性、多边性和非对抗性,弥补了以事后救济方式保障履约的不足。

关于区域性国际环境法。有学者认为,大部分北美和西欧国家已经颁布了国内环境影响评估法,同时,也采用了区域协定来规定跨界环境影响评估。区域性的环境影响评估协定在很大程度上反映了这些国内环境影响评估法。每一个跨界环境影响评估协定都是非歧视原则的适用。有学者认为,处于澜沧江湄公河上游的中国,应该着手与中下游国家建立环境合作的法律机制,共同商讨该地区的经济开发对环境可能产生的影响问题,充分发挥区域内的大国在稳定该地区的经济发展和保障沿岸国的长久利益方面的引领作用。

关于气候变化的国际法问题。有学者认为,面对全球气候变化问题的挑战,如何在不同的国家间协调彼此的权利义务,国际法发展出差别待遇的规范。差别待遇不同于区别责任,避免了国际法中责任制度发展不完善所导致的争议,有利于明确发达国家与发展中国家间的权利义务,已逐步在国际法,特别是在气候变化合作的国际立法中得以确立,并逐步完善和具体化,这将对国际法的发展产生特殊意义。有学者认为,哥本哈根气候大会在满怀希望中开始并在存在分歧中达成协议,协定明确了将大气中温室气体的浓度控制在影响气温 2 摄氏度上升幅度以下的联合国气候

变化框架公约所确定的最大目标,并规定为发展中国家提供规模增加的新的额外的可预见的和适当的财政援助并改善资金获取的途径,决定成立哥本哈根绿色气候资金,支持在发展中国家进行与减缓有关的计划、项目、政策和其他活动。各国由于对该次大会的期望和观察视角的不同而对谈判所取得的成果即哥本哈根协定存在着肯定和否定两种截然不同的观点。欧盟在谈判中的作用有限,而美国和中国对该协定的达成发挥了关键作用,并将在未来的气候谈判中继续发挥主导作用。还有学者基于国际贸易法与国际环境法之间的关系以及国际贸易规则之适用和解释的论证,认为美国气候安全法案的碳关税条款是违反世界贸易组织规则的。

(王灿发 董岩)

【生态保护法】 各国生态保护法律主要包括自然区域的法律保护和物种的法律保护两个方面,我国学者对此进行了卓有成效的研究。

关于法律的绿化问题。有学者在研究物权法的过程中提出物权法的绿色化,认为物权法的绿色化是指整合物的经济价值、生态价值和其他非经济价值,并将环境保护义务纳入物的概念之中的过程。其实质,是在对传统民法所有权绝对进行限制的基础上,引入生态伦理思想和可持续的发展观,作出法律价值的衡量与选择,更新传统物权观念和有关制度。

关于法律的生态化问题。有学者认为法律生态化是一种法律发展的趋势,是指在保护环境、防治污染、合理利用和保护自然资源等立法理念和精神的指引下促进法律朝着生态化方向发展的趋势。另有学者认为法律生态化就是站在人类的立场上、着眼于人自身的发展,为了弥合人与自然关系日趋紧张的态势,平衡经济、社会发展和维持良好生态之间的关系而设计的对环境保护进行法律调整的机制。人是法律生态化的逻辑起点,法律生态化是基于人的需要而产生的规则体系,人也必然是法律生态化的目的。也有学者主张生态化不仅仅是一种原则、观念、思维方式,更是一种社会实践。生态化是生态学原理全面渗透和广泛应用所引发的社会革命与经济转型,在可持续发展背景下;无论是环境保护还是其他应用领域,都将生态学原则和理念运用进去,立足于系统性、整体性、协调性和发展性的核心要义与方向,产生一定的影响作用,使得该领域的研究和发展在动态的过程中得到生态化理念的体现。

关于自然保护区立法。有学者认为根据我国立法特别注重体系完整的特点,我国对于自然保护区的立法应当称为《自然保护区法》或者《自然保护地法》,不必与国外的立法名称完全一样。我国自然保护区立法体系不健全,高位阶法律长期缺位;管理体制不合

理,部门间缺乏协调和配合;管理制度不完善,必要制度未建立;违法责任规定不全面,处罚力度缺乏威慑力。为解决这些问题,应当根据统一规划、科学设立、分类管理、保护优先、严格责任、公众参与的原则尽快制定和颁布《中华人民共和国自然保护区法》。

关于生态补偿概念的法学内涵。对于生态补偿概念的界定是法学界尤其是环境法学界关于这一领域研究争论的焦点之一。有学者认为狭义的生态补偿概念即:所谓生态补偿,是指生态系统服务功能的受益者向生态系统服务功能的提供者支付费用。并认为这与目前国际上通用的生态补偿涵义是一致的,便于国际学术交流。也有学者认为生态补偿是为了实现生态环境和资源的可持续利用,以国家为主导,通过补偿资源开发受损方来实现一定区域内人们公平的生存权和发展权而进行的活动。

关于生态补偿的主体。有学者认为,生态补偿法律关系的主体是指依照法律的规定有进行生态补偿的权利能力或负有生态补偿职责的国家、国家机关、法人、其他社会组织以及自然人。也有学者认为国家是生态补偿全过程的主导力量,同时也应该是生态补偿一方的唯一主体。另有学者认为生态补偿主体是指承担生态补偿责任,向权益受损的相对人提供补偿的责任主体。目前生态补偿立法中规定补偿的主体是国家。

关于生态补偿的客体。有学者认为生态补偿法律关系的客体是指生态补偿法律关系主体的权利和义务所指向的共同对象,即生态补偿权利客体和义务客体。生态补偿法律关系的客体可以划分为两类:一是物,主要有自然资源和生态环境。二是行为,即主体所从事的各种保护生态环境、自然资源的行为,如植树造林、自然保护区的养护与建设,等等。

关于生态补偿的标准。生态补偿的标准问题是当前生态补偿法律制度建设亟待解决的实际问题之一。正如有学者指出的无论是在研究中,还是在实践中,生态补偿的标准都被认为是偏低的。并且,该学者提出确定生态补偿标准有两种方法:一是通过核算,二是通过协商。核算可适用于涉及区域广阔,受偿主体众多的生态补偿(如全国性的生态补偿),协商的方法可适用于设计区域较小,受偿主体相对较少的生态补偿(如区域性的生态补偿)。

关于生态补偿资金。生态补偿的资金问题是生态补偿过程中最实际,也是复杂的问题。学者们普遍认为生态补偿资金的来源应当多元化。这一方面要求尽快建立并健全生态补偿的税费制度;另一方面应建立中央财政转移支付制度;再一方面还应建立生态补偿基金制度,鼓励市场化运作;此外,还应建立相应的

监管机制。

关于动物保护。有学者认为动物保护已经成为世界性的议题,当今所有先进国家都加强立法来增进动物的福利,动物福利保护制度已在世界范围内迅速发展起来。而我国关于动物保护的观念及相关法律措施均起步较晚,保护与善待动物,将成为我国跻身现代文明的一项重要指标。但有学者指出我国现行的动物保护立法,尚非真正意义上的以保护动物个体利益为目的的动物福利法。同时,该学者认为我国并非没有动物保护法,但缺乏现代意义上的动物保护法。

关于海洋生态保护。有学者在分析内地与香港海洋保护法律制度建设的基础上认为,香港海洋法律制度有许多可资借鉴之处。例如该学者在对祖国大陆与香港特区的海洋环境保护监管体制进行比较研究时就指出大陆由于部门存在着特定的部门利益,从部门角度出发的行业管理,经常较多地考虑本部门和本行业的利益,缺乏对国家整体利益和长远利益的考虑。而香港地区各个政府部门每年都要发布本部门的环保报告,每年都有具体的实际环保行动,各部门虽然也是分段监管,但是出于本部门每年都要要求的环保意识和环保报告,能够主动协调配合保护海洋环境。关于海洋环境保护的公众参与制度,有学者在研究南海海洋环境保护的基础上认为目前我国海洋环境保护中的公众参与制度还存在参与范围狭窄、公众参与的权利不明确、参与的程序没保障等问题,应在南海海洋环境保护中先行试验,以完善我国海洋环境保护公众参与制度。

(王灿发 吴鹏)

【环境与健康的法律问题】 世界卫生组织(WHO)对环境健康的定义是环境健康关注外界所有的理化、生物因素以及其他影响行为的相关因素。它紧紧围绕着如何评价和控制这些可能影响健康的环境因素,旨在预防疾病和创造健康支持的环境。该定义排除非环境相关的行为以及社会文化环境和遗传因素相关的行为。有学者通过对近年来国内外环境健康领域的最新研究进展及新进展的重大应用的分析来研究环境与健康问题,并认为我国环境与健康研究的最新研究方向包括以下几个方面:一是环境因素导致机体损伤的生物标志物研究;二是各种污染物的危害研究;三是物理因素健康危害的研究;四是环境基因交互作用研究;五是环境化学物生殖发育毒性的研究;六是环境危险因素的危險度评价及预警系统研究;七是新检测技术和方法的研究;八是环境对健康影响评估与控制技术研究。然而纵观这几个研究方向我国环境法学界所开展的研究相对较少,许多领域尚属空白。就全国范围来看,我国的环境与健康立法问题尚处于研究的起步阶段,缺乏完善的立法体系和法学研

究基础。但是也有研究者在调查环境与健康法律问题的基础上提出了对环境法学研究的反思。有学者认为近年来发生的多起严重环境污染造成人体健康问题事件,对环境法提出了新的挑战。究其原因在于:环境法学研究的性质并未厘清,环境法知识共同体尚未形成,环境法学研究远离实践。原因是我们目前的环境法学研究方法不能提供解决问题的方案。

(王灿发 吴鹏)

【环境行政法律制度】 关于环境执法机制。有学者认为,环境执法过程中的规制俘获,是我国环境执法不力、环境质量状况恶化的根源所在。由于环境执法机关享有广泛的自由裁量权,在环境执法机关与环境污染企业具有共同利益追求的情况下,环境执法过程中的规制俘获便应运而生。规制对象和规制受益人对环境规制过程的非对等参与,则进一步纵容、加剧了环境执法过程中的规制俘获。为了克服环境执法过程中的规制,我国必须在环境立法中进一步规范环境行政机关的自由裁量权,使其控制在必要的范围之内。与此同时,我国应辅以环境保护目标责任制和环境公民诉讼制度,以此来切断环境规制主体与规制对象之间的利益关联,扩大公民个人对环境规制过程的参与,最终达到尽量减少或消除环境执法过程中的规制俘获。还有学者认为,应当授予环境执法部门一定的强制执行权;其次,应当按照不能使违法者从其违法行为中得到利益的原则确定处罚力度;最后,通过地方立法先行的方式,建立一些新的环境法律制度。

关于环境行政法律制度的系统化。有学者以重大突发性水污染事件应对机制为切入点,建立科学有效的应对机制是系统工程,包括预防与应急准备、监测与预警、应急处置和事后处理等多个环节或阶段。通过应对突发性公共事件的制度建设,把各种应对处置的具体事务合理分解到各个环节中去,确保不同环节之间的相互衔接和有效运行。

(王灿发 吴鹏)

【环境侵权】 关于环境侵权立法。有学者采用生物学和生态学上遗传与变异的方法对环境侵权行为与传统民事侵权行为进行了比较研究,认为人身权、财产权的私益性与环境资源的公益性的冲突客观存在,必然导致民法与环境法在价值取向、立法目的上的巨大差异。建议制定一部单独的《环境侵害救济法》,具体包括:环境侵害责任承担及纠纷处理的一般原则,环境侵害的具体形式以及认定标准;环境侵害责任的具体形式;专门环境诉讼制度;环境公益诉讼程序;环境纠纷解决替代机制;环境侵害社会救济形式等。有学者认为,不需要进行专门的环境侵权责任立法。我国有多部法律规定了环境污染责任,但是在环境污染责任的构成要件、赔偿范围与免责事由上,这

些法律的规定差异较大,存在免责事由混乱、法律效力位阶不明、存在越权立法等问题。解决这些问题的思路可以从集中明确规定免责事由和对法律渊源进行体系化解释两个角度展开。将《民法通则》、《侵权责任法》和其他环境侵权法放在同一个位阶上进行解释,是比较务实的态度。

关于环境侵权行为违法性。有学者认为,《侵权责任法》取消了民法中对于“违反国家保护环境防止污染的规定”等字样,代之以“因污染环境造成损害的,污染者应当承担侵权责任”,条文表述强调“污染者”对环境造成污染的事实,而不再拘泥于对合法性的苛刻要求。可见,《侵权责任法》的规定并未以违法性作为环境侵权的构成要件,无疑会更好地达到填补损害、制裁不法的立法目的。

关于环境侵权责任范围。有学者认为,环境污染侵权因其广泛性、持续性,常常让受害者在经历身体的痛苦时,更遭受精神上的摧残。从《侵权责任法》填补损害的立法目的出发,将损害事实从“对人身造成的实际损害”、“财产损失”扩张到对受害者精神层面合法利益的保护,由污染者对其进行补偿方符合法律公平之要义。

关于因果关系的举证责任。有学者认为,采用因果关系证明责任倒置过多地减轻了原告关于因果关系的证明责任,完全地将被害人的证明责任免除或转换容易导致受害者“滥诉”。证明责任倒置增加了企业的生产成本,对企业的发展不利,必然遭到业界的反对。建议采用以“因果关系推定说”为宜。

有学者认为,在实践中排污单位往往很容易就能“证明”其行为与损害之间“不存在因果关系”;而绝大多数污染受害者个人没有技术和条件掌握排污单位内部的实际排污种类和浓度等证据,无力“反证”。因此,有必要引入“过错推定”制度,即推定排污者有过错,并应承担责任,除非其能够反证。建议表述为:“因排污造成他人损害的,排污者应当承担侵权责任,但能够证明法定免责事由或者自己没有排污的除外。”

关于因果关系的证明标准。有学者认为应当根据案件的不同性质和不同的审理程序采用不同的证明标准。第一,确立盖然性占优的证明标准,更好地体现证据所具有的盖然性强弱直接关系到待证事实与这一事实原始状态相符的程度。第二,审理的不同阶段适用不同的证明标准。在不同的审理阶段沿用高低不等的证明标准,这既能反映案件进展的不同阶段,还可告知当事人着重应证明的关键所在。第三,不同主体、不同对象的不同证明标准。在环境侵权诉讼中,原被告双方诉讼能力不对等,为了实现利益衡平的目的,

在因果关系、免责事由方面,对原告适用较高的证明标准,对被告适用高度盖然性的证明标准。而在其他方面,如环境侵权损害事实和损害后果上,则可对原被告适用同一的证明标准。

有学者认为,影响较轻、时间较短、证明相对简单的环境污染侵权行为可以“采取优势证据说”加以证明,即“在考虑民事救济的时候,不需要以严格的科学方法证明,只要考虑举证人所举的证据达到了比他方所举的证据更优便可认定”;对于影响严重,潜伏性强、危害范围广泛的环境污染侵权行为应结合“事实推定说”、“疫学因果说”等,以及受害者的权益侵害程度,污染者的社会地位、赔偿能力等因素进行综合判断。

关于环境侵权的救济方式。有学者运用公共信托原则提出了环境侵权及其救济的分析和解决路径。由此环境侵权应强调两点:一、扩大原告范围,最大限度赋予公众以诉权;二、强调国家在环境侵权救济中的侵权责任和依原告的请求协助收集证据的义务。

关于环境损害赔偿社会化机制。有学者认为,环境侵权责任保险制度当确立强制性环境责任保险为主、任意性责任保险为辅的原则;扩大责任保险的范围,将合法排污造成的环境侵权责任纳入其中。借鉴国际治污防污经验建立特殊行业的侵权赔偿制度,如核事故侵权赔偿机制以及油污侵权损害侵权赔偿机制。

(王灿发 孟佳)

【环境刑法】 鉴于我国目前的环境犯罪逐年递增,环境保护的形势严峻,行政手段不足以震慑环境违法行为,学者建议加强刑法对环境犯罪的惩罚力度和对环境的保护力度,并从不同角度提出了建议。

关于刑事立法模式。部分学者提出环境犯罪具有特殊性,涉及到实体上、程序上等一系列问题,认为只有单独立法才能应付自如,恰当处理。建议借鉴日本的立法,制定一部单行的综合性环境犯罪刑事法律。但有学者认为,我国目前制定一部单行的综合性环境犯罪刑事法律条件尚不成熟、也不现实。应当将环境犯罪作为独立的一章加以规定,并将所有侵害环境权和生态安全的犯罪都纳入到本章中。同时,还要进一步加强环境行政立法,并在环境行政法中设置一定的环境犯罪的罪名、罪状和法定刑,从而形成以刑法典规定为中心,辅之以环境行政法律中分散的环境刑事立法的模式。

关于举证责任。有学者建议,实行环境犯罪举证责任倒置。大多数情况下,环境犯罪的原因行为具有专业性、复杂性,控方很难发现事实真相,履行证明责任,导致对环境犯罪很难进行有效追诉。而另一方面,由于被告人对企业的生产、运作具有一定专业知

识或者亲身经历了危害环境行为发生的全过程,被告有能力承担无罪的证明责任。举证责任倒置,对被告人而言是一个严厉的要求,但它无形中告诫人们要更加谨慎地履行好自己所负的法定义务。

关于按日计罪制度。有学者建议,建立环境犯罪“按日计罪”制度,即针对具有持续性的环境犯罪,将每天的犯罪行为规定为独立的一罪并按日定罪量刑。尽管该制度与我国传统刑法理论和立法有冲突,但是可以解决。第一,依据“处断的一罪”理论解决环境犯罪“按日计罪”制度与我国现有定罪理论和立法的冲突。第二,依据数罪并罚新理论并根据我国的数罪并罚理论对国外的环境犯罪“按日计罪”制度进行改造。虽然环境犯罪“按日计罪”制度对自由刑的概括性规定与我国的数罪并罚理论和立法不符,可根据我国数罪并罚理论和立法对环境犯罪“按日计罪”制度关于自由刑的规定进行修改,明确规定每天犯罪的自由刑。(王灿发 孟佳)

【环境公益诉讼和环境保护法庭】关于环境公益诉讼立法。有学者认为,环境公益诉讼立法应当采取三步走:第一,修订宪法,肯定公民的环境权。环境公益诉讼制度的确立不管是先从诉讼法开始改良,还是从环境保护单行法开始改良都必须注意其确立的理论依据。第二,修改环境保护基本法和其他单行法,把环境公益诉讼制度作为环境保护法的基本制度。第三,修改诉讼法。这样的设计非常理想,但环境公益诉讼等待全部立法完善才进行,既不合理,也不行。就当前而言,一是发挥最高人民检察院和最高人民法院的司法解释权,促进环境公益诉讼;二是确立某些环境单行法上环境公益诉讼的立法意图。

也有学者建议,我国的环境公益诉讼制度的建设也应遵循以下的路径:一、修改宪法,确立环境权为公民的基本权利。强调不仅要确立公民的环境权,还要明确法人、社团和其他组织的环境权,同时还应当完善国家的环境权。二、修订相关法律,赋予相关单位和个人环境公益诉讼权。三、修改相应法规,建立环境公益诉讼的具体制度。如举证责任倒置制度、限制诉讼处分权制度、诉讼费用分担适度、原告奖励制度和防止诉讼滥用制度。

关于原告资格。有学者认为,我国环境公益诉讼的原告主体应包括公众、环保组织、行政机关和检察机关。也有学者认为,行政机关不具有公益诉讼的原告资格。因为公益诉讼的存在,往往正是因为行政机关在环境行政上的不作为或不当作为,如果将环境保护行政机关作为原告针对违法企业提起民事诉讼,难免有“行政职权民事化”的嫌疑,并造成司法资源的浪费,不符合行政合法性和行政合理性原则。同

时,由于行政机关身兼“执法者”与“起诉者”双重身份,将破坏民事诉讼中的“平等武装原则”。况且,将行政机关作为原告,隐含了司法万能的判断,但并没有理由相信环保职能机关及其背后的人民政府不能解决的问题而司法机关可以解决。但该学者认为,检察机关是公共利益的化身,且具有人力、财力和专业上的优势,由其作为原告具有其他主体不可比拟的优势。

也有学者认为,检察机关在环境资源和环境利益的司法救济中,主要起监督和领导作用,而不是主要的行动者。只有在找不到其他权利主体或其他权利主体没有能力提起诉讼,或提起诉讼的难度过大时,检察机关才有必要提起民事公诉。否则,会有越俎代庖之嫌,也会抑制国有环境资源具体占用、经营单位维护自身权益和主管部门履行自身职责的积极性。

还有学者提出,环保局不适合作为环境公益诉讼的原告:第一,环保局作为法定的环境保护行政主管部门,拥有行政权力来预防和控制“对环境本身的损害”,没有必要赋予其提起环境公益诉讼的权力。第二,环保局作为原告提起环境公益诉讼,具有怠于履行行政职责的嫌疑。环保局负有预防和控制“对环境本身的损害”的行政职责。第三,环保局作为环境公益诉讼的原告,侵害了公民和环保民间组织作为原告的选择权。环保局可能成为环境公益诉讼的潜在被告,如果环保局在这种情况下作为环境公益诉讼的原告,那么相当于规避了其作为环境公益诉讼被告的可能性。第四,环保局作为原告提起环境公益诉讼,在一定程度上浪费了行政和司法资源。

关于原告资格的冲突协调。多元化的环境公益诉讼原告也必然产生一个原告冲突协调的问题。有学者建议,根据原告身份的不同,将环境公益诉讼的原告分为两大类:一是普通原告,主要是指公众与环保组织;另一是公权原告,主要是指行政机关与检察机关。公众与公众之间、环保组织与环保组织之间发生原告资格冲突可以参照《民事诉讼法》规定的代表人诉讼进行。公众与环保组织之间的冲突,一般而言,由社会团体代表诉讼;当团体成员利益、观点分歧非常大,有明显冲突时,应由法院指定诉讼代表人。对于普通原告与公权原告的冲突问题,可借鉴英美法系的前置审查起诉模式,规定一个通告期。在通告期内,如果有关行政机关采取了行动,公民、社会团体的起诉资格受到限制;反之,公民、社会团体有权直接向法院提起诉讼。关于公权原告之间的冲突,在行政机关已经提起诉讼时,检察机关就没有必要作为原告起诉了。

有学者认为,公民和非政府组织以及检察机关应

居于第一顺位,而环境保护职能部门则在其能够提起公益诉讼的限度内处于“兜底”地位,且原告有权视情形选择民事诉讼或者行政诉讼程序。同时,应赋予公民和非政府组织要求检察机关或者行政机关提起公益诉讼的权利,检察机关和行政机关无正当理由不得拒绝。而对于同一顺位有不同主体均提起诉讼时,应先由当事人协商,协商不成时可由法院予以指定。

还有学者认为,在确定公益诉讼的合适主体时,应当依据不同的情形分别考虑:第一,国家环境利益受到损害时,应由政府职能部门作为第一顺序的原告。检察机关和政府职能部门都是公共机构,但他们在行动上有所区别。政府环境保护和环境资源管理部门是公共职能的直接承担者,他们应该首先采取相应的救济行动。第二,公共机构必须依法、依职责行事,否则,容易造成权力滥用。检察机关和政府职能部门只有在法律明确规定的范围内,才有提起公益诉讼的权利。第三,在纠正环境污染和破坏者的行政违法行为和督促行政机构履行职责方面,行政机关不应该成为原告。法律可以规定检察机关、环保团体和个人作为同一顺序的原告起诉。当然一案不再诉的原理应该遵守。第四,当特定人群的环境利益受到侵害时,应由环保团体和公民个人作为第一顺序的原告。

关于环境保护法庭。实践中,环保法庭成立后,面临着三大难题与困境:案源难、量刑难和执行难。有学者认为,从《人民法院组织法》等法律规定来看,环保法庭的设置存在难以消解的内生性困境,环保法庭的设置于法无据;环保法庭是在专门环境诉讼机制缺位的前提下进行的制度设计,也缺乏坚实的制度支撑,环保法庭采取了一些全新的做法以推动环境纠纷进入司法程序,以解决“环保方面的受案数与实际污染程度呈现出极大的‘不对称性’”问题,过于明显的问题导向有超越制度创新边界之嫌,认为环保法庭的“强职权主义”不符合司法权配置原则。

有学者回应上述论者的观点,认为环保法庭的设置并非于法无据,人民法院组织法规定,中级人民法院就可以根据需要设立相应的审判庭。环保法庭的相关做法不能认为是“强职权主义”的表现,而是能动的司法解决现实环境问题的必需。环保法庭支持环境公益诉讼突破了原告资格限制;环保法庭受案范围突破了现行侵权理论和实践缺陷;同时环保法庭对于改进环境司法具有现实意义,如避免地方保护主义对于环境司法的影响、提高环境司法的效率和科学性、环保法庭创造性地实现环境保护。建立环保法庭具有合法性和正当性。

(王灿发 孟佳)

中国法制史学

【概况】 2010年,中国法制史研究取得了许多成果,其中一些不乏开创性。学者们在继承、吸收已有的科研成果基础上,积极探索新的研究领域,深化研究内容,为法制史学的进一步发展奠定了基础。从总体观察,中国法制史学的研究具有整体性与系统性的重要进展。

10月16—17日,以“传承与创新”为主题的“中国法制史学六十年学术研讨会”及“张晋藩先生执教六十周年暨八十华诞庆典”在北京友谊宾馆举行。张晋藩先生现任中国政法大学终身教授,博士生导师,法律史学研究院名誉院长。庆典由法律史研究院主办。原司法部部长、中国政法大学校长邹瑜,最高人民检察院副检察长孙谦,国务院法制办公室副主任袁曙宏,司法部副部长陈训秋,以色列希伯来大学法学院客座教授包恒先生等嘉宾,以及中国政法大学校长黄进,副校长朱勇,副书记高浣月,终身教授陈光中等出席,法律史学界的诸多学者、张晋藩先生的同学、学生等参加了庆典。

庆典结束后,由张晋藩法律史学术基金会主办,教育部人文社会科学重点研究基地中国政法大学法律

史学研究院承办的第一届全国法律史优秀论文颁奖仪式举行,来自全国高校法律院系在读学生,高校法律院系及各研究机构在读法律史专业硕士研究生、博士研究生等17人获此殊荣。

9月18—19日,由中国法律史学会主办,西北政法大学与宁夏司法警官学院承办的2010年学术年会暨“吏治与法律文化”学术研讨会在银川召开。研讨会主题涵盖范围较广,涉及了法史学各个方面。与会代表递交的参会论文及在大会上的发言,展示了法史学界最新研究成果。

【中华法制文明的演进】 论者认为,中华法制文明是以黄河流域的中原法文化为主干发展起来的,同时也吸收和综合了长江流域的先进法文化。苗人肉刑的发现和被广泛适用,证明了中华法制文明的多元性和民族间法文化的吸收与融合。中华法制文明是特定的物质生活、社会生活发展到一定阶段的产物,法制文明是人类社会摆脱野蛮走向进步的重要标志。根据古书记载,结合地下文化遗存的发现,大约在黄帝时期,中华法制文明的光辉已经开始投射在中国的大地上。至公元前21世纪左右,形成了以夏朝为代表的

相对统一的部落联盟的国家,中华法制文明也随之以较为确定的形态出现在历史舞台。中国自古以来就是统一的多民族的国家,除汉族外,各少数民族都对中华法系的缔造做出了积极的贡献。华夏法制溯本追源就是以苗族的“刑”作为原型发展起来的。魏晋南北朝时期,北朝拓跋族进入中原地区以后,面对统治广大汉族地区的需要,积极推行改革本民族落后传统的政策,无论立法建制都以汉魏为宗,同时任用和支持精通汉律的汉族官僚起草法律,建立各项规章制度。北朝立法是在总结汉魏晋以来法制建设经验的基础上完成的,吸收了汉魏晋律中先进的原则和反映时代发展要求的法律规范,因而优于南朝法制,其中体现北朝立法成就的著名的《北魏律》、《北齐律》实际是汉族与少数民族法律文化大融合的产物。它不仅发展了汉魏晋律,而且奠定了隋唐律的基础,如果说魏晋南北朝时期是中国历史上民族大融合的时期,那么,在法文化上也同样反映了这个时代特色。唐宋以后中国进入封建社会后期,在这一历史阶段,契丹族、党项族、女真族、蒙古族、满洲族先后建立了辽、西夏、金、元和清朝政权。这些政权有的限于边陲一隅,有的已扩展到北中国,有的则是统一的全国政权。一方面,继续吸收汉族先进的法律文化,从而迅速提高本民族的法制文明;另一方面抛弃本民族习惯法中落后传统的同时也注意保存固有的民族精神,并力图融入时代的潮流中去。在这个历时更长、范围更宽广的民族大融合时期,少数民族对法制的创造无论是元蒙的行政法还是后金的民族立法都取得了突出的成就,创造了丰富的立法与司法经验,是少数民族法制史上的重要篇章,也使得中华法系具有了更加丰富的内涵。

【社会转型与法制变革】 论者认为,社会的转型与法制变革之间的内在联系是有规律可循的。中国从公元前 21 世纪左右,氏族社会开始解体进入奴隶社会,是社会形态的第一次转型,与此相适应,出现了以“五行”为体系的法律变革。到公元前 4 世纪左右,又经历了由奴隶社会向封建社会的第二次转型,与此相联系,法观念发生了重大变化,出现了以“律”为形式的成文的立法建制,各国的变法改制又转而促进了社会向着封建法制的轨道发展。直到十九世纪末,又经历了另一次社会形态的深刻转型,由此揭开了中国法制近代化的序幕。论者特别指出,在一个巨大的、历史长久的社会转型期中,又会经历不同的发展阶段。在不同的发展阶段,又经历了局部的社会转型,而且都引起了相应的法制变革。以反映生产关系变化的土地制度为例,隋唐时期推行均田制所要求的法律,和宋以后土地买卖广泛确立且不抑兼并的土地制度所要求的法律是不同的,因此除去研究大的

社会转型与法制变革的关系之外,仍需注意各个历史时期之内局部的社会转型所引起的法律变革。

【中华法系】 论者认为,学术价值在于创新,也在于传承。在创新成为主旋律、成为学术成果评判最高标准的今天,我们不妨多关注一些“传承”。中华法系博大精深,源远流长。从秦始皇到清宣统,除了首尾两大社会转型期之外,两千年的帝制时代,实现社会控制的基本手段是以儒家思想为主导的法律体系。中华法系,土生土长,乡情乡音。农耕生产对天人和諧、人际和睦的仰仗,自然经济对家庭秩序、社会稳定的倚重,都成为国家治理的重要原则,并体现在中华法系的基本精神之中。中华法系,关注国家与民族的自身发展,关注如何实现人际和睦、家庭和谐与社会稳定。在这里,没有政治家们为其政治目的而提出的响彻云霄的口号,没有利益群体为了招兵买马、聚集力量而竖起的诺言大旗,更没有为了海外扩张、跨国获刑而实施的强权规范。近代世界,国际交往的增加,打破了古老帝国的宁静,以“闭关自治”、“独善其身”为外交准则的中国,仓促中被迫进入国际交往的大环境。面对这一巨变,中华民族既缺少技术、经济领域的应对资本,也缺乏政治、法律范围的制度准备,更缺少思想、文化层面的应变资源。这是一次涉及范围广泛,但又仓促、轻率的变革。回首变革,我们发现,儒家思想、中华法制,与皇帝的龙椅、女人的裹脚布一起被彻底抛弃。百年之后的今天,中国与世界面临新一轮的重大变革。变革就意味着选择。在这场由再变革而引起的再选择之中,中华民族的传统元素被我们的思想家、政治家乃至大多数国民所再关注。符合中华民族的国情民风,在调整社会关系、维持社会秩序、实现社会和谐方面具有独到作用,且为两千年历史所证明行之有效的中国传统法制,其基本精神和基本价值,再次引起国人的兴趣。子曰:“知者乐水,仁者乐山。”中华法系,既有水之灵动,更有山之厚重。创新,改革,竞争,跨越,当今中国的主流话语表明,其“灵动”特性已发挥得淋漓尽致并将长时间继续。我们的《中华法系》将充分发掘、展示并弘扬中华法系的“厚重”之性。

【沈家本全集】 (1—8 卷) 历经 5 载辛劳,2010 年 3 月,由中国政法大学法律古籍整理研究所和中国社会科学院法学研究所法制史研究室共同整理的《沈家本全集》(八卷本)由中国政法大学出版社正式出版。鉴于沈家本在中国法律近代化历程中举足轻重的地位及沈家本著作手稿灿然可昭的学术价值,《沈家本全集》的整理与出版一直受到了各界的支持与关注,先后得到了教育部全国高校古籍整理工作委员会项目资助及国家古籍整理出版专项经费资助。沈家本

作为近代中国著名的法学家、法制改革家和法律思想家,于法学一域著述宏富,体大思微;其学承乾嘉余绪,涉猎广博,杂治文史,于四部之学亦多造诣。此次整理出版的《沈家本全集》囊括沈氏生前著述 48 种,分八卷出版,其中前 4 卷涉及修律、司法、公牍及法律之学,收书 26 种;第 5 卷为经学,收书 3 种;第 6 卷为史学,收书 9 种;第 7 卷为诗文、杂纂、日记,收书 8 种;第 8 卷为编纂,收书 2 种。

【古人法律生活中的“情理”模式】 论者认为,“情理”至少可以分为基本情理和更高情理,在古代的内容是起码仁义和更高仁义(后者分为浅层仁义、中等仁义与完全仁义)。“情理精神”是来自于天道天理的对情理进行主动把握的良善精神,具有不同的层级。情理精神的实施效果至少可以分为完美的情理精神和有缺的情理精神(后者包括中等、浅层情理精神),其背后的君情官情分别是上君上官、中君中官以及部分下君下官,这些君情官情中最核心的是情理能力的高低,包括高度、中度与浅度情理能力。最后(第 8 章),论者把情理精神这一本质特性,和中华法系的光辉结合起来,论述了以情理精神为核心的中华法系的意义系统,这既是对中华法系“本质特性”的证明,也是对情理精神主要作用的集中总结。通过本书的研究,论者试图证明:情理精神不但从文化精神上支配了古代法律的基本结构和运行模式,而且对古代法律和古代社会具有重大而深刻的作用,是中华法系的光辉源泉。从生活视角、全面视角、意义系统视角出发,围绕“古代法律的文化精神如何使得中华法系稳定长久存在”这一理论问题,阐明了中华法系的光辉源泉或意义系统,力图重现古老东方治平天下的良法美意。作者认为,中华法系上求天道天理、下体人情民心,得到了当时社会上下的广泛尊重和真实仰信,尽管有各种负面因素的强劲影响,其以情理精神为核心的文化精神,还是能够不断地引导人们向善和向上。

【中国法律文化之道】 论者认为,法律与伦理是法律文化的核心问题,因此,探索中国法律文化之道,寻求它的原理和意义,有必要从中国传统法律的伦理化开始。所谓中国传统法律的伦理化,是指传统中国的人伦道德,亦即儒家伦理或者说宗法伦理,内化在传统中国的法律之中,并在精神和原则上支配并引导着法律的变化和发展。伦理化的表现是儒家伦理成为国家立法和司法的指导思想,法律的内容和人们的法律意识渗透了儒家伦理的意蕴。因此,伦理化并不意味着法律在规范形式上有何变化,亦不存在任何实体意义上的“伦理法”或“清理法”。在中国传统法律的伦理化中,“伦理”是关键词。《说文解字》

曰:“伦,辈也,从人,仑声。一曰:道也。”可见,在中国文献和汉语世界里,伦理就是人的辈分之理,亦就是人们怎样按辈分来相处这样一种做人的道理,简称为人道、人理、人义,亦即通常所说的人伦道德。传统中国的人伦道德一般指儒家伦理,或谓之宗法伦理,简称为礼教。所以,本文所探讨的中国传统法律的伦理化,其实质是关于礼教对传统中国法律影响的问题。

【中华法系的本土性】 论者认为,中国古代以农业立国,小农自然经济结构始终居于统治形态,而且自商鞅变法奖励耕战以后,农本主义更成为历代奉行的国策。中国所处的内陆性的地理环境也为农本主义政策的实施提供了客观条件。与农业生产密切相关的历法早在夏朝便已形成。夏朝历法称为“夏正”。古书中说“行夏之时”,表明夏代历法对后世的深远影响。商代制定了比夏历先进的阴阳历,有了明确的春夏秋冬之分,并设专官掌管历法。秦时,第一次颁行了全国统一的历法《颛顼历》。汉代,在历法上的杰出成就是制订了《太初历》。其后,南北朝著名的科学家祖冲之制定了《大明历》。唐代有《戊寅元历》和《大衍历》。元代有《授时历》。明代有《大统历》。清代康熙年间聘请西方传教士制定《康熙永年历》,并由著名历算家梅文鼎著成《古今历法通考》。中国古代是沿着由家而国的途径进入阶级社会的,因此宗法血缘关系对于社会和国家的许多方面都有着强烈的影响。西周时期宗法与政治高度结合,无论国家组成、政治结构与国家活动,都以血缘与政治的二重原则为依据。进入封建社会以后,宗法制度虽然不直接体现为政治制度,但宗法的原则、精神和规矩却广泛渗透于社会每个家庭。随着儒家思想被确认为统治思想,儒家所倡导的伦常关系更赋予宗法制度以新的权威。尊祖敬宗的观念不仅是维护宗族的精神力量,也是支撑社会的道德支柱。中华法系是在君主专制背景下孕育成长、发展的,因此它服务于专制主义中央集权的政治制度。自公元前 221 年,秦灭六国建立统一的封建中央集权的国家以后,专制主义的政治制度一直沿着螺旋上升的轨迹不断强化,在中华法系的法律框架下,皇权是至高无上的,凌驾于法律之上,成了所有中华法系国家中一个共同的特色。自秦统一以来,立法权便高度集中于中央,集中于皇帝。皇帝“命为制,令为诏”,出言为法,不存在拥有立法权或者主管立法事宜的国家机关。法典的编纂均由皇帝遴选或者指定官员主持,以至于贯穿整个封建时代的重要立法,都以“钦定”的名义颁布。为了给皇帝立法披上一层神圣的外衣,历代法典都标榜圣人,则天作法,《唐律疏议》名例说:“天垂象,圣人则之”,于

是“观雷电而制威刑，睹秋霜而有肃杀”。

【中国古代官箴文化】 论者认为，在中国传统社会中，“官”是指为政者，“箴”是指规劝、告诫与警示。据东汉许慎《说文解字》说：“箴者，戒也。”另据南朝刘勰《文心雕龙·箴铭》说：“箴者，所以攻疾防患，喻箴石也。”明朝徐师曾也说：“盖医者以箴石刺病，故有所讽刺而救其失者，谓之箴，喻箴石也。”由上可知，官箴二者合用，应有两重含义：第一，要求当政者在运用权力时，要借助道德精神的力量，实行自我克制与自我节持，才能把握合适的度；第二，当政者必定会出现弊端与失误，光靠自律难以自我纠正，需要规劝、告诫与警示。否则，就会贻误大局，危及自身。可见，官箴文化的核心，是从防止权力滥用的角度出发，采取内外结合的方式，加以制约，从而形成带有中国特色的权力监督形式与监督思想。官箴文化最早萌发于我国父系氏族社会时期，并以箴言的形式加以传播，直接影响到部落联盟机关的领导层面。据历史文献记载，最早可以追溯到黄帝“海已”的自戒：“余在民上，摇摇，恐夕不致朝。”尧有“尧戒”：“战战栗栗，日慎一日，人莫躋于山，而躋于垤。”禹有自戒的政语：“民无食也，则我弗能使也；功成而不利于民，我弗能劝也。”这些原始社会的部落首领将民众视为高山或者堤坝，他们认为，民心动摇，就有如山崩地裂，自己的地位也将朝不保夕。这种自警自戒的权力自我约束形式，有助于部落联盟的正确决策，从而避免失误的发生。

【中华法系与罗马法的原理及其哲学比较】 论者认为，唐律是中华法系的代表，《唐律疏议》是唐律的精髓和骨干；而《法学阶梯》既是罗马法的重要组成部分，又是罗马法的全部法学的基本原理所在，因此，以《唐律疏议》和《法学阶梯》为对象来探讨中华法系与罗马法的原理及其哲学，这在比较法上是可行的。当然，这里所说的中华法系主要是指传统中国法，罗马法主要是指万民法时代亦即罗马帝国时期的法律。而本文既然是对原理与哲学的比较，实际上就是关于法的理念的类型比较，因此理念与制度及实践有不同之处，亦是正常的，并不影响研究结论的成立。在科学术语上，原理是来自西方的概念，它在传统中国文化中对应的就是“道”。这个“道”不单是道家之道，而是中华文化之“道”。正如金岳霖先生说：“各家所欲言而不能尽的道，国人对之油然而景仰之心的道，万事万物之所不得不由，不得不依，不得不归的道才是中国思想中最崇高的概念，最基本的原动力。”从这个意义上说，道是中华文化的共通原理。当然，它亦是中华法系的原理，因为中华法系是

中华文化的有机部分。

【“断狱平”或“持法平”：中国古代司法的价值标准】 论者认为，司法之“听（审）”与“断（判）”，自来是分离为二的。对于这两个过程、两大环节，今人讲“以事实为依据，以法律为准绳”；古人则说“听讼惟明，持法惟平”。“依据”、“准绳”是今天的要求，“明”、“平”则是古代的标准。在西方，陪审团判定事实，作出“有罪”或“无罪”结论；法官适用法律，给出具体刑罚。尽管在“听”与“断”的主体及其职责分配上，中外有着不同的规定，“听”与“断”在中外今古有着的不同提法，解决各自面临的问题，有各自的价值侧重，但本质并无差异。唐代官员考课，“推鞠得情，处断平允，为法官之最”；金国也以“议狱得情，处断公平，为法官之最”。“听”与“断”各有自己的崇尚，审慎而明，是“听讼”的功夫，属于事实判断问题；公允而平，是“断狱”的操守或水平，属于法律适用问题。故“听讼不审”、“断狱不公”被认为是司法过程中最大的问题，而能做到“听讼惟明，持法惟平”才是合格的法官。一“明”、一“平”两个价值，是中国古代司法的两大标准、两大追求。

【契约本性与古代中国的契约自由、平等】 论者认为，契约本性是自由的，而平等是契约自由的前提和必然要求，故契约与平等也是共生的。中国古代契约自然也不会灭失这一本性，否则契约就不成其为契约。契约的自由、平等既是一个事实，自然也就形诸于契约语言。从北凉、高昌至唐、五代乃至宋元契约中，充斥着大量的“两和立契”、“两共对面平章”之类的套语。自由的契约语言是“两和立契”，平等的契约语言是“两共对面平章”。在道理上，有此事实，表达出来，便成为契约语言；而有此语言，也表明其事实是存在的。值得注意的是，自北凉、高昌至唐代初、中期的契约更多强调自由的一面，故“两和立契”使用最多；唐后期及五代、宋、元时期的契约，更多强调平等的一面，故“两共对面平章”使用普遍，几乎代替了前此的“两和立契”，将中国契约史判然区分为两个时期。其意义，我们将在后面论及。“和”之字义，与“强”相对。但在中国，它并不是一个简单字眼，而是表示一种意志关系，强调的是意志自由。因之，“和”出现在契约中，是与中国法律对该字的大面积使用相关联的：刑事法如此，民事法更是如此。所以，在分析契约的“两和立契”之前，我们先综括一下刑事法中的“和”与“和同”问题，这是了解该问题的必经路径。（郭成伟 张琮军）

中国法律思想史学

【概况】 2010年本领域研究如火如荼,学术会议和文化讲座频繁举行,学术著作多有出版,而据中国知网、中国人民大学书报资料中心数据库以及相关专业期刊数据统计,法律史论文发表近千篇,其中法律思想史、文化史的占一半以上。

纵观全年学术交流和论文发表,研究重点和热点十分突出。第一,探究儒家法律思想的论文为数甚多,许多研究者意在使传统文化的积极因素烛照当代实践,形成法制建设的内在理路。第二,对中国传统司法文化的关注热度不减,诉讼激增而司法不敷其用的现实使研究者欲从传统中寻求智慧,而近代司法实践中体现的观念变迁也通过对地方司法档案的梳理而得到展现。第三,其他如根据地法律研究等也取得一定的成果,对于法学教育和律师群体的考量渐成新的学术生长点。本年中日韩三国近代法史研讨会上,学者对于近代初期中国诉讼法立法过程中引进律师制度的报告,引发了关于法曹中三类人士之间“中心与边缘”关系的讨论,成为会议焦点之一。本年度中国法律史年会的主题则集中在“吏治与法律文化”上,对近古相关制度及实践的经验总结,对于当下的官员约束不无启发意义。

在研究资料层面上,对于档案和思想史原始文本的解读始终占据主流,而文学作品中反映的司法运作情况和体现的法律观念也逐渐受到研究者重视。有学者表示,以往以通史刑法志、历代刑法典,或者说经史子集为基本史料的研究模式已没有太大空间,而以反映历史上法律实践活动真实情景的大量新史料为材料的研究方式正在兴起。在本年度全国法律文化博士论坛上,关于晚清州县司法档案的整理与研究、碑刻资料在法律史研究中如何应用的报告引发了与会者的热烈讨论。

在研究方法层面上,史学其他分支和法理学、部门法学的理论不断楔入本领域,学术上互通有无,提高了研究的现实价值。另外有学者呼吁将发生学、人类学的方法引入法史研究,打破既往的历史分期界限和固守的学科分界,纳入新的研究材料,拓展学者视野。

(马小红 陈蔼婧)

【中国法律思想的发展】 儒家法律思想以及与之相关的经义决狱、亲亲相隐和法律儒家化等方面依然是2010年法律思想史的研究重点,法、道两家法律思想有所减弱,也有论作对儒、法、道之间相互关系有所涉及。在儒家法律思想方面,有学者从西周法律

思想中寻找儒家法律思想的起源。认为西周的德治为西周天子的习惯法之治,其基本的追求就是中德之治,而中德之治则是中和精神在德治中的体现。西周是中国历史上第一个大一统的国家,疆域广阔,民族众多,为了发展民族关系,促进文化的趋同,周人采取的原则是以融合为主,实行轻缓的控制政策,各地仍沿用旧有法律来治理。与之相适应,西周刑法的价值追求是“中刑”原则的用刑之道,在司法上体现为“中刑”原则的具体适用,该原则不仅要求司法公正、量刑适中及罪行相适应,还要区分民族的不同习惯和传统。

有学者对孔子的法律思想进行了宏观上的评议。认为“仁”和“礼”学说共同构成了其法律思想的两条主要脉络。仁,是孔子思想体系的核心,所以孔子的法律观是以“仁”为核心的,孔子“仁”的法律观的主要结构是以“爱人”为中心,以“孝悌”为根本,以“克己”为手段,以恢复和完善礼治为目的。在“礼”方面,孔子主张正名,具体内容是“君君、臣臣、父父、子子”;主张“圣贤决定礼法”,即制礼作乐和出兵征战的权力由天子掌握。主张“父子相隐”;反对“铸刑鼎”。由此孔子提倡“德治”,认为道德教化要高于法律强制。“德治”在法律思想上的具体表现,是先教后刑,德主刑辅,以德去刑。此外,孔子极力提倡贤人治国和贤良执法。因为“徒法不能以自行”,所以孔子的结论是:“故为政在人”。

有学者对儒家的另外两位先秦大家孟子和荀子的法律思想进行了比较研究。认为孟子继承发展了孔子以“仁”为核心的思想,发展成为系统的“仁政”学说,其中包含了许多富有哲理的法律思想。荀子对孔子、孟子的思想多有继承,既呈现了相当的共性,同时也有更多新的发展。他侧重于继承礼乐、引礼入法,以礼治载王道、“隆礼重法”,融儒法两家长,形成了具有现实主义精神的礼法并重的法律思想。二者的主要共性内容有:都是以礼和礼治作为基本原则;都是以德主刑辅作为法律治理原则;都是以富国教民作为预防犯罪的手段。二者的主要差异有:(一)关于法的起源。孟子、荀子都认为人既有道德属性又有自然生理欲望,孟子把人的道德属性定义为人性;而荀子把人的生理欲望定义为人性。因此孟子认为人之性善是与生俱来的,由人的本性而生的仁、义、礼、智等道德规范就应当成为维持社会秩序的最高准则即法律。荀子则认为人性是恶的,善是后天人为

的,要使人做到善,不能靠人的天性自然而然的发展,而需要对人的恶的天性进行改造,就需要接受礼义教化,而礼、法的产生,也正是基于这个原因。(二)关于法在国家政治中的地位。孟子以人的本性善作为出发点,明确提出以礼率法、法屈于礼,认为以仁义、孝悌为核心的礼在维护君王的统治和社会秩序的作用要高于法。荀子认为治国之道既需要礼也需要法,礼与法、明德和慎罚都是治国必备的手段。荀子将法提高到与礼相提并论的地位,正是他区别于孟子仁政学说的关键。(三)关于法的实施方法。孟子重人治,而荀子则既重人治也重法治。(四)关于预防犯罪的手段。孟子重视教化的作用,强调人的内在启迪,防止外界对人性的破坏。荀子则认为要对人性进行矫治,要有礼法的外在制约。(五)关于仁和礼的关系。孟子认为仁是第一性的,礼是第二性的,前者不仅可以由内而外,表现为自主、自律的道德行为,同时还可以沟通天人,上达天道,实际突出、强调的是道德主体的作用。而荀子则认为,礼是第一性的,仁是第二性的,礼被看作圣王的制作,是外在于个人的异己力量,仁则只是对外在规范的操作、服从,而不能进行道德创造。尽管孟子、荀子的法律思想存在相当巨大的差异性,但是对中国封建正统法律思想的形成却都具有深远的影响。特别是荀子在政治、经济、文化、思想各方面对儒家思想进行的改造和充实,形成了独树一帜的思想理论体系,因而向下开启了以董仲舒新儒学为代表的封建正统思想。可以说孟子、荀子是中国法律思想发展过程中从先秦到汉代这一社会转型时期至关重要的人物。

有学者对董仲舒法律思想的历史地位进行了论证,认为董仲舒顺应历史潮流,为了合理解决汉代君主的合法性危机、中央和地方诸侯之间的矛盾、皇权专制与皇权膨胀的矛盾、地主阶级和农民的矛盾以及民族矛盾,选择了“独尊儒术”。董仲舒对儒家“大一统”、人性论、仁义观和“三纲五常”等学说进行了继承和发展,并有效吸收了儒学之外的其他法律思想,形成了他的以“天人感应”为理论基础,以维护“三纲五常”为核心,以“德主刑辅”为治国方法,以实现王权大一统为宗旨的新儒学法律思想。他的法律思想的形成标志着中国封建正统法律思想的确立。

有学者对西汉儒家今文经学内部的重要派别公羊学派的法律思想进行了研究,进而剖析西汉中后期以后的政治法律走向的原因。认为公羊学所关心的问题主要在国家政治、法律方面,公羊学家研究公羊学的目的在于以学论政,以匡时弊,为汉制法,因而公羊学中具有丰富的法律思想。汉代公羊学及公羊学家们的法律思想主要体现在以下几个方面:第一,经权观

中的礼法结合、刑德互变思想;第二,大一统中的王权至上、法自君出的思想;第三,三统中的制礼与变法思想;第四,刑德法天思想。公羊学者的权变思想,主要在于用儒家经义解读案例,以对当时承秦而来的法家之刑罚进行改造,以此来缓和社会矛盾,稳定统治秩序。由于汉儒能够较好地运用公羊学家的经权学说来指导其政治实践活动,这就使儒家思想在汉代得到了大体落实,建立了一套以礼乐刑政为基本架构的大一统制度,其影响一直延续两千多年。

作为中国古代封建社会法典楷模的《唐律》,是儒家法律思想的集中体现。有学者具体论述了儒家法律思想对唐律具体制度的影响。关于立法思想方面唐初立法者确立了“德礼为政教之本,刑罚为政教之用”的指导原则,具体体现为宽严适中,简约易明;保持法律的连续性和稳定性。关于律法方面规定了“十恶”、“八议”、“五服”、“同居相隐”等围绕违反“三纲”、“五常”准则的犯罪;规定了身份法律制度,即依据“贵贱有等,长幼有差,贫富轻重皆有称也”的思想划分社会等级;规定了维护夫权儒家伦理纲常思想的婚姻关系;规定了严格维护父权法律权威的家庭关系。关于司法方面《唐律》中整体刑罚的幅度较轻。有学者对《唐律疏议》中“德主刑辅”立法思想与儒家人性关系进行了探析。认为唐律立法理论的逻辑前提是已于两汉定下基调的儒家人性思想,其是在继承前朝律学成就的基础上进行的深化和发展。唐律“德主刑辅”立法理论的确立源于唐太宗尊崇尧、舜、周孔的道德教化思想,他认为其与国家的治乱是“如鱼依水,失之必死”的关系,要通过资鉴前人的成败得失,奉“仁义”为治国之本,置“刑罚”为治国之末。性的善恶论成为唐律立法理论即道德教化和刑罚制度同时并存的理论依据,而人性皆可被教化的思想成为“德礼为政教之本,刑罚为政教之用”的理论诠释。

有学者对儒家法律思想对当代中国法治的积极影响进行了探讨。认为要用“与时俱进”的眼光来看待儒学的发展及其对法律的影响,以批判继承的科学态度并结合构建社会主义和谐社会的实际情况,弘扬儒学精神,建立起一套完善的法律体系,做到“以人为本”,使之既符合我国传统道德习惯又能为社会主义法治建设服务。论者着重强调了以下思想:重视“恤刑”思想;强调“礼法合治”思想,将犯罪预防和犯罪控制统一起来;审视“法贵严明”思想的价值;兼顾“人伦”思想;考虑“无讼”的传统法律思想。

经义决狱的研究侧重于产生原因、对其制度的再认识及对封建社会后期法律制度的影响。有学者认为由于经学意识形态的确立;政治利益的驱动;法律和

特权的冲突最终促使经义决狱的产生。有学者从汉武帝少年断案中寻找汉代“以经决狱”的发端。认为少年武帝敏锐处理“防年擅杀继母”案是汉代“以经决狱”的发端,他对儒家思想的特殊青睐,以至于即位不久便行“罢黜百家,独尊儒术”的以儒治国政策,司法领域更是出现了以“慎刑”为基调的“以经决狱”判案理念。有学者对经义决狱制度的再认识并不仅局限于其对后世的积极影响,对消极方面亦作详细论述,认为:儒家经义内容没有统一标准,有些内容甚至自相矛盾,致使春秋决狱在实践中缺乏可操作性;过分注意意之善恶,使法律的随意性增大;“春秋决狱”本质上是用来维护纲常名教和统治阶级特权利益的,其本身就表现出在法律面前的不平等;“春秋决狱”加强了对人们的思想控制,同时达到了文化专制的目的。有学者认为经义决狱对封建社会后期的影响为在实践中常常以经辅律,即礼、律并用,把引经作为一种事实认定的工具或说理论证的手段。有学者对春秋决狱中的贵和求和司法文化进行了详细阐述,认为正是董仲舒和他的“春秋”决狱,导致我国古代司法由“峻”转向“和”。儒家“和”的司法文化价值在“春秋”决狱中的体现为:通过对司法的介入,实现具体案件判决的“中”与“和”;通过对具体案件的议论,使法律与情理的紧张关系处于缓解、和谐;提升了司法官员的能动性,将司法公正与社会的和谐稳定作为司法不可偏废的价值追求。

关于“亲亲相隐”的内容,有学者认为“亲亲相隐”的观念早在春秋时期已开始萌芽,到秦汉时期,法律规定只承认卑幼容隐尊长的义务,魏晋时期,“亲亲相隐”仍未被视作当然之则,直到唐代才正式将之入律。唐以后,律典中形成“同居相为隐”的条款,一直延续到清代未有大的变化。清末修《大清新刑律》也将之改造后仍保留下来。由于我国当前法律没有相关规定,有学者通过论述其当代价值和作用进而期望其在法律中有所体现。该论者认为“亲亲相隐”制度能够充分体现对人权的尊重,有利于稳定社会同时也符合现代刑法的谦抑性原则,因而适度建立亲亲相隐制度是构建和谐社会的需要。

关于法律儒家化方面,有学者认为,《晋书·刑法志》中的著名案例“毋(音 guàn)丘俭谋反”案是深入认识魏晋时期法律制度变化和儒家化的典型。该案中体现了曹魏时期的连坐法对于妇女的株连范围越来越小,处罚规定也越来越宽松,特别是由原来的“株及已出之女”到已出之女不再受牵连。除此之外,其中所贯彻的“八议”制度、蕴含的“五服”制度、体现的恤刑趋向也意义深远。

儒家的孝伦理是先秦时期孔子及其以后的曾子、

孟子和荀子在继承前人“孝”观念的基础上,以一种人道情怀和伦理精神为指向,对“孝”的思想观念加以发挥而形成的。除了阐述“孝”的主要内容(养亲、敬亲、顺亲、谏亲、继亲、祭亲)以外,还为其注入了一种社会、政治和教育的价值,并将其纳入以“仁”为核心的思想体系之中。有论者认为其治世功能并未立即引起当时统治阶层的重视,直到汉代,当儒家思想成为治国的主导思想时,孝伦理才逐渐法律化,在司法实践中得到全面的贯彻实施,使“以孝治天下”成为汉代治国的一大特色。该论者对孝伦理在汉代的法律化基础进行了深入分析,认为农耕经济是其经济基础;家国同构的宗法社会是其社会基础;汉代统治者对儒家主导思想的选择是其政治基础;董仲舒对先秦儒家孝伦理的改造是其理论基础。有学者对汉代、唐代和宋代孝伦理法律化表现分别进行了研究。其法律表现可综括为以孝为核心构建“君权神授”家国政权体制;以孝为准绳贯彻“亲亲得相首匿”的刑律原则;以孝为依据主张“清议禁锢之科”选拔官吏教化平民;以孝为主旨规定尊长在家庭财产婚姻等民事关系上对卑幼的绝对权威。

2010年法家法律思想论述较少。有学者分析了商鞅法律思想中的社会控制理论,并与美国社会学家庞德的社会控制理论进行了比较。商鞅的观点主要体现在坚持法、信、权的有机结合,“壹赏”、“壹刑”、“壹教”及重刑理论。虽然他和庞德都主张法律是最重要的社会控制手段,但与庞德不同的是,商鞅在其法律思想和实践中基本上否定并摒弃了道德、伦理和宗教等社会控制手段的作用,而以单一的严刑峻法制约和调整各种社会关系,把一切都强行纳入预设的“法治”轨道,保障其社会控制目标的实现。有学者对中国传统法治理论和西方法治理念进行了比较,认为法家所谓的“法”是君主的法,是为了君主利益的法,而现代社会法治的贯彻,则是完善了民主制。法家的法主要内涵是“刑”,其目标是打击“小人”,严厉惩罚反抗专制君主统治的臣民,而现代法治中的法的主要内涵是权利,是以保护公民自由平等、民主权利、私有财产等为主要目的的,同时也对政府的公权力进行必要的约束。法家所主张的法治不追求法本身的良、恶,只要求服从君主的意志,而现代法治追求的是具有公平正义价值的良法。有学者对朱元璋重典治国政策中的法家思想有所论述,认为严密法网,重典治吏,重典治民为集中体现。

有关道家法律思想的论作也为数不多。有学者系统总结了先秦道家法律思想的内容,其中以老学、稷下黄老、庄学、以及黄老学为主。老子的法律思想主要有崇尚自然法、无为而治、“不争”和反对滥杀。

庄子的法律思想是批判型的,他崇尚自然法,批判人定法;推崇“君无为而臣有为”思想;批判礼乐仁义;批判“圣者”与“知者”;批判君主与权势。黄老学派认为法律的本质为“公”,具有普遍性和规范性;主张立法为“公”,符合民众趋利避害的本性;强调法律规范的统一、严谨;要求人人守法、严格执法;此外还提出名实相符,以及通过发展经济遏止犯罪等法律思想。

儒、法、道之间的相互关系有所提及。有学者认为,儒法两家的冲突是由于儒家坚持将礼作为维持社会秩序的行为规范,把礼作为立法、司法的指导原则,相信道德的力量可以使人心归于良善;法家以法作为维持社会秩序的行为规范,主张治国必须依赖国家强制力。二者同时也有互补性,儒家两家都主张循性而为,都肯定尊君的必要性,儒家也讲法,法家也讲礼,只是侧重点不同,同时二者拥有同样的道德理想和政治目的。有诸多学者通过历史人物的法律思想来阐释儒法道的结合问题。有学者指出诸葛亮深受儒、法两家影响,在主张“明法”、重刑主义和反对无故赦免等法家思想的同时,亦兼顾民本、德主刑辅、贤人治国、忠君孝悌等儒家思想。有学者认为葛洪持道本儒末与重法的政治法律观,主张儒道结合,认为道是根本,儒是末节,两者不可分,但仅有道、儒还不够,还必须用法律来治理国家。

以人为本思想是中华民族核心价值观的重要内容,有学者对其在宋代法制中的作用进行了关注。认为其作用在于使统治者重视司法官员的任用,改革诉讼程序,减少对民众人身自由限制的措施,规范刑讯程序等。有学者对宋代功利主义学派的法律思想进行了探析,认为法的本质在于公正性,法律必须保持稳定,但不认为法律是治理国家的唯一手段或者保障,必须综合利用礼教和法律这两种手段。在法的执行方面要坚持严格执法,用刑宽缓,同时注重司法人员的选拔和任用。亦提到法要适时而变的重要观点。

(马小红 田伟)

【司法理念】 传统司法文化研究数十年方兴未艾,论者的目光或集中于“非讼”/“无讼”理念的形成及其落实,或关注司法传统中的调处,以期从传统中汲取和谐因子,补益现实的司法实践。对于司法裁判的形成是依情理还是依法进行的讨论得到延续,学术的聚焦点由宏观的是与非逐渐深入具体司法运作的肌理,研究文书修辞、官员调处艺术、证据采信等细节问题。从诉讼档案出发考察司法运作,正视传统司法表达与实践的背离与抱和,已然成为大多数论者思考本领域问题的研究方法和习惯视角。

有论者分析无讼作为官方表达体现了专制主义价

值观,由此形成重狱轻讼的司法制度以及其为了稳定秩序而运转的实际状况,是对小民正当权利的漠视,以史为鉴,当认真对待当下群体性事件所折射的权利伸张渠道的不畅。也有论者透过务限、放告日等制度上对于无讼观念的落实,分析无讼背后天人合一的文化成因,家国一体的组织成因以及自给自足的经济成因,承认在其指导下形成的大量民间调解,客观上确实起到和谐人际关系、节约司法成本的作用,虽不能离开社会现实盲目套用,但其所透露的将司法视作社会治理的一环而非独立的存在,重视其与道德的衔接的思想,却也值得今日司法者借鉴。更有论者从案件冲突的强度,封闭社会下对手与己身的亲密程度,司法官员和案外人作为第三方对案件的评价等角度廓清非必要诉讼的概念,认为唯有如此区分才能看清清代表达烟云下稳定的争端解决机制的运作实质:将非必要诉讼尽量排斥在正式司法程序之外。

沿着已有的用利益平衡观来回答明清诉讼到底是依情理而断还是依法而判的争论的路径,有论者指出,在复杂的诉讼案件中,情理意味着“各有特殊情况”的合理性依据,这既是情理的灵活性所在也是调处的必要性基础。明清诉讼对利益平衡的根本追求,使得情理在很大程度上围绕利益平衡的综合考量而被灵活取舍,而现代法律理论所追求的诉讼确定性在此体现为对于利益平衡这一原则的坚持,而非传统意义上具体处理结果的一致性。更有论者借用传统英国法上的衡平理念来比附明清司法裁判中的准据,以此建构中西传统交融的可能性。也有论者回溯以往关于明清时期诉讼是否“依法而断”的学术争议,试图摆脱“西方中心论”和“中国中心论”非此即彼的桎梏,珍视从西方现代司法理论出发思考中国传统审判是否依法而行的问题意识,中西“相互照明”相互生发,或可更有意义。其进一步指出,如果采用社会学、人类学的视角将天理、习俗、人情拉入放大的“法律”的概念,关于到底是依法还是依情理做出裁判的差异将被进一步消解,而这些论断无一都带有后世学人“溯洄从之”的前见,其纠葛实为前见的纠葛。对古人抱有同情之理解,尤其不应脱离明清律例赃款数量与刑罚轻重——对应没有丝毫弹性,以及断罪引律令的制度要求和细事也可能因为上控带来上级司法监督的制度安排,即可以看到明清司法官员在律例间辗转比附,使用“情法两尽”的裁判技巧,在个案中尽量平衡法律与情理。面对秉持传统经权思想的儒生官员和在乡土社会基础上建构起的专制制度,“情法两尽”作为当时司法者的理想表达,应比出于现代理论的“利益平衡”更有理论概括力。

值得注意的是,已经有部分学者在情理和法孰为

司法准据的宏观论争的背景下,通过对于裁判文书的细致考察,在研究传统司法修辞表达的面向上走得更远。有论者通过对《名公书判清明集》的文本分析,认为“情”字在其中具有事实和规范两个层面的意指,语义多元性正促成了事实之“情”与规范之“情”通过言说者的解释获得一致。“因事求情”、“原情定罪”与断案“当其情”有着紧密的联系,多指法官实地分析、了解个案的事实,并从常人的角度判断两造争讼的因由,以事实为出发点可以在现代法理语境下证成传统情理法的正当性。也有论者针对以前学界对于传统文学化判词的非议,指出文学化修辞方式同样是一种法律意义上的论证,也是一种说服的方式。它试图“以理服人”、“以情动人”以及“以文感人”,是古代司法官员知识结构带来的必然选择,也能较好地实现其道德劝谕的价值目标;解决纠纷达致社会和谐,这既在古代中国具有意义,对提高当下司法裁决的可接受度也不无借鉴意义。同理,也有论者发掘鬼神信仰作为古代法律文化小传统的意义:其在现代科学主义视角下显得荒诞不经,但确实影响到当时诉讼当事人和司法官员对于事实的认定,有助于案件进程的推进,也在一定意义上构建了“法律真实”。司法官员出于儒家“祭神如神在”的传统对于鬼神有所忌惮,更是借用其力量使裁断在很大程度上避免甚至消除民众的质疑而得到遵守。从“地方性知识”出发,结合社会语境考虑当事人的主观认识和行为偏好,或能比以“理性人”假设为前提的制度运行更好地发挥法律对社会的调控作用。

有一批学者集中对宋代的司法运行进行了考量,从中不难看出史学其他分支对于法律思想史、法律文化史在方法和视角层面的渗透。有论者注意到,思想史上常常论及的宋代士大夫群体性内圣外王的自我认知,同样反映到了其作为主体的司法审判上,表现为极深的人文主义关怀和以人为本的司法理念,这和审判官员日趋专业化、证据检验技术的高度发展、民事审判和刑事审判的明确分离、对于司法官员和狱讼胥吏权限的严格限制和监督一起构成宋代司法的“理性”,有效地减少了冤、假、错案发生的概率。唐宋变革的理论影响深远,有论者考察了宋代皇帝通过亲擢重要案件审判官员、御笔断罪以及审刑院、制勘院、监司和巡按等等机构创设实现了制度层面对刑事审判的严格监控,皇权进一步得到集中和加强,确实纠正了部分错案并实现了对臣民的教化,却也带来司法人治主义色彩变强和地方刑狱留禁待报淹久的弊端。

有论者从《樊山政书》的记载出发,探究清代客民在诉讼中常常告负的原因。清代中后期社会控制失

范,客民增多滋生大量冲突,增加地方治理难度,导致官员对客民的评价趋向负面。而钱粮是否如数纳足、户口增多还是减少以及推行教化是否得力等等系于本地居民身上的官员考成标准,使得官员在审案时常有袒护或轻纵治下之民的动力。这体现了传统中国政府治理追求秩序稳定而忽视权利的价值取向,也与古代政府应付复杂环境的能力较为低下相适应,以此反思当下官员的政绩考核制度以及对上访的处理,当不无裨益。

由上可见,对于传统诉讼文化的研究,集中于对诉讼制度自身价值观和运作的考察,当学者考察近代现代特别是民国司法时,更多透过案例分析社会价值观变迁在司法实践中的投射,似也呼应了自清末以来主政者试图通过变法改造现存社会秩序,而不是通过法治确认和维护现存秩序的意图。

近代女性社会地位和权利的提升尤其得到学者的瞩目。有论者注意到民国时期订婚习俗存在新旧两种形式,从北洋政府到南京政府,法庭判案与法律条文均保持一致,都是在支持男女订婚的自主权,打破了旧式家长包办的婚姻习俗,满足新式婚俗的要求。也有论者专注于民国湖北省审判档案的考察,发现女性面对不满的包办式婚姻最终会通过司法途径加以解除,而男性很难在婚约纠纷中得到胜利,其原因就在于民国政府已将西方男女平等的理念付诸于立法和司法实践之中。但民国婚约纠纷的频发也视作是中国移植西方法律产生的强烈排异反应,二者并非榫卯结合,天衣无缝。有论者通过梳理民国初期《京话时报》对于虐待案件的报道,发现在晚清到民国的制度设计中,女性从在家族中处于严格的附庸服从地位到可以虐待为缘由提出诉讼离婚,法律已逐渐为其提供了自我保护的机会。而司法实践中处理虐待妇女案情,也从认定其属于家事不理到支持妇女离婚请求,女性地位也有了明显的提升。但民间社会甚至警察人员对于虐待案件的态度往往还停留在传统法律的思维框架中,被虐妇女多选择自杀或忍气吞声放弃权利,警察多消极处理,这与报纸上形容虐待“惨不忍睹”的同情心态和长期以来呼吁妇女解放的精英呼声存在较大差异,也与制度和司法实践有所背离,呈现出“众声喧哗”,价值观流动不居的社会变革图景。还有论者分别关注了民初和南京国民政府时期妾的法律地位及权利变化,揭示了法律尽管在表达层面尽量靠拢现代价值,但在实践层面又不得不通过判例逐渐背离表达向现实妥协的现象。顺从一夫一妻的主流价值取向,民初大理院判例否认了妾的准配偶身份及在立嗣中的权利,但赋予妾以“家属”的身份,又将夫妻关系视为一种契约,妾由此而拥有了与妻同等的被养赡

权及财产私有权,甚至可通过遗赠受领间接享有对亡夫财产的继承权。在夫妻关系的解除上,妾也因此拥有了相对于妻而言更大、更自由的主动权。南京国民政府时期民法典《亲属编》中无一字提及妾,立法原则中明确表示法律上不承认妾的存在,但司法解释和判例中又如民初大理院一样赋予了妾“家属”的地位,且最高法院在判决中多支持妾离开丈夫的诉讼请求,保护了妇女权益,而地方法院的判决中深受传统法律观念(妾须由家主休离)的影响,对妾的支持力度明显不如最高法院。无论如何,司法中对妾的存在默认使得制度上确立的一夫一妻制和男女平等原则有沦为具文之嫌。

还有论者研究近代的民事法律和法理,认为传统的田面权被指称为罗马法上固有的“永佃权”,其在法律中一直被正式认可,但清末强调“佃”,民国则强调“永”。再考察新繁县司法档案,发现在实际判决中法院倾向于维护清晰产权,约束佃户权利,对于未定期限的租佃契约(当时基层租佃关系常态)的解释逐渐严格,将永佃关系的举证责任完全交由佃户承担,对传统中国佃的认识逐渐由物权的永佃关系转变为债权的租赁关系。但面对为法律所禁止但已成惯例的佃户的押租和转租,法院又采取不告不理的默认态度,从而平衡土地所有权人和佃户、转租的小佃户乃至相关权利人的利益。传统习惯在引进的西方法律体系中面临长期不断的调适,但基于西方法理做出的表达却在实践中不得不受到习惯所制约,从而呈现出既抱和又背离的融合景象。

也有学者关注司法裁判机构在近代转型中所呈现的新旧杂糅的状况。有论者以四川会理县档为素材,在清末民初的民间强烈需求和官方大力支持背景下,勾勒出会理民间调解组织的发展路径:由最初的乡约—民众自治模式,到逐步实现调解程序的固定化、《讲理公所简章》颁布为标志的组织制度化以及公所设置向基层场市的渗透,最终形成独立的民间调解组织和制度。有论者以民初京师商事公断处及其裁决案件为例,剖析这一商会附属的商事纠纷裁决机构的生存状况。其裁决兼具仲裁和调解的性质时,属于“非诉讼纠纷解决机制”,较少适用法律条文多引用法律原理和交易习惯,传统的“息讼”与“和为贵”的指导思想始终贯穿其中。其职员选举的方式民主,裁决程序与现代诉讼极相似,又赋予其现代色彩。各地商事公断处的存在有力缓解了商事纠纷长期耽延不结的困境,为后续的商业立法活动提供了经验,或可视为国家主导的司法改革在民间社会得到响应的成功范例。

(马小红 陈蔼靖)

【宪政思想及实践】百年反思,宪政史成为近年

来的学术研究热点,除有部分学者热衷对五四宪法进行文本解读和成因分析外,大多数学者更倾向于关注近代精英人物宪政理念的展开,无论是作为思想启蒙和传播者的康有为、梁启超,还是制度直接设计者的孙中山、吴经熊,以及被归入中间派第三条道路的史良和梁漱溟,其思想都得到了仔细的梳理,而思想随着社会变动而发生的转向获得了比以往更严谨的研究和对待。还有部分学者对以往研究成果进行了总结性综述,为下一步研究的展开铺下基石。

有论者承接观念史的研究角度评述晚清宪政史,认为晚清基于对制度结果的艳羡而学习西方,又必须对制度变革进行合法化解释以对接祖制和政教传统,知识精英在处理中西关系时仍抱有对传统经验的自信,即使对技术甚至政治观念采取开放的态度,却依然将其纳入化外于内的路径——外来概念在叙述中被异化或者创造性地吸收——这种合理性论证结构在现代化冲击下具有极大的内稳定性。有论者将视野拉至清末民初,认为当时完成了从以康有为、梁启超为代表的君主立宪理念到以孙中山为代表的民主共和理念的演进,二者是否定和继承的关系,但无疑都是在学习西方宪政,而救亡图存和富国强兵是则其共享的目标。有论者采用文本分析与语境分析相结合的进路,剖析康有为作于1913年的《拟中华民国宪法草案》,认为其宣称以法兰西第三共和国的宪政模式为基本参照,但实际上部分参照了德意志第二帝国的宪法模式,希望通过适度加强行政权来推进政治共同体的整合。康有为虽在不同时期提出不同的主张,参考不同国家的政治模式,但始终不离其对于后发展国家立宪多重任务的关怀,其创造性地运用传统权威来塑造新政治权威,以及在框架稳固的前提下扩大和深化政治参与的宪政思维范式不同于“启蒙—革命”范式,是一种在“与时俱进”中保持审慎的改革思维。梁启超的思想“流质易变”,有论者认为其诸多探索是一个理性试错的过程,始终围绕宪政主义在传统中国的“生长”进行思考:传统民本思想缺乏“政由民出”的民治观念,他试图从“天道”思想里寻找接转的理论可能,认为天子为天之代理人,在天监督之下行政治,而天恰如立宪国无责任之君主;他从《中庸》“唯天下至诚唯能尽其性”一句发掘出“尽性主义”的人格观,但个中内容已不限于传统道德之性,而是康德意义上的人之个性;他的自由主义观,实则是在现代性与民族性之间,试图将以个人为本位的自由主义与以团体为指涉对象的民族主义整合为同一个意识形态等等。有论者评价孙中山宪法思想,认为其积极成果主要包括确认人民的历史主体地位,坚持权力必须有制约和监督的基本原则,提出解决好民生问题的

重要举措,重视政党的作用,对“以党治国”作出合理解释(“以党治国,并不是用本党的党员治国,是用本党的主义治国”)等等。孙中山的民生主义思想在宪法学家章渊若处得到较好的继承和发展,有论者关注其将民生问题的讨论从政治经济学的领域转入到法学领域,认为宪法的制定与修改应当以民生为原则,不同时期、不同国度的宪法精神与当时当地的民生状况应当相适应,并在孙中山提出的节制资本和平均地权的基础上,进一步提出了劳工保护、人民保育等民生的具体内容,形成其以生产三要素和两次分配为依托的民生法律体系。而20世纪30年代章渊若和罗隆基之间关于“人权”二字是否应当写入《中华民国训政时期约法》里的学术论争也引起了研究者的注意:章渊若主张应用“民权”的概念反对“天赋人权”,国家和法律的目的是社会的持续和共存,保证这一目的实现需要义务的履行;罗隆基认为从孙中山处继承之“民权”仅为“人权”之一部分,应使用“人权”概念并坚持人权是先于国家和法律存在,与理想时期人权皆备的“天赋人权”有所不同。论者认为两人分歧是基于社会连带主义与自由主义的不同思想背景和立场,章渊若坚持传统的群体观念并非单纯为官方主张张目,而是从资本主义国家20世纪30年代初自由放任经济政策带来世界性经济危机的外部环境,以及国内一盘散沙人心涣散的实际状况出发做出的理性判断。以“五四”为分界点,陈独秀的宪政思想从早期的以西方资产阶级启蒙学说为依据,以现实中以欧美发达国家为蓝本,民主、人权、法治为主体的自由民主主义转向批判资产阶级宪政制度,希望建构真正体现人民民主的社会主义宪政制度,建立劳工专政的劳动阶级国家、实行民治。论者认为是陈独秀急切的救亡图存心理和求新求变的思想品格促成了这一升华,但其无法脱离时代局限,开出的制度药方仍是政党政治。有论者统观梁漱溟一生的宪政理路和实践,细究其从早期积极参与清末立宪到民国时期对于宪政运动谨谢不敏的巨大转变。梁漱溟认为“宪政可以为远图而非所谓急务”,中国并无可施行宪政的社会构造和民众精神,于是其余年致力于乡村建设,秉持儒家经世情怀调和人治与法治精神,走中国式政教合一的社会救国道路,为宪政塑造社会基础,认为“乡村运动便是我的宪政运动”。有论者以史良一生的思想和实践为出发点,试图勾勒出以民族资产阶级和小资产阶级为主的中间党派进步势力由资产阶级改良宪政观向新民主主义革命宪政观的转变过程,认为这一转变直接决定了中间党派进步势力在新中国的建立过程中,在新民主主义共和国的宪政模式选择中,在新中国建立后的宪政建设中的历史定位和重要作用。

有论者对民国宪政运动研究的现状进行综述。孙中山的宪政思想融汇中西,吸收西方的多是“器”层面上的制度,而“道”的层面更多趋向于传统,其宪政观具有浓烈德治主义和群体本位的国家主义色彩。五权宪法比之西方之三权分立,被研究者评价为在否认代议制和主张县自治、直接民权方面做出了新的理论贡献,贯穿于其中的并非分权制衡的思想而是国家机构内的职权分工理念,但遗憾的是在实践层面上,五权宪法未能处理好政权和治权的关系。关于20世纪二三十年代的宪政运动,研究者已指出,在国难当头的现实背景下,自由和民主皆为具文,民族主义必然占据上峰,理性主义始终是政治精英选择制度蓝图时秉持的原则。议会救国论是清末民初的舆论主流,但民初直接移植代议制政体后的“水土不服”促使知识界进行反思,并提出体现直接民权的国民大会和业治、考试、科道制等有代表性的改造方案,但南京国民政府党治的刺激和抗战的爆发为回归代议制提供了讨论的可能,中国知识界议会观的演变始终遵循制度决定论和实用主义逻辑。民国宪法文本中对“经济民主”的吁求更多是理想主义的超前立法,宪政实践中直接民主的惨淡收场则彰显了理想和现实之间的巨大差异。该文还对以往关于中间党派宪政设计的研究做了梳理。

有论者梳理南北议和和北京政府时期有关五族共和的宪政努力,认为南北议和时达成的《关于大清皇帝辞位之后优待之条件》、《关于清皇族待遇之条件》、《关于满、蒙、回、藏各族待遇之条件》等一系列法律文件,传统论述中时常被看作是资产阶级革命的不彻底性的佐证,但亦可视为是统治权转移的一种宪政契约,在当时起到了安顿蒙古王公、保持国家统一、宣传共和的作用,嗣后与清帝退位诏书中对于五族共和、中华民国完全继承清朝之领土与人口的规定一起,成为民国时期北洋政府维护国家统一、反对边疆分裂势力的法律武器。北洋时期除颁布一些维护国家统一、民族团结的政令宣示外,1912年颁布的《蒙古待遇条例》、1913年颁布的《待遇西藏条例》中对于“不以藩属待遇、应与内地”,也不用“理藩、殖民、拓殖等字样”的强调,实际上也体现着从帝政时代的羁縻政策到民国时代五族平等、咸于共和的一种民族治理宪政理念的转变。而蒙藏事务局、蒙藏院等管理民族事务的中央机构的设立,以及其筹办蒙藏学校,编印《藏文白话报》的实际运作,建议中央恢复第十三世达赖喇嘛名号、加封第九世班禅,对于北洋政府行使国家主权、管理边疆民族地区事务、推行民族政策,尤其是与少数民族上层人事的沟通与协调等方面,均起到了积极作用。

(马小红 陈蔼婧)

【法律近代化】 在司法实践和宪政思想研究之外,关于法律近代化的研究仍亮点频现。关于晚清修律方面,既有从整体上对清末法律移植的思考和借鉴,也有从部分出发,对新刑律、狱政以及儒家体制最后解体的研究。有学者分析了清末法律移植的特点,认为当时最主要的是立法移植,内容上非常具有先进性、超前性和民族性,同时也指出移植受政治因素影响很深。基于上述特点,论者认为变法者过于乐观和理想化估计了法典编纂有可能达到的结果,忽视了法律实施、法律教育、法学研究、公众法律意识等配套因素的自我完善和同步发展,提出应立足于我国实际,重视本土法律资源的作用,实现移植法的本土化。

有学者对《大清新刑律》中的所体现的人道主义精神进行了评析,认为主要是通过罚金刑与死刑规定体现的,罚金方面,如《大清新刑律》规定对于主观恶性较小的过失犯罪不再处以身体刑、自由刑,而代之为“罚金”,又如分则第一章危害皇室之罪历来被视为极为严重的行为,而在本章十条的规定中就有七条规定可以适用罚金刑;死刑方面,《大清新刑律》将凌迟、枭首等酷刑改为斩立决,斩立决改为绞立决,绞立决改为绞监候,斩监候改为绞监候,删减许多死罪条文,普通强盗罪、强盗兼伤害事主均不处死刑,甚至在强盗兼伤害致人死亡、于盗所强奸妇女并因而故意杀人者,均可免于死刑。进而指出人道主义立法的出现反映了近现代诸多民间自治组织对国家政治决策的参与和影响,同时也显示了城市的发展导致传统道德对人的控制让位于法制,人们认识到了西方法文化中人道主义伦理的价值。

狱政方面,关于晚清出洋外交官对欧美监狱的考察,有学者认为他们通过考察欧美监狱的基础设施、管理制度、教育改造等方面,认识到欧美监狱不但管理人性化、狱制合理、依法管理,而且效果良好。虽然这些外交官受时代背景的局限,对欧美监狱的认识并不全面、科学,但他们以自身著述和言行,推动了清末监狱近代化进程。关于清末监狱改良的思想有学者认为是在当时救亡图存的巨大压力与自觉的人道启蒙的双重合奏下逐渐形成的。一方面,清末是通过宪政途径对整个国家机器进行自上而下的改革,其中涉及到的刑法改革、司法改良和废除领事裁判权都不同程度要求对监狱进行改良;另一方面,该论者认为人道启蒙最早可以追溯到中国古代的恤囚、纵囚思想,而雏形意义上的启蒙是晚清出洋诸臣在其游记或叙录中对西方狱制的介绍与推崇,典型代表为王韬、郭嵩焘、薛福成、黄庆澄、载泽、戴鸿慈、宋育仁等人。真正开启中国近代监狱改良理论之先河,启动具体实

践的是1901年7月两江总督刘坤一和湖广总督张之洞一齐向朝廷会奏的《变法三折》,随后1902年底山西巡抚赵尔巽上奏的《奏请各省通设罪犯习艺所折》则主要集中在监狱改良的具体方面了。至此,清末监狱改良的思想最终定型。

关于清末儒家体制解体的内容,有学者认为清末修律导致礼与法的分离,最终致使新法律对儒家秩序体系的颠覆。因为儒家观念重视人伦,强调人与人之间的义务,而新法律以西方的法制观念为基准,强调个人的权利和自由的精神,这两者之间的抵触是显而易见的。尽管这些新律与中国的传统习俗有很大的距离,在实践中会有很大的偏差,但是这些法律在民国成立后的相当长的一段时间内一直有效,如以修订后的《大清刑律》为基准的《核定现行刑律》直到1928年依然有效,由此可知新律的作用是潜移默化。随着新律精神的深入人心,传统儒家法律思想体系渐渐解体。有学者以丧服制度的近代变迁为视角考察中国传统法律思想的近代化,认为作为传统法律重要内容的丧服制度经过了一个由修改到逐步废弃的过程,是传统法律近代化的重要标志。

关于西风东渐,有学者认为晚清传教士在其中起了很大的作用。新教传教士自鸦片战争后,除大力引进西方文明的法律制度,还特别重视日本的法律改革思想经验,为清末法律改革提供了借鉴,在一定程度上推进了中国法律的近代转型,因而传教士是晚清时期“资治”日本法律文化的重要桥梁。同时亦指出师法日本失败的经验与教训,如法律改革要立足于主权独立,司法独立,“中体西用”要真正变为“体用皆改”等。有学者认为在华美国传教士对于近代西方国际法的传入功不可没,其中伯驾和丁韪良是他们中的佼佼者。林则徐禁烟时请伯驾翻译了瓦尔泰的《国际法》,1864年丁韪良将美国学者惠顿的《国际法原理》译成中文,后更名《万国公法》,后丁又陆续翻译许多西方优秀国际法著作,《万国公法》等著作的翻译逐渐提升了清政府的国际法意识,极大促进了晚清外交的近代化。

关于法律教育,有学者对清末民国的法律教育进行了总体上的评价,认为清末法科教育以实用性为主,办学主体和办学层次上具有多样性,但同时许多人将之视为做官的出路,这种法科教育的政客化倾向极大的玷污了西方法学的精髓;民国时期的法律教育日趋成熟,到南京国民政府时将法科定位为精英教育,但同时也存在着不足,集中体现为偏重现行法而不注重对法律理论的研究和“法科为干禄之终南捷径”的官本位学法心理。有学者评析了南京国民政府教育部法律课程整理工作,认为当时对法律课程整理

工作的背景研究还不够深入,专家的参与性还不够广泛,对法律教育目的和法律人才培养的目标缺乏探讨,导致最后形成的科目表在很大程度上限制了高水平法学院的教学特色,削弱了法律教育的自主性和丰富性。有学者分析了近代中国官办法律教育人才培养模式,认为当时受政治逼迫,急功近利,生搬外国法律教育人才培养模式,重实用,轻理论,教学内容与中国实际脱轨,导致法律人才的畸形成长,这对当代中国法律教育人才培养模式的重构留下了一些有益的历史启示。有学者也对近代中国私立法律教育进行了研究,认为私立法律教育作为官办法律教育的补充,填补了官办法律教育不能满足转型社会需要的“真空地带”,其存在和发展又在一定程度上促进了法律教育的生长和体系的完善,壮大了法律人才队伍,推动了现代化进程中民主化相对滞后状态的改变。

(马小红 田伟)

【民国律师】 民国律师法律思想是一个新的热点专题。有学者以北平律师公会为中心,探究民国法律援助思想。认为北平律师公会积极推动公设辩护人制度的实施,并制定了平民法律援助实施细则,对平民法律援助的范围、提供模式、资金管理、受援助人的资格条件等方面做了详尽规定,并积极组织开展了对平民的各种法律服务,而这些制度背后所蕴含的法律援助思想和西方是正好接轨的。有学者研究了民国时期上海的本土律师,认为他们在处于社会转型及新旧法制交替的特定历史条件下,坚持促进社会法制健全、维护国家主权和民族利益以及保护妇女权益的思想,从而极大推动了我国律师职业的近代化。有学者论及大陆法系对中国近代律师业的影响,认为最主要的表现为清末以来移植大量大陆法系司法制度后,逐渐形成了我国司法的二元化体制,即由专业审判官、检察官和律师两个系统构成司法体系,审判官不需要有律师的经验,只要司法考试合格,经过培养就可以直接被任命为法官,凭借成文的法律条款处理案件。进而律师也采用了大陆法系的一元化制的管理模式,即律师只有一种,其职务范围很广泛,不仅限于诉讼行为,也可以从事法庭外与法律事务有关的代理、咨询等服务。同时也提到因为对律师执业限制较多,律师自治团体没有形成与司法机构相抗衡的力量,从而导致社会对律师的总体评价不高,律师的社会地位呈下降的趋势。

(马小红 田伟)

【革命根据地法律制度】 2010年根据地法律思

想的研究有限,马锡五审判方式仍是重点,毛泽东法律思想亦占据相当地位。

有学者论及马锡五审判方式的对现代司法的指导意义,认为它所蕴含的党性、民主、科学、法制、为民等核心精神,对当下的司法建设仍是大有裨益的。有学者论述了陕甘宁边区司法机构处理疑难案件的法律思想,认为一是依据抗日民族统一战线的原则来填补法律漏洞,二是以革命法制的立法目的即维护革命利益为中心。论者结合当时的疑难复杂案例,说明在暴风骤雨的战争年代,以革命的阶段目标和基本原则为内容的纲领与现实司法实践需要详尽的便于操作的规则之间存在必然的冲突,兼顾当时边区奇缺既有革命经验、又具备法律专业知识的司法技术人员,所以革命政权下行政官员兼理司法工作既是折中的选择,同时也具有一定的合理性。

有学者论及陕甘宁边区高等法院的成就,认为边区高等法院在司法中尊重传统法律思想,开展了调查民事习惯、编辑判例等活动,在机构设置上延续了中国传统的司法行政合一模式,同时也提出了崭新的司法理念,如雷经天提出的边区法官十六字训条“廉洁、明辩、公平、正直、果敢、强毅、详细、谨慎”。由此应该清楚的认识到,正是在边区高等法院坚持立足现实、创造司法的精神号召下,马锡五审判方式才应运而生。

关于毛泽东的法律思想,有学者从法哲学的视角来审视,认为法律本质的人民性、法律适用的灵活性、法律运行的民主性、法律价值的平等性构成了其思想整体的内在逻辑。有学者分析了毛泽东监督问责法制思想与中国传统法律文化之间的关系,认为毛泽东“人民本位”的监督问责法制观,是对中国传统法律文化“民本”思想的继承和发扬;惩罚与教育改造相结合的监督问责刑事政策思想是对儒家“德主刑辅”思想的继承和发扬;监督问责“官员”,主张法律面前人人平等是对“刑过不避大臣”严惩贪官污吏传统法律文化的弘扬和拓展。有论者总结了毛泽东《致雷经天》中的法律思想,包括:对共产党员、革命干部要求要更高,才能真正体现革命的法律面前人人平等的原则;政府的法律、革命的纪律、人性的统一;革命的法律服从革命的大局。这足以证实当前法治实践中所提倡的公平正义、服务大局等社会主义法治理念和毛泽东法律思想是一脉相承的。

(马小红 田伟)

外国法制史学

【全国外国法制史研究会第23届年会】 2010年12月4—7日,全国外国法制史研究会第23届年会在广州市召开。本届年会由华南师范大学法学院、河源市中级人民法院与华东政法大学法律史研究中心共同承办,来自全国近60所高校及若干法学期刊、出版机构的190多位学者出席了本次会议。本届年会的主题为“法与宗教的关系及其演变”。围绕该主题,与会学者提交了100余篇学术论文,分别从“理论阐释”、“思想史的解说”、“前近代的历史”、“近世以来的法与宗教”、“中国的历史与当下”以及“比较研究”等角度进行了阐释。与会学者就基督教与法的关系、佛教与法的关系、其他宗教与法的关系、法律史中的宗教情怀等方面展开了深入的研讨和交流。此外,本届年会同时进行了换届选举。选举产生了新一届理事共105人,新一届常务理事共22人,何勤华教授连任研究会会长。(李秀清)

【古代法】 古希腊法。有学者认为,雅典宪政代表了古代政治文明的最高峰,但在制度形式和技术细节上却存在诸多局限。其民主的实现方式和手段是原始而简陋的,虽赋予公民以充分的积极自由,却忽视、压制消极自由。雅典宪政权利交叉现象明显,分权制衡机制不健全也不科学,运行成本昂贵。雅典把民主摆在了压倒一切的首要地位,限制了法治和自由,是其宪政的根本缺陷。

罗马法人理论。有学者认为,注重实用主义的罗马法学者没有构建逻辑连贯的一般性法人理论学说,甚至还没有出现概括各类法人组织的统一概念。这种状况决定了它便于学者们依据各自理解进行发挥解释,其结论也往往互相抵触。后来的法人拟制说、目的财产说和受益人主体说均宣称来源于罗马法,但实际上,罗马法只是部分地提供了某种学术资源,并没有完全支持某种学说。

罗马所有权。有学者认为,罗马法对所有权先后有dominium和proprietas两种表达方式。前者适用于市民法上的所有权、主人对奴隶的支配权和对行省土地的占有、用益权和善意所有。后者适用于万民法内,是指对自己的物享有排他性支配权。

《法学阶梯》。有学者认为,《法学阶梯》包括全部罗马法学的基本原理。在自然法理论的指导下,其所呈现的罗马法无论是在文本的结构还是内容的精神联系上,都已构成从自由到正义再到法律这样一个完整的理据链。正义是罗马法的理据,而自由则是正义

的理据,因此罗马法可称之为自由原理法。

罗马艺术法。有学者认为,罗马法中包含一套艺术法,它包括以艺术品为客体的物权法、债法、继承法、行政法、刑法等。它们共同运作,保障了绘画和雕塑在罗马法社会的广泛存在和流转,服务于城市装饰和道德表彰的公共目的。但罗马艺术法不包括著作权方面的内容,立法者未形成一种对体力和脑力艺术劳动的明确区分。

罗马税法。有学者认为,从罗马建城到戴克里先时代,罗马人承受6种直接税和9种间接税,这与现代相比虽不算多,但也能应付公共开支。其原因在于国家活动相对简单,同时有掠夺性的外源收入、非税收入以及其他承担方式。罗马人的轻税实际上反映了罗马人缴纳较少的税和承担大量的役的状况。

希伯来法。有学者认为,希伯来法有自己的分类标准,它以《塔木德》编纂完成和哈斯卡运动为标志,兼有罗马法和教会法的特征。希伯来法的基本规范是《托拉》,其渊源主要分为效力渊源、历史渊源和文献渊源,其中效力渊源是主体。作为犹太民族精神领袖的律法学者对希伯来法的发展和演变起到关键的作用。希伯来法的发展主要集中体现在民法领域,而宗教法的演变则表现出静态性特征。

古代西亚法。有学者认为,在古代西亚地区,比较早地出现了财产私有制度、较为成熟的政权组织、比较进步的语言文字以及法律与宗教的分离,孕育了比较系统和成熟的民事规范,民法起源于古代西亚地区。通过区域的通商、通婚、战争等方式,古代西亚地区的民事规范也成为了罗马法的渊源之一,罗马法中的特有产、抵押、动产遗嘱、买卖文契等都可追溯到古代西亚法。(李秀清 赵博阳)

【教会法】 有学者认为,无论在早期教会共誓涤罪程序还是教会纠问制程序中,“公共恶名”被创制出作为私人原告的一个替代者,并设有专门程序来证明其存在,作为开启审判程序的前提,并因此形成了纠问制程序中“证明原告存在”和“证明犯罪事实”的二分法。它催生了“不被强迫自证其罪”特权,演化为欧洲大陆的检察官制度和英国的大陪审团制度,也是当今英美法系“正当事由”的前身。

(李秀清 赵博阳)

【英国法】 普通法。有学者认为,英国普通法的早期发展是中央集权过程中行政权力的副产品。诺曼征服后英国普通法作为中央治理手段渐渐走向司法权

的专业化、分工化的道路,产生并附着于普通法制度之上的法律职业和法律教育同样强化着普通法的独立自主性,完成了从“治理工具”到“宪政工具”的嬗变。

早期司法管辖权。有学者认为,早期英格兰司法管辖权的扩张早在盎格鲁—撒克逊时期就得到了初步发展,并在诺曼征服后的一段时间内仍然延续着。早期司法管辖权的扩张对英国普通法产生了重要影响。亨利二世通过建立一整套法院组织实现扩张司法管辖权,英格兰的王室法院系统、巡回法院系统逐渐建立起来,法律职业者也得以产生。

普通法和衡平法的关系。有学者认为,英国普通法和衡平法的关系相当于法典和附件、文本和注释的关系。作为一种司法方式而言,两者的关系需要重新定位。首先,两者是曾经和谐并一直都是相互辅助的关系;其次,两者之间确曾存在过矛盾和争斗;再次,这种争斗源于两者之间在司法方式上的显著差别;最后,这些差别并不影响其在实体法部分的共享。

宪政。有学者认为,英国作为创建近代宪政制度的开路先锋,既没有现成的宪政模式可资借鉴,也缺乏系统成熟的宪政理论以供指导。其宪政是在漫长的历史进程中,依靠世代英国人民坚持不懈的实践探索、正反两方面经验的不断积累和对历史机遇的适时把握与利用而逐步建立起来的,是英国人民经验理性的结晶。因而,经验理性是英国宪政的立身之本和发展之源。

另有学者认为,宪政民主制是支撑英国市场经济生成的制度根基。近代以来,英国通过宪政与代议制民主的平衡互补形成了宪政民主制。宪政民主制,一方面,在一定程度上保护了生产者个人财产财富的有效积累,另一方面,通过税收征收和使用的监督,既抑制了国家权力对生产领域的干预,又扩大了国家税收来源,满足用于非生产性的公共服务需要。

契约法。有学者认为,违约获益赔偿责任是英国契约法中的新型违约赔偿责任,其以违约人的获益作为赔偿内容,在守约人没有因违约受到财产损失、而违约人却因违约获益的场合中发挥重要作用。这种赔偿责任弥补了契约救济的软弱性,遏制效率违约,促进合作,强化信任,可以使守约人免受无法获得充分救济的风险。违约获益赔偿责任也具有威慑性,是期待利益损害赔偿责任的有益补充。

刑法。有学者认为,英国法以“排除合理怀疑”的证据规则为刑事证明标准。它的思想源于15至16世纪自然科学取得巨大成就的情况下,人类在面对上帝是否存在或者面对未知事实的理性探知过程中,所

保持的巨大理论热情和对于种种盖然性问题的不懈思考。经验哲学家洛克对于刑事证明标准的盖然性分级思想对英国刑事审判15世纪出现的法律盖然性问题的解答具有决定性影响。“排除合理怀疑”对案件事实认定具有正面意义。

证据制度。有学者认为,英国的证据评价制度是与大陆法系证据制度不同的另一种自由心证制度。其大多不涉及相关性问题的,而是涉及可采性或者容许性问题。证据的可采性必须以证据具有相关性为前提,没有关联性的证据绝对不具有可采性。证据的可采性作为一个法律问题,由法官在审前准备阶段的审理中,预先审理并作出裁决。在陪审团审理的案件中,作为案件事实裁判者的陪审团并无实际的自由判断证据之证明力的权力。(李秀清 杨颖)

【美国法】《独立宣言》。有学者认为,洛克的自然权利思想构成了《独立宣言》的基础。美国宪法的起草者将自然权利直接写进了《独立宣言》,开辟了宪政史上的新纪元。它不仅成为新生的美国意识形态的基础并为日后诞生的美国宪法奠定了政治基础,而且其中闪耀着的自由和平等的自然法思想的光芒,照亮了未来的法国《人权宣言》甚或《世界人权宣言》的探求之路。

司法审查制度。有学者认为,司法克制主义与司法能动主义相互交织在一起,贯穿于美国司法审查制度史的始终。它们分别代表了司法的本分与本能。但就总体趋势而言,从克制为主到能动为主,从二者的互斥式对抗到互补式协奏,是美国司法审查制度发展演变的显著特点。

也有学者认为,美国司法审查呈现为一种衡量方法与多元审查标准彼此耦合的关联和发展图谱。在方法层面上,更多的体现了衡量的运用;在规范形式上,又逐渐形成了适用范围和审查强度结合的类型化的多元审查标准。法官在宪法审查的确定性和灵活性之间寻求着合理的平衡。审查标准凭借个案中衡量的积累被不断充实和修正,而灵活和实用的衡量运作则透过不断细致化的审查标准被逐渐导向合理,个案的实体价值判断也因此具有确定性和可预见性。

自由政制。有学者认为,美国建国所确立的现代共和政制的根本原则——自由,可以从政治哲学的角度进行解读。美国立宪所确立的“自由政制”使“自由”具有了新的含义,即个人所拥有的“生命、自由和追求幸福的权利”。但是在《美国宪法》以及《联邦党人文集》中却尽量避免提及“革命权”,显示了“自由政制”本身所具有的悖论。

二元民主论。有学者认为,阿克曼的二元民主论是理解美国宪法历史的钥匙。二元民主论的主张首先

提出的是总统领导权,其次是权力分立,最后区分宪法政治与常规政治,不仅反对人民的虚无化,还包括人民的神秘化。二元民主论是解释美国宪法的理论,不仅说明美国宪政成功的奥秘,也要面对失败的可能性。

契约法理论。有学者认为,美国契约法致力于规范与实证,法学与哲学、经济学、社会学等学科的理论统合,在古典契约法阶段之后奉献出了无数的重大契约法理论创造,并因此开创了新古典契约法和现代契约法两个契约法理论阶段的新纪元。旨在解决古典契约法理论所面临的生死困境并从根本上改革古典契约法理论的麦克尼尔的关系契约理论的出现,被学界视为美国契约理论的第三阶段和现代模式,代表了美国契约法理论未来发展的方向。

互有过失制度。有学者认为,在法律后果问题上,美国侵权法的共同过错可以分为施行“互有过失”制度和施行多种形式的“比较过失”制度两个阶段。互有过失制度起源于英格兰。1824年到19世纪中期,美国各州和哥伦比亚特区继受了它,但为缓和它的苛刻创制了若干例外。1901年到1992年,46个州先后部分或全部废除了互有过失制度。

无过错医疗责任。有学者认为,无过错医疗责任是美国20世纪70年代以来医疗责任领域危机和改革相互交织的产物。该主张已在美国部分州法中得到实现,其中最为典型的是弗吉尼亚州和佛罗里达州采用的无过错责任的有限版本。无过错医疗责任就制度意义而言具备诸多优势,就理论意义而言突破了传统侵权法医疗责任领域的理论困境,就社会意义而言突破了传统侵权法模式下所面临的有限资源不合理耗费、重复赔偿、社会公正等问题。

空间隐私权。有学者认为,美国法保护空间隐私权的传统由来已久。在1890年之前的判例中,空间隐私权被认为是物权排他性的体现,而不是一项独立的权利类型。直至1890年《隐私权》的发表提出将隐私权作为一种独立类型的权利。通过罗德诉格雷罕案,法院对于隐私权的保护突破了财产权的限制,进一步确认了隐私权的独立地位。1977年的《第二次侵权法重述》进一步将空间隐私权的责任构成要件标准化,使其认定更加科学。

非营利组织。美国法中非营利组织董事的民事责任既包括正态面的董事义务,又包括反态面的董事责任。早期的美国非营利组织法律几乎完全豁免了非营利组织董事的法定义务,从20世纪70年代末期开始,开始逐步向商业公司规则靠拢。1987年的《非营利法人示范法》明确将商业公司规则作为非营利组织董事信义义务的法理基础。

刑法。有学者认为,自20世纪20年代以来,美国有组织犯罪的观念经历了由狭义到相对扩张再到广义的变迁。在20至60年代中期,美国受当时流行的“国外阴谋说”影响,对组织犯罪作狭义的理解。在60至80年代,有关组织犯罪的主流认识,一方面开始意识到有组织犯罪存在样态的多样性,另一方面仍带有较明显的旧观念的痕迹。直到80年代以后才真正完成由狭义的组织犯罪向广义的组织犯罪概念的转变。

另有学者认为,在美国法中,合理联系标准是判断刑事推定在宪法上是否有效的重要标准。它由联邦最高法院在1910年的Turnipseed案中确立,在20世纪40年代被确认为审查制定法推定有效性的首要标准。1979年的Allen案对合理联系标准的适用范围做出重大的限制,降低了该标准对于刑事推定的重要性。合理联系标准在刑事推定领域的兴起与衰落,折射的是20世纪正当程序在美国所经历的意义流变。

诉讼合并制度。有学者认为,由诉讼请求合并和当事人合并所构成的诉讼合并制度在美国民事诉讼的历史演变中占有重要地位。诉讼合并制度扩大了在审案件的广度,拓展了诉讼的覆盖面。在《联邦民事诉讼规则》中,关于请求合并制度规定了原告的请求合并和被告的请求合并、强制性合并和任意性合并,此外还规定了第三人合并制度。这一制度在促进诉讼经济、提高诉讼效率等方面发挥了不可替代的作用。

听审请求权。有学者认为,听审请求权是指当事人就民事诉讼中的事实、证据、法律等问题有要求法院给予充分陈述其意见、主张其权利的机会,使其能富有影响地参与法院解决争议的活动的权利。美国听审请求权来源于自然正义原则,其内容主要有诉诸法院权、受通知权、知悉权、到场权、陈述权、证明权等,其主体包含当事人和其他诉讼参与人。不论原告被告、上诉人或被上诉人,也不管是否是在押犯人都享有上述权利。

反垄断法。有学者认为,美国《谢尔曼法》域外适用中的礼让问题主要是指一种“消极礼让”,即在任何情况下美国法院限制本国管辖权的使用——实际上是在本国与外国利益的权衡中,充分考虑并尊重他国利益,将外国国家行为排除于受本国法院约束范围之外,但当前述行为本质上与礼让涵义下相关政策不一致时除外,此时礼让之适用受到限制。

税法。有学者认为,联邦累进所得税在美国一直存在争论。美国联邦最高法院认为联邦累进所得税合宪,是间接税。学界对联邦累进所得税多有批评,但也认为比例税并不比累进税完美。反对联邦累进所得税的观点与支持联邦累进所得税的观点一样,都很难

取得在逻辑上的绝对优势。换一种所得税的征收方法,在逻辑上未必比累进所得税圆满。因此,在找到新的所得税征收方法以前,美国人只能容忍这种有缺陷的正义。

(李秀清 杨颖)

【法国法】 主权理论。有学者认为,卢梭的人民主权理论把“人民主权”这个本属于个体的概念进行了抽象化、纯粹化,集中表现在对人民主权的统一、不可分割的强调上,完成了对博丹主权理论中国家主权所有者的置换。尽管卢梭的人民主权观是要以“人民主权的绝对性”取代“君主主权的绝对性”,然而其构想中的主权者人民的绝对性较之于君主主权,完全是有过之而无不及。

共同立法者。有学者认为,“共同立法者”希望通过证明宪法委员会是人民的代表来证明其民主正当性。“共同立法者”认为宪法委员会表达公意是因为它为“主权者人民的代表”,这一点与1958年宪法第3条所规定的代表是一致的。宪法委员会参与了立法过程。这种具有决定意义的参与立法是通过合宪性审查来实现的。正因如此,宪法委员会有权解释宪法并决定宪法条文的最终含义。

持续民主论。有学者认为,持续民主论的提出和论证,克服了实证法和自然法学派在论证宪法审查民主正当性中的不足,较有说服力。其贡献在于准确理解了“人民”的含义,创造性地将“现时人民”与“恒久人民”加以区别,使人民成为一个动态概念,民主成为一种持续的状态。正是这种区分,为宪法委员会的诞生创造了空间,使之成为主权者人民的代表,其所有活动获得了民主正当性。

侵权法。有学者认为,由于深受自然法思想的影响,法国侵权责任的“违法性要素”有如下特征:首先,法国法将“违法性要素”内置于过错概念中,从而确立了“大概括式”的过错侵权规则,构建起适用范围极广的、开放式的过错侵权责任法体例。其次,在法国法中,“违法性要素”是从违反客观法的角度加以理解的。如2005年《债法改革草案》就将过错定义为“违反法律法规确立的行为规则或者未尽到谨慎勤勉的一般义务”。

公司法。有学者认为,法国公司法中管理层对第三人的责任是一种独立的民事责任。实践中,受害人会从公司与管理层之间选择其一进行索赔。法国法仍然坚持“法人人格独立”和“委托代理”的传统理论,即法人应对其代理人的代理活动负责,管理层是公司的代理人,代表公司对外进行活动,公司法人应对管理层的代理活动所造成的损害承担责任,追究管理层的个人责任只是一种例外。

信托制度。有学者认为,法国信托制度及其运用

方式主要有如下特点:根据具体情况采取相应的信托财产权理论,而不是简单地继受英美法系的分割所有权理论;直接以信托法典化的方式接受信托制度;契约性较强;信托制度的运用范围受到较多限制;体现了很强的政府干预色彩。

刑事和解制度。有学者认为,法国刑事和解制度是指检察官本人或其委派的人向犯罪行为人提出某种交易性形式的建议从而中断公诉失效的一种制度。它主要使用于承认自己犯有主刑当处罚金刑或犯有一项或数项当处5年以下监禁刑,或犯有一项或数项违警罪的成年犯罪行为人。刑事和解制度是法国立法者为了解决其诉讼程序的繁杂及效率低下而在起诉与不起诉之间所做的选择,是一种非典型的公诉替代方式。

刑事程序无效理论。有学者认为,现行的程序无效理论源自于1808年法国《重罪预审法典》,其根本的思想渊源是希望在刑事诉讼尤其是侦查及预审中设立刚性的程序规则,杜绝各种损及公共秩序及基本人权的违法侦查、预审乃至裁判行为。程序无效有法定无效与实质无效之分,前者即法律文本所明确规定的程序无效,后者则指法律文本未作明确规定,但法官认为某一行为已损及公共秩序、辩护权或另有其他无效事由而裁定的程序无效。

拘留制度。有学者认为,1957年《法国刑事诉讼法典》颁布之前,拘留仅存在于法国的司法实践中。该措施对于提高侦查效率、揭示案件真相卓有成效,但也饱受争议。法国立法者将拘留制度纳入刑事诉讼法典,并为此制定了十分详细的实施细则和保障措施。从1957年至今,法国拘留制度经历了数次重大改革,所有的变革都围绕着“控权”与“真相发现”。因此,法国拘留制度的发展史,便是在如何有效控权的前提下发现案件真相的历史。

(李秀清 陈旭)

【德国法】 宪法。有学者认为,德国基本法正文开篇即规定人的尊严不可侵犯,禁止将人作为客体,从中可以发现,人格尊严的目的,在于保护公民作为具有独立自由意志的主体而享有的、得到尊重的权利。国家不仅承担了不得侵犯的消极义务,还应当履行予以保护的积极义务。人的尊严构成了德国宪法上的基本原则与最高价值。

征收法。有学者认为,虽然德国是成文法国家,但其征收法的形成却主要依赖于联邦普通法院和联邦宪法法院的判例,这两个法院的意见分歧与交错,使整个征收法的类型体系显得不确定和凌乱。征收法规定的征收类型可分为四类:典型征收、应予公平补偿的内容限制、准征收侵害和征收性侵害。

另有学者认为,同《魏玛宪法》相比,1949年

德国《基本法》对有关征收补偿的规定做出调整：征收法律必须同时规定补偿的种类及额度；补偿的标准以公平地衡量公共及参与人的利益后再作决定。《基本法》的第14条第3款又称唇齿条款，借以形容征收与补偿的不可分性。对于立法者而言，唇齿条款更有警惕功能，它将公共利益及征税所涉及的参与人的利益并为斟酌，且公平地衡量。

合同法。有学者认为，缔约过失责任在德国法上是一个通过学说和判例组建确立和完善起来的制度。在修正后的德国债法中，缔约过失责任已经被明确规定为第311条第2款。不过，德国新债法对于缔约过失责任的规定只是一种对过去已被接受的判例和通说的总结，并没有根本性的判断。

反不正当竞争法。有学者认为，德国立法者在《反限制竞争法》的修订中进行的妥协性处理是对“转嫁抗辩”的否定。从立法角度来分析，“转嫁抗辩”问题实际上主要针对的不是“损害赔偿的计算”，而是“获利分配的平衡”。在德国民法以及民事诉讼中，一方面，损害赔偿以实际收到的损失为基础进行计算，另一方面，应使用“禁止不当得利”的基本原则。

保险法。有学者认为，新《德国保险合同法》的规定将投保人的知悉和被保险人的知悉等同，但仍然将如实告知义务的主体限制于投保人。在适用旧的《德国保险合同法》时，为保护投保人利益，德国法院判决创立保险代理人是保险人“耳目”的理论。新《德国保险合同法》则更加巩固了保险代理人的“耳目”地位。保险代理人有接受告知的权利，并且这种告知的权利不允许通过一般条款被更改。

劳动法。有学者认为，德国集体合同“法规性效力”与“债券性效力”的区分理论奠定了德国集体劳动法的理论基础。德国法在确认集体合同的私法效力后，又根据社会自治理念引入了团体理论，在此基础上构建了不同于私法释义学的集体合同效力理论，并取得了宪法的保障。

知识产权法。有学者认为，20世纪初的德国学术著作就已把著作权视为财产权。因此，针对知识产权的权利特色，德国著作权法也形成了类似规范土地所有权的土地法。不过，著作权与所有权有本质上的差异。著作权是一种“讯息财”，与传播体系有更大关联，同时基于著作产物也是承继以往前人智慧成果的产物，也负有传承下一代的任务，这些使得知识产权应比一般财产权获得更多的社会拘束力。

刑法。有学者认为，德国刑法中罪刑法定原则经历了从明文到明确的过程，可分为四个阶段：理念中的明文——1801年以拉丁语表述的罪刑法定原则；

现实中的明文——1813年《巴伐利亚刑法典》中的罪刑法定原则；理念中的明确——1871年《帝国刑法典》中罪刑法定原则明确性的规定；现实中的明确——1906年贝林的构成要件理论对罪刑法定原则现实化的促进作用。

协商制度。有学者认为，德国于20世纪70年代在刑事诉讼中引入了协商制度，但该制度在很长一段时间仅以非正式的形式存在。近年来，德国立法者试图通过立法来加强对非正式协商制度的规制，使协商制度有明确的法律依据可循。2009年8月，关于协商制度的《刑事诉讼法修正案》获得正式通过。

团体不作为之诉。有学者认为，德国团体不作为之诉自1896年《反不正当竞争法》诞生之日起就已存在，之后又专门出台了《不作为之诉法》，其后在团体不作为之诉方面德国还有许多相应立法，但后来的条文多是对德国《反不正当竞争法》和《不作为之诉法》的援引。德国法关于不作为之诉的规定并不集中，其诉讼程序除适应上述两法的特殊规定外，还适用《民事诉讼法》的一般规定。（李秀清 陈旭）

【其他欧陆国家的法律】俄罗斯公司法。有学者认为，俄罗斯的公司法立法起步较晚，但发展迅速，目前已经形成以民法典和单行法为基本框架的公司法体系。与俄罗斯现行民法典一样，俄罗斯的公司立法也是“私法复兴”的产物，与注重个人利益相一致。俄罗斯公司立法强调私法自治，在传统上虽属于大陆法系，但在公司立法上深受英美法系影响，甚至聘请美国专家为其起草公司单行法。

俄罗斯反垄断法。有学者认为，俄罗斯的行政垄断是急需解决的经济法律问题之一，监督权力机关限制竞争的活动是反行政垄断的基本目标之一。俄罗斯法对行政垄断的控制实行行政前置，反垄断机构的决定能否执行既涉及行政处理效率，也对树立反垄断机构的权威有重要影响。经过几次修改，俄罗斯反垄断法的实施效率有明显改善。

俄罗斯刑事诉讼法。有学者认为，新的《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第15编“生效刑事判决、裁定和裁决的再审”的分类方法虽然看似与我国再审程序在名称形式上一致，但实质上有天壤之别。首先，俄罗斯监督审诉讼程序原则上是一种为保障法院裁判合法、有据和公正而进行的有利于被判刑人或被告无罪的人的再审程序；其次，俄罗斯监督审诉讼程序中“监督”二字的含义，除了表现在上级法院根据原刑事案件材料对做出生效裁判的下级法院的监督上，还在于其具有“检查”性质的程序设计。

意大利刑事卷证移送制度。有学者认为，意大利在1988年刑事司法改革过程确立的“两步式”刑事

卷证移送制度与其适用的“混合式”诉讼模式、“英美化”的预审制度有着密不可分的联系。意大利刑事卷证移送制度既吸收了传统大陆法系国家“全案卷证移送主义”的合理因素,又吸收了英美法系国家“起诉状一本主义”的合理因素,因而在防止起诉权滥用、确保法官中立和控辩双方平等对抗、保障言词原则的实现等方面取得了举世瞩目的成就。

瑞士宪政。有学者认为,族群政治与国家认同是现代大国治理能力的重要构成。传统治理理论倾向于“族群自治”和“族群特权”,但效果有限。瑞士族群治理模式采取的是一种基于“宪法爱国主义”的公民联邦制模式,而不是所谓“族群联邦制”。瑞士族群治理经验的核心在于坚持“公民身份”的政治优先性,其中“有序的直接民主”、“严格的宪法平等”、“去族群化的政治文化”以及“政教分离与宗教自由”对于思考大国的族群治理有重要借鉴意义。

瑞士联邦制。有学者认为,瑞士的政治体制被界定为共识取向型民主制,即竭力求得妥协共识。瑞士的联邦制是建立在承认多元化和差别化的现实存在的基础上的,特别强调多样化分权制。在政体上表现出极具特色的宽容精神。

瑞士物权行为理论。有学者认为,瑞士法在物权变动上区分债权行为和物权行为,后者主要是不动产登记申请和动产交付,并在此基础上采用了有因性原则,强调债权行为对物权行为的约束。这与德国法的无因性原则形成鲜明对比,并对不当得利、善意取得、登记审查制度产生不同影响。

(李秀清 陈旭)

【欧盟法】 宪法。有学者认为,为了组建一种新的欧洲社会共同体,立宪是必经之路。欧盟立宪的功能体现在四个方面:新的社会共同体的确认,集体认同的塑造,价值体系的建构,制度框架的确立。《里斯本条约》的批准是对原来精英推动式的《欧盟宪法条约》的一个更加务实的替代方案,是实质意义上的欧盟宪法动态生成过程中的一个阶段性成果。

人权条款。有学者认为,“人权条款”特指欧共体与第三国缔结双边国际协定中的“必需条件条款”,可视其为欧盟确保国际人权规则实施的“第三条道路”。其在制度设计方面借鉴发展了国际法规则,但由于具有一定程度的不确定性,使其无法在欧盟法体系中产生直接效力,其实施只能依靠欧盟机构和成员国的行动,且在对第三国采取消极措施时在不同国家之间奉行“双重标准”。

司法审查制度。有学者认为,在欧洲一体化过程中,欧洲法院所建立的司法审查制度,不但为共同体建立了一套新的法律秩序,而且逐步成为平衡欧盟与

其成员国权力的重要安全阀,并为共同体内公民基本人权的保护提供了强有力的保障。关于如何看待成员国法律秩序与欧盟法律秩序之间的关系,有学者认为应当在共同体内部设立一个类似法国宪法委员会的机构,专门负责审查那些已经通过但尚没有实施的共同体的合法性。

民法典运动。有学者认为,欧洲民法典运动根源于欧盟经济、政治两个一体化之间的矛盾,目前已发展为当今世界最引人瞩目的法律事件之一。一方面,具有超国家性质的欧盟不仅在欧洲层面上发展出一种新型法律——欧洲私法,并逐渐侵蚀各个成员国自成一格的私法体系;另一方面,一大批学者参与这场运动,使欧洲成为创造一种跨国法制的“实验室”。这两方面发展交汇在一起,使欧洲民法典运动成为透视20世纪以来引发国际性法制转型和法律全球化问题的一个重要范例。

环境法。有学者认为,水资源保护是欧盟环境保护的重要内容。在欧盟提出和实施地下水立法时,大部分成员国已经形成了比较完善的地下水保护法律体系。在这种情况下,欧盟要求成员国消除地下水保护国界的限制,必然会引发一系列矛盾。因此,协调成员国相关立法,解决地下水保护问题,成为欧盟的一项重要立法活动。欧盟地下水立法呈现出如下特点:实行地下水保护立法的协同决策机制;注重水资源管理的一体化和综合性;通过硬法促使各成员国地下水立法的协同;强调公众参与地下水保护。

消费者保护法。有学者认为,欧盟消费者保护领域中的软法是以行业协会为主导制定,不具有传统法律规范表现形式,不以国家强制力保障实施,但却有实际效力的各种规则的总称。软法执行的主要相对方分为行业协会的会员企业而非会员企业两大类。软法的适用仅对于那些自愿接受软法规范的主体提交的争议享有管辖权,具有民间性、秘密性及半独立性等特点。软法在传统法律的引导和调控下通过内部的完善和外部的合理干预在消费者保护领域发挥着应有的作用。

知识产权法。有学者认为,欧盟的知识产权法指欧共体层面上有关知识产权的指令条例和欧共体法院的相关判例。欧共体的版权法律体系包括《欧共体条约》第28条和第30条,欧共体颁布的各项版权指令、欧共体法院作出的相关判决,以及成员国依据条约和指令而修订的版权法。欧盟专利制度在国际条约的基础上,通过《欧洲专利公约》和欧共体的相关法律文件,在各成员国内达到高度协调化。

仲裁制度。有学者认为,仲裁协议是仲裁庭管辖权的基础,也是仲裁裁决承认与执行的首要条件。因

此,对于仲裁协议效力的保障是衡量各国仲裁法对仲裁支持与否的重要标准。欧盟法院 2009 年的 West Tankers 案判决敲响了禁止令在欧盟成员国的“丧钟”,并将仲裁协议效力的争议纳入了欧盟布鲁塞尔条例的管辖范围。该判决直接导致无视仲裁协议效力的某成员国法院判决在其他成员国得到承认与执行,从而大大地削弱了仲裁协议在欧盟成员国内的效力保障。

(李秀清 杨颖)

【日本法】 宪政。有学者认为,天皇机关说事件是日本宪政历史上一次重大的事件。美浓部达吉否定国体、政体二元论的法律概念,依据国家法人说倡导天皇也是国家机关。在第 67 届帝国议会上,军方以及政客提出美浓部达吉的天皇机关说是反国体的叛逆学说。表面上该事件是针对美浓部达吉个人,实际则是以广大宪法工作者为对象,这可以说是日本军国主义化和法西斯化的一个里程碑。

行政法理论。有学者认为,对于国家赔偿中依职权行政部作为违法标准的认定,最突出的代表性观点是阿布隆泰所主张的危险管理责任的不作为违法理论,他提出了三要件说:预见可能性,结果避免可能性和对行政机关的期待可能性。

行政诉讼法。有学者认为,2004 年日本对其 1962 年《行政事件诉讼法》的修改是对过去四十余年的适用所进行的总结,它确定了长期以来的裁判实践和法学理论所做出的成熟设计,用以应对新时期的社会需要。行政诉讼的独立性,撤销诉讼中心主义,主观诉讼原则以及司法权的界限是日本行政诉讼制度的四个基本理念。

税法。有学者认为,在日本的法律体系中,《关税法》属于行政法中的税法类别。其立法背景是 1952 年《旧金山合约》的签署。《关税法》的制订取代了明治时代的《海关法》、《关税法》,并统合《保税放置场法》等单行法规。这部新的《关税法》并不是对旧《关税法》的修订,而是属于后法废前法的立法活动,意味着它是一部全新的立法。

知识产权法。有学者认为,在日本主要通过卡拉 OK 法理和帮助侵权法理解决著作权间接侵害问题。卡拉 OK 法理存在过分扩张著作权侵权责任主体和司法权限、混淆作品的利用和著作权侵害之间界限等弊病,帮助侵权法理则存在脱离共同侵权形态、完全独立化的侵害,这种弊端和倾向不利于技术和产业的发展以及公众接触、利用信息的自由。

民事诉讼法。有学者认为,日本民事诉讼程序最基本的要素可以简单地称之为“对抗与判定”。“对抗”指诉讼当事人的双方被置于相互对立、相互抗争的地位上,在他们之间展开的攻击防御活动构成了诉

讼程序的主体部分。而“判定”则意味着由法官作为严守中立的第三者,对通过当事人双方的攻击防御而呈现出来的案件争议事实做出最终裁断,且这个裁断具有一经确定即不许再轻易变动的强烈的终局性。

自我信息控制权。有学者认为,日本住基网络诉讼带给我们关于公权力与个人隐私权的思考。日本政府根据相关立法,开通了收录全体国民确认信息的巨型数据库——“住基网络”,使全国各级行政机关实现数据共享,但这遭到了部分国民反对,他们通过诉讼,以自我信息控制权受到侵害为由,要求将自己的信息从住基网络中删除。各地法院根据对自我信息控制权的不同理解做出了不同结果的判决。直到最高法院判决原告败诉,才暂告平息。

调解制度。有学者认为,日本江户时代就存在称为“内济”的调解制度。至日本军国主义时期,民众通过民事诉讼主张权利进行争议因被认为不利于战争进行而受到压抑,调解作为解决民事纠纷的主要方法则得到了高度强化,战后它则被废除。日本现行的民事调解和家事调解制度一方面从程序保障的角度强调与诉讼审判的区别,突出调解当事人的自愿,但同时也保留了裁判所主导的调解以及重视调解效力的保证等特点,法官可依职权将诉讼转化为调解程序的规定至今仍然存在。

(李秀清 陈旭)

【韩国法、朝鲜法】 有学者认为,在韩国,专利权不当行使行为起初仅受专利法的规制,1980 年《韩国规制垄断与公平交易法》将专利权不当行使行为纳入反垄断法规制的框架。在实践中,韩国竞争主管当局寻求运用竞争政策来规制专利权不当行使行为,并逐步形成了认定专利权不当行使行为的标准与审查原则,专利权不当行使行为也在垄断政策上以类型化的方式表现出来。

有学者对于 1948 年至今的朝鲜民主主义共和国的立法进行划分:过渡立法时期,从 1948 年朝鲜民主主义人民共和国成立至 1972 年朝鲜民主主义人民共和国第五届最高人民会议第一次通过宪法;立法的上升期,从 1972 年通过宪法至 1992 年第九届最高会议第三次会议修改宪法;立法高潮期,从 1992 年修改宪法至 1998 年再一次修改宪法;涉外立法时期,从 1998 年至今,朝鲜修正并出台了一系列的法律规定,主要集中在涉外立法领域。(李秀清 陈旭)

【加拿大法】 婚姻法。有学者认为,加拿大同性婚姻立法的进程与加拿大《权利与自由宪章》紧密相关。同性婚姻被确定为加拿大的“宪章权利”而非简单的“宗教权利”或“世俗权利”,其合法化是加拿大人权进步的重要表现。同时,加拿大的同性恋组织在同性婚姻合法化的进程中也起了很大作用。

监所告密制度。有学者认为,作为获取犯罪线索和证据的重要渠道——监所告密制度,在加拿大的侦查破案中一度发挥着重要作用。但是进入20世纪以来,监所告密成为诱发错案的一个重要原因。鉴于此,加拿大错案预防委员会在2004年专门就监所告密制度的现行弊端和司法漏洞进行了深刻的反思和检讨,提出了制度改良的司法建言:首先要正确对待监所告密证据,其次对监所告密的证据必须做好评估,最后是配套性措施的改进与完善。

国际私法。有学者认为,英国在国际民商事判决承认与执行中的“礼让说”、“既得权说”、“债务论”影响了包括加拿大在内的其他普通法系国家。但自上世纪70年代以来,加拿大已不再遵守英国古老的判例,开启了所谓判决承认与执行领域的革命,在承认和执行外国法院判决的理论依据方面,加拿大正在酝酿一种不同于传统礼让说的新礼让理论。

(李秀清 杨颖)

【拉丁美洲法】有学者认为,拉丁美洲法律的发展历史可分为3个阶段。第一阶段为古印第安文明时期,终结于1492年新大陆的发现,这是拉丁美洲法律制度的独立发展时期。第二阶段自1492年至19世纪拉美独立战争结束,此时期拉美法律制度的发展深受其殖民宗主国西班牙、葡萄牙的影响。第三阶段自拉美各国独立至今,此阶段的法律制度在保持原有特征的同时,也受到法、美等国影响,表现出混合法的特征。

民法典编纂。有学者认为,拉美民法典编纂运动是19世纪人类法典编纂运动一个不可分割的组成部分。《智利民法典》、《阿根廷民法典》和《巴西民法典》是拉美国家三大优秀民法典。拉美民法典深受《法国民法典》的影响,在理论渊源、表现形式和具体规定等方面具有高度的一致性。它们在体例和内容上亦有诸多创新。

巴西集合诉讼制度。有学者认为,巴西集合诉讼制度是在借鉴美国集团诉讼的基础上所进行的一项制度创新,是拉美国家此类制度的立法典范。其主要表现形式有民众诉讼和共同民事诉讼。其在原告资格、适用领域、保护权益之性质、诉讼费用规则、判决既判力等方面具有鲜明的特色和优势。

(李秀清 赵博阳)

【非洲法】非洲法律区域化。有学者认为,非洲法律区域化的动因是非洲区域一体化的内在诉求,是非洲法律文化整体性发展的现实要求。其表现为:区域组织法的制定,出现了区域性政治法律机构;区域性人权保护机制得以建立;北非地区商法的协调化发展;在维和与环保等领域展开了法律合作。不过非洲区域一体化水平较低、各国利益难以平衡、综合性法律人才稀缺、语种多样等因素制约着法律区域化的进程。

南部非洲混合法域。有学者认为,欧洲殖民者的入侵在南部非洲实现了罗马—荷兰法与英国法的并存,使其法律带上了混合的色彩。南部非洲混合法域的形成因素有:主权合并、语言影响以及法官与法学家的推动。它有着法律渊源多样、法律适用特定、司法体制二元化等特征。混合法的局面既是南部非洲国家在特殊历史条件下无可奈何的被动接受,也是法律工作者在对待法律文化上的自主选择。

津巴布韦习惯法。有学者认为,津巴布韦习惯法在殖民者到来前就已存在,独立后在保留普通法的同时,仍然适用习惯法。习惯法得到了津巴布韦宪法的确认和保护,呈现成文化趋势,习惯法法院被纳入全国统一的司法体系,传统部落首领成为新政府机构的组成部分。由于习惯法在非洲大陆普遍存在且有许多共通性,可以通过习惯法的改造,实现非洲商法的统一。

(李秀清 赵博阳)

比较法学

【概况】我国比较法学在2010年的发展,具有以下特征:第一,学者们大都继续进行比较法的传统性理论问题的深层面研究。特别是集中在比较法的功能方面,联系我国社会主义法律体系逐渐形成的实践,阐明如何运用比较法分析、研究和比较不同法系、不同国家和地区的法律体系、法律及其法制,寻找出符合我国具体国情的经验,为我国社会主义法制建设服务。第二,在研究比较法的方法论理论方面,有学者进行跨学科性的比较研究,例如,进行分析哲

学和分析法学的比较,这显然是拓宽了比较研究的途径。第三,一些学者从微观视角剖析和比较中外相关法律概念、法律结构等。例如,对某些国家的侵权责任法中的侵权过错概念及其构成与中国相应法律概念及其构成的比较;对过去很少有中外学者研究的“社会国的内涵与范畴”等,均具有新的科学性的探讨。第四,具有开拓性的研究领域。例如,有学者探讨我国在“一国两制”下的“两岸四地”的私法统一问题等,体现出比较法的客观力量和科学探索精神,并且

能够以此寻找出逐步解决疑难问题的途径。

7月15日—16日,比较法学研究会在广东省肇庆市召开了第14届学术年会,年会的主题是全球化背景下司法比较研究。来自全国各地的百余位专家学者和来自法国、美国、荷兰和意大利的6位专家学者与会,共提交学术论文50余篇。

在2010年内,比较法学研究会的一些专家学者分别参加了在北京、香港举办的中外比较法学家学术研讨会;参加了在土耳其伊斯坦布尔和法国巴黎举办的国际比较法学术研讨会,以及其他国际学术研讨会。与会代表都分别做了学术专题报告。此外,一些专家学者还分别在我国港、澳、台地区和一些国家进行了讲学和学术活动。

【法学家法】 有学者指出,奥地利著名法学家尤根·埃利希所说的“法学家法”包括以下几方面:(一)“法学家法”是法学家活动的产物,其表现形式主要是司法判决和法学著作;(二)“法学家法”是一种次生级法或裁判规范,它们是法学家在认识原生级的法,即“活的法”的基础上创造的;(三)“法学家法”的构成要素有法律规范和法律命题;(四)“法学家法”的功能主要是创造法律的概念和原理,从而为人们提供法律知识,为解决社会纠纷提供裁判规范,即提供解决问题参考的模式和标准;(五)“法学家法”是法学家在对社会深入观察和参与解决社会纠纷的基础上,通过“自由的科学研究”获得的,其中最主要的是对社会脉搏的准确把握和对社会正义观念的深刻理解。该学者指出,埃利希所说的由法学家和法官创制的“法学家法”是以司法判决和法学著作形式存在的,是国家制定法的基础。国家法和“法学家法”之间的界限不容易确定。埃利希认为“法学家法”由法学家通过一般化创造的裁判规则组成,国家法由国家向其裁判机构发布的命令组成。法学家不能发布命令,只能发现法律;国家不能发现法律,只能发布命令。

学者进一步以埃利希提出的“法学家法”的观点,与西方其他法学家的类似理论观点进行了比较。历史法学派的代表萨维尼在其著作中明确承认法学家学术活动所获得的法是法律产生的重要途径之一,他把法律的发展分为三个时期,认为第二个时期的法的特点就是法律的产生除了习惯外还有法学家的研究发现,因而称之为“学术法”(Gelehrtes Recht),即“法学家法”。萨维尼之后的历史法学演化成的概念法学,则集中研究了古罗马法中的“学说汇纂”(潘德克顿)部分,并把他们的法学称之为“潘德克顿法学”,可见对“法学家法”的重视。

社会法学派中,庞德虽然没有使用“法学家法”

的概念,但相关的内容很多。如在《法学肄言》一书中,当论到法律形式,即“规则所由宣示之体裁”时,把它们归纳为立法、司法判决和法学经典,其中包括教科书、注疏和法家辩论等,并对这些不同法律形式在不同国家的法律效力作了分析。庞德在其《法理学》中,在关于法律渊源的论述中,罗列了判决、科学探讨和立法;在论述法律形式时,又列出立法、判例法、教科书法等,并以古罗马以来西方各国的大量事例来论证它们的法律属性。

西方著名的政治自由主义代表哈耶克也论述了与埃利希相似的“法学家法”观念,不过他并不叫“法学家法”而称之为“立法”这是名义上的“法律”,充其量是次级的法律。哈耶克认为法律的本质是人类社会秩序的规则,人类社会秩序是长期发展中自发形成的,是在个人之间的互动中形成的,是社会内部自己产生的“内部规则”,其表现形式是习俗和惯例,这种规则才是真正的法律。而立法机关制定的法律,如果与“内部规则”相符,则只是被法律人“阐明的规则”。他认为大部分“阐明的规则”不是通过立法途径产生,而是通过司法活动获得。这就是说,哈耶克虽然承认“法学家法”的存在,认为它们是由法学家所阐明的法,“立法”是其主要形式之一,但他认为“法学家法”只是一种“次级法”,不是真正的“法律”。

学者认为,“法学家法”有广义和狭义之分;狭义上的“法学家法”是指真正的法学家通过学术活动产生的法,即学术法或称学理法,其表现形式是法学家的学术著作、对法律的解释和具体案件的意见;广义的“法学家法”指一切“法律人”(包括立法者、执法者和研究教授法律者)活动中产生的法律,即为制定法或人为法。广义的“法学家法”包括三种:一是制定法或立法法,其表现形式是通过立法活动产生的规范性法律文件;二是法官法、法院造法,即通过司法活动产生的判例法;三是学术法或称其为学理法。

【分析哲学与分析法学在精神层面上的契合】 有学者指出,分析哲学与分析法学在精神层面上具有许多契合之处:第一,分析哲学与分析法学具有相同的文化基因,即“分析”的基因。二者都是西方文化中“分析的传统”的产物,都秉承着共同的文化基因,都继承了古希腊时期奠基的析的传统。学者引用法学家奥斯汀(其著作《法理学的范围》即为分析法学)、霍菲尔德、凯尔森和哈特及其著作观点,与哲学家罗素、魏斯曼(其本身即为分析哲学家)等著作观点相比较,认为无论是分析哲学家还是分析法学家,都重视逻辑分析方法。分析哲学试图用逻辑方法取代认识

论而作为哲学的基础;分析法学同样重视用逻辑方法分析法律概念。二者都在各自领域借助逻辑分析实现思维的清晰性。

第二,分析哲学与分析法学都具有同样的“拒斥形而上学”的哲学立场。“拒斥形而上学”是分析哲学的最重要特征:首先,在研究课题上分析哲学对传统哲学所讲的本体论不感兴趣;其次,在研究方法上要求使用具体的方法研究哲学问题,及对抽象的思辨方式;再次,在对形而上学存在的权利上,认为本体论问题没有存在的权利,根本不应该提出。

分析法学同样对形而上学思想持一种拒斥的态度。在这方面,凯尔森的观点最鲜明,其名著《法与国家的一般理论》中明确提出纯粹法理论拒绝成为一种法的形而上学。奥斯汀虽然在其著作《法理学的范围》中没有明确地提出这一点,但他希望能够将法律正当性的根据奠基于实在的基础上,而不是形而上学的基础上。当然,不是所有的分析哲学家与分析法学家都有这种观点。

第三,两者的旨趣大致都具有科学主义倾向。分析哲学越来越被科学观念所主导,由于分析哲学家大多是某一学科领域的专家,他们不可避免地带有科学主义倾向,其中以20世纪20年代在奥地利产生的包括许多优秀的物理学家、数学家、逻辑学家等在内的维也纳学派最为典型。

分析法学家同样带有科学主义倾向,例如,奥斯汀在其著作《法理学的范围》中的许多地方明确地流露出对法律科学的神往。凯尔森在其著作《纯粹法理论》中多次提到“纯粹法”理论的目的就是为了使法律成为一门科学,成为一门规范的科学。在哈特的《法律的概念》中,同样体现出这种新的科学观与新的科学方法的影响,这集中体现在哈特对“外在主义”研究方法的批判和提倡内在主义研究方法上。他明确指出要在法律研究中加入“内在视点”。

第四,两者大致都属于经验主义领域。分析哲学的研究领域限定在经验领域;在分析哲学中处于重要地位的“证实原则”也是一种经验主义原则。分析哲学从研究对象、研究范围和研究方法,都是经验主义的。

分析法学同样具有分析哲学具有的经验主义特点。分析法学家们主张法律科学的研究对象只能是实在法。分析法学家受到分析哲学中“证实原则”的影响,试图从现实领域去寻找法律正当性的根据。此外,我们还可以从分析哲学与分析法学流行的范围揭示其经验主义本质。

【社会国的内涵与范畴】有学者从比较的角度,依据德国《基本法》第20条和第28条以及相关立法

的规定,论述了社会国与公民的社会基本权利问题,指出,社会国与传统的民主国、法治国以及联邦国一起成为德国宪法中的“国家目标条款”。作为宪法价值秩序的重要组成,社会国已经成为德国国家发展的主轴之一。实际上,英美国家也在相同或类似的意义上实践着这一国家目标,差别仅是名称不同。德国的社会国对应的正是英美国家的福利国。

学者中指出,德国学理对于“社会国”的理解大致有三种:一是将它理解为“市民社会的”或是“与市民社会有关的”,在这种意义下,社会国意味着国家对于社会负有相当的责任,而社会也已经不再是绝对的自治。二是现代国家下的个体并非是孤立的个人,而是在社会群体中生活的,与共同体存在强烈关联的个人出发,认为社会国强调的是个人对于共同体以及他人承担的责任。第三种见解着眼于国家职能与目标的变革,认为社会国意味着国家应扶助弱者,致力于每个人合乎尊严的生存保障,并根据正义原则分配经济资源。第三种见解因将国家对社会应履行的任务,与个人应受的共同体约束相结合,而成为迄今为止最具说服力的阐释。社会国的核心内涵也据此被总结为:国家对社会正义、公共福祉与社会安全负有广泛的责任,就是说,社会国就是致力于或应当致力于社会任务的国家。

学者认为,因为宪法规范的缺失,社会国原则在德国的实际作用,主要是由立法者通过规范形成予以明确,其中架构完整的德国社会法典规范出社会国的典型作用范畴,主要包括:

第一,社会形成。社会形成要求国家更积极主动地介入社会和经济领域,通过持续性地经济干预和对弱势群体的扶助,完成社会塑造的作用。国家对经济的调控和对弱势群体的救助,主要是通过税收、资金补助和提供基本需求措施的手段。第二,社会安全。这是指公民面临年老、疾病、残障、失业等困境时,国家必须提供积极帮助,以保障公民享有合乎人性尊严的生存条件。社会安全可以概括为国家对于个体的生存照顾义务。第三,社会正义与社会衡平。社会正义强调国家必须努力调和因权力分配、贫穷、教育程度、性别等差异所产生的对立与矛盾,并竭力谋求社会平等。社会正义必须通过社会衡平,即国家对不同群体之间进行比较和均衡,尤其要在法律上为弱者提供保护的方式。

【法国宪法基本权利概念对我国的借鉴意义】有学者指出,当代法国宪法理论和宪法规范中,“基本权利”构成了一个基本范畴。无论是宪法委员会的判决,还是各种宪法学论著,或是以公民和官员为主体的公共话语体系中,“基本权利”的表述都不断出现,

构成了其他许多概念与制度的基础。法国宪法基本权利概念的产生是以宪法委员会的基本权利保障职能的活性化为基础,比较和借鉴了外国法的表述,尤其是德国宪法中的基本权利概念。2008年法国修宪建立了违宪抗辩程序,增加了宪法委员会的事后审查,即在普通诉讼程序中若发现法律规定对宪法保障的权利与自由构成侵害时,可经最高行政法院和最高司法法院向宪法委员会递转违宪审查申请,由宪法委员会在确定期限内予以裁决。这是通过审查法律的合宪性来保障人权。

在法国宪法基本权利的概念出现以前,法国宪法中实际上存在着人权、公民权利、人和公民的权利和自由、公共自由等各种不同表述。法国学者们借鉴德国法使用了基本权利的表述,后来又在欧盟法(《欧洲基本权利宪章》)中得到强化,最后形成通用的概念。在当今的法国宪法学界,对比较法、欧洲法与国际法的研究仍然是基本权利研究的重要方面。在法国,这种比较研究不仅促使基本权利的概念被采纳,而且为宪法委员会借鉴德国联邦宪法法院、欧洲人权法院等关于基本权利规范的解释过程与方法提供了强大的智识上的支持。

学者认为,研究法国宪法中的基本权利概念,不仅有助于认识基本权利理论在法国特有的宪政背景中所发挥的作用,而且对于认定和解释我国宪法上的基本权利以及促进我国基本权利理论的发展也具有一定的积极作用。我国应当从基本权利比较研究中获得助益,从德国宪法、美国宪法和法国宪法中基本权利(或宪法权利)的相关规定也能对我国的基本权利研究与实践提供可资借鉴的经验。就法国而言,基本权利的概念从无到有的过程,从学说到实践的过程,从主观主义到客观主义论证的过程,尤其对我国具有特殊的借鉴意义。而我国的宪法理论研究不要脱离宪法文本的意蕴去争论哪些基本权利更为基本,而应将制宪过程中关注的基本权利的现实可行性转化为规范可能性,也即以宪法的基本权利规范为基础和界限,从规范主义和文本主义的立场出发,尽可能寻找基本权利得以有效保障的解释空间。

【“两岸四地”的私法统一】 有学者认为,在“一国两制”的原则下,实现“两岸四地”私法的统一,具有现实的人文、经济和政治基础。(一)从人文传统看,尽管西方文化的渗入在澳门长达4个多世纪,在香港长达一个多世纪,但是中华文化源远流长,以其强大的生命力和包容性,在与西方文化的交融之中始终保持着自己的传统并发挥光大,构成了澳门和香港地区坚实的人文基础。台湾地区虽然从甲午战争后遭受日本殖民统治长达半个世纪,但仍然保留

着中华文化的优良传统。这些传统包括共同的语言文字(汉语)、共同的人文观念(儒家学说为代表)乃至相同的民间习俗等。在某种程度上,私法尤其是其中的婚姻、亲属收养、继承等,与一定历史文化传统有密切关系,是特定文化传统的反映。“两岸四地”同文同种构成了私法统一必要的人文基础。(二)从经济运行体制看,台湾、香港、澳门地区实行的是市场经济体制。1978年中共十一届三中全会以后,大陆地区走上了以市场化为目标取向的改革开放之路。1992年中共“十四大”确立了建立社会主义市场经济体制的目标,市场经济得到快速发展,并且随着大陆地区市场经济体制和社会经济的发展,与台港澳地区在经济体制上将日趋接近。私法从本质上是对市场经济的反映。因此,共同的市场经济体制将为“两岸四地”私法的统一奠定必要的经济基础。(三)在政治体制上,“一国两制”的要点之一是“一个国家”即中华人民共和国,在“一个国家”的政治框架下,香港和澳门是中华人民共和国的特别行政区,将来实现统一后的台湾地区同样属于中华人民共和国的特别行政区。“两岸四地”同属于一个国家的政治架构,是“两岸四地”私法统一的必要政治基础,也是为实现私法统一提供了有力的政治保障。

学者进一步指出,谋求“两岸四地”的私法统一并不违背“一国两制”原则,尽管“一国两制”强调“一个国家,两种制度”,在“一国两制”原则下保持台港澳地区的“原有法律”不变,但“一国两制”本身不是目的,推动国家的统一,促进“两岸四地”社会经济发展,谋“两岸四地”人民的共同福祉,实现中华民族的伟大复兴才是最终目的。因此,谋求各地私法统一,消除原有的阻碍社会经济法律障碍,成为“两岸四地”社会经济共同要求。私法的统一与“一国两制”的最终目的相一致。

学者明确指出,由于香港和澳门过去长期受到西方文化的浸淫致使其与内地之间存在着明显的文化差异;台湾地区历经半个世纪的“日据时代”以及1949年后长时期的政治对立,两岸之间仍缺乏必要的政治互信,这些因素都将增加私法统一的难度,实现“两岸四地”私法统一,还需要经较长时间的努力。

【美国契约法理论的发展阶段】 有学者专门论述了美国契约法理论的发展阶段,即古典契约法理论、新古典契约法理论和关系契约理论三个阶段。学者指出,古典契约法理论始于大陆法系,但在英美也同样经历了这一过程。英美法中的古典契约法理论是在英国的波洛克、安森和美国的兰代尔、霍姆斯、威灵斯顿等人逐代接续发展和确立的。古典的一般化契约法

理论以美国《第一次合同法重述》的产生为其最高潮。在兰代尔的法律科学化和概念主义法学思想影响下,美国合同法开始向古典契约法和契约理论迈进的过程,并逐步理论化、体系化和法典化。兰代尔于1871年出版的《合同法要论》对合同理论作出系统的论述,使美国合同理论初步形成具有自身逻辑关系的体系。其后,实证法学家霍姆斯于1881年出版了《普通法》,总结出美国合同法的基本原理。之后,威灵斯顿相继出版了多卷本《合同法》,所有这些,使美国古典契约法和古典契约理论得以形成。美国古典契约理论的最终形成是以1932年《第一次合同法重述》为其标志,为实现法律的确信性和既有判例法灵活性的有机结合。

新古典契约法理论是在古典契约法不能适应社会交易现实的诸种缺陷而进行改革运动的成果。新古典契约法就是鉴于古典契约法在应对新的社会情势方面不足,人们以灵活和“例外的方式”对古典契约法和古典契约理论加以调整和改造,为强化契约法对社会的回应性和灵活性的一种契约法律系统和理论。新古典契约法理论是当今英美契约法领域的中坚力量和主流学说,代表人物众多。新古典契约法理论的典型代表是美国《统一商法典(简称U.C.C)》第三编和《第二次合同法重述》。新古典契约法理论表现在以新型判例调整既有法律规则之不足,大胆承认内涵更为宽泛的新型原则、制度和理论。但是新古典契约法理论仍然没有跳出古典契约法理论的框架和模式,因此也没有改变古典契约法理论之核心地位,没有对古典契约法理论做出任何革命性变动,没有提供超越古典契约法的全新理论。

美国契约法理论发展的第三阶段,就是美国法学家麦克尼尔提出的关系契约理论。他从社会学的角度对契约给予了新的阐释,试图以社会关系的外在视点去解构和重建契约法理论体系。他认定关系契约理论是超越新古典契约理论的全新理论模式。关系契约强调个人在社会和经济关系中的相互依赖性,将注意力集中于信任、相互责任以及关联的必要性和适应性上,这不同于新古典契约只是强调个人自治以及为个人自治必须的有限责任。麦克尼尔的关系契约理论不仅是对古典契约法领域的冲击,也是对美国整体社会现实问题的回应,切实地改革和超越了古典和新古典契约理论。直至今今,这一理论也是一个主流契约理论。

【法国法中的侵权过错概念及其对我国的借鉴意义】 有学者根据法国相关法律、规则的规定,以及司法实践和学者们的学术观点,指出法国法中的侵权过错概念的“过错”具备三个要素,即物质要素、法

律要素和道德要素。过错的物质要素即为人的身体或智力行为。在此,“行为”区分为作为行为和不作为行为。无论是积极的作为行为还是消极的不作为行为,均可以构成过错。但法国实务和理论界争论的焦点在“不作为过错”的适用范围上。法国最高法院在司法实务中确认“不作为过错”的成立须以“作为的义务”的存在为前提,并将“法定作为义务”拓展至“职业活动”领域。法国最高法院又确认了“故意不作为侵害”。

过错的法律要素又称为“违法性要素”,这是法国法中过错概念的核心要素。在法国的具体规划中,“违法性要素”的“法”包括违反法律法规、违反习惯法(包括行业惯例)、违反“善良家父行为标准”和违反善良风俗。对于过错的法律要素的理论观点的争论,主要集中在“先存义务违反说”和“缺陷或错误行为说”。对于前者,“先存义务”的概念抽象,目前有争论。对于后者,“缺陷或错误行为”是指不符合特定标准的不正确行为,这里的“特定标准”是指现行法规规则。较之“先存义务违反说”,“缺陷或错误行为说”最大的特征在于提出了评判过错的具体标准,从而具有实践操作性。这一观点成为引领法国法过错理论的主导理论。

过错的道德要素即指行为人须具有主观上的“可非难性”。现行法国法依据“可非难性”程度的不同,将过错区分为不同的种类,赋予不同的法律效果。依据行为“可非难性”程度的不同,现行法国法将“过错”区分为“故意”、“重大过失”、“严重过失”、“不可原谅的过失”等多种类型。

学者认为,法国法上的过错概念,对于我国的侵权责任立法具有一定的借鉴意义。我国的相应立法,应当审慎对待不作为侵权责任;“违法性要素”是侵权责任的必备要素,因此,我国的侵权责任立法,在确立过错侵权责任的基础上,应当进一步解释其“违法性”要素内涵。

【全球化与国际法治论】 有学者指出,传统的比较法学只关注法治在横向上的多元化发展,忽视法治在纵向上的多元化发展,这在很大程度上限制了比较法学对当今全球化时代法治的多元化发展格局的解释力。因此,有必要关注全球化带来的法治在纵向上的多元化问题,尤其是关注区域层次的法治和全球层次法治。这两层次的法治归入国际法治的范畴。

学者认为,形式法治概念优于实质法治概念:第一,实质法治概念包含的实体价值目标(如公正),往往难于给予精确解释而又容易引发争议的抽象理想,这容易使法治变成没有实际内涵的口号;第二,实质法治概念把民主、公正、人权等其他社会价值纳

人法治概念中,这人为地扩大了法治内涵,易混淆法治与其他社会价值、法治概念与其他价值概念的界限;第三,实质法治概念由于定了太多实质性价值标准,只是适用于坚持同样价值标准的国家或国家共同体,而把坚持不同价值标准的国家或国家共同体排除在法治范围之外。而形成的法治概念有助于克服上述问题。

学者提出了形式法治概念的三项基本原则:第一,法律的可预期原则。这主要是针对立法环节,要求制定的法律是公开的、明确的、稳定的,是不溯及既往的。这样,人们可以根据法律规定确切地知道如何行为,并预测行为的法律后果;第二,法律的普及适用原则。这主要是针对法律的执行和遵守环节。要求所有主体特别是掌握公共权力的人必须受治于法;第三,法律纠纷的有效解决原则。这主要是针对司法或纠纷解决环节,要求人们发生法律纠纷时,可请求法院或其他争端解决机构作出有拘束力的裁判。

学者进一步比较了国际法治与国内法治之间的主要差异:第一,国际法治是一种契约型法治,而国内法治是一种强制性法治,是存在于国家主权之下的“有政府的法治”。政府代表全体国民行使国家主权,制定和强制实施国家的各项法律,建立和维护国家的法律秩序,全体国民都有服从法律的义务,违法行为将受到政府的法律制裁。而国际法治是“无政府法治”,这种法治只能按近代西方启蒙思想家提出的社会契约论思想逻辑建立,即由国际社会的成员自愿订立契约(条约),规定每位成员的权利与义务,并建立一定形式的国际组织,监督或保证契约(条约)的履行;第二,国际法治是一种多元分散型法治,而国内法治是一种一元型法治。国际社会与国内社会的一个重要区别是,国内政治体系是集权的、等级制的,低层次的政治权威服从高层次的政治权威,其法律自下而上大体是统一的,因而法治是一元型的。而国际政治格局则是无中心的、分散的,各国在形式上处于平等地位,众多国际组织之间互不隶属。在全球范围内,存在着许多彼此独立的国际规则体系。这些国际规则体系是由不同的国际社会成员创建,并且只对该国际社会成员有效。因此,国际法治只能是一种多元分散型法治,即分散于国际社会的各个领域或空间。

【两大法系几个国家在既判力和刑事再审问题上的发展趋势】有学者指出,英美法系国家主要采用“禁止双重危险原则”来保障生效判决的既判力,即国家不得对任何人的同一行为进行再次追诉或惩罚。这是英美法系国家刑事诉讼程序中的一项基本原则,《美国宪法》第5修正案明确规定,任何人均不得因同一罪行而两次受到生命或身体上的危险。事实上,

该规则适用于所有犯罪中,已成为美国宪法传统中的基本精神。美国传统上把上诉权和非常救济申请权即所谓的人身保护令视为被告人的特权,检察官只有在法定特殊情况下,才可提出有限的上诉。但是,近年来在司法实践中不断出现以违反《1964 民权法案》或陪审团组成不当为由,对已作出生效判决的案件重新开启对被告人不利的再审的判例。

在英国,虽然没有“禁止双重危险原则”的宪法性规定,但英国在前经开释和前经定罪原则思想的影响下,有关针对再次审判(包括上诉和非常救济程序)的制度设计表现出对起诉方极为苛刻的特点,起诉方的上诉权被限制在法律有特别规定的极少数情况下,而针对生效判决的所谓非常救济程序以及上诉程序则被规定为被告人的基本权利。英国严格限制对无罪判决的再次审判;严格限制对有罪判决中涉及定罪问题的再次审判;严格限制对有罪判决量刑问题中影响到被告人实际科刑问题的再次审判。但是,英国2003年11月通过的《刑事司法法》在一定程度上对再次审判的限制有所放宽。例如,在英格兰和威尔士,对29种特别严重的犯罪,在发现新的令人信服的证据证明原无罪判决确实存在错误时,被判决人会受到再次追究。

大陆法系国家用来维护生效判决既判力的是“一事不再理原则”,即案件经裁判并发生法律效力后,除法律另有规定外,不得再行向法院起诉,法院不得再行受理。依此原则,俄罗斯刑事诉讼中对已生效判决依照监督程序审理时,只允许减轻对被判刑人的刑罚或适用关于较轻犯罪的刑事法律,而不允许为适用关于更重犯罪的刑事法律,以量刑过轻为由、或依据导致被判刑人状况恶化的其他根据,通过监督程序对有罪判决或法院裁定和裁决进行再审,也不允许对无罪判决或法院关于终止刑事案件的裁定进行再审。但是,俄罗斯2009年3月14日颁布第39号联邦法律,它根据2005年5月11日俄联邦宪法法院第5号裁定,允许在特定条件下依照监督程序启动不利于被告人的再审。

学者从动态和发展的视角审视两大法系国家再审制度,认为近年来在立法和司法层面上,“禁止双重危险原则”与“一事不再理原则”在具体运行的实际程序上,正在逐渐趋于融合。上述两大原则,尽管在许多方面具有不同,如“禁止双重危险原则”强调程序的正当性,“一事不再理原则”强调诉讼双方主体权利义务平等,但是,这两大原则以及两大法系国家的再审制度终会殊途同归。

【国际温室气体减排立法类型】依据国际社会于1992年达成并于1994年生效的《联合国气候变化框

架公约》和1997年达成的《京都议定书》(以下分别简称《公约》和《议定书》),有学者将国际温室气体减排立法分为三种类型。

一、以欧盟为代表的统一强制性减排立法。欧盟以《议定书》为立法依据,采取了欧盟区域内统一强制性减排立法与成员国强制性减排立法相结合的立法模式。为履行《议定书》规定的减排义务,欧盟与国际环境委员会于2003年达成了《欧洲温室气体排放交易指令》,后又几经修改。该指令不能直接适用于各成员国,各成员国必须将指令的主要内容作为其立法的根据,通过成员国的国内立法程序转化为国内法后生效。立法取向由开放逐渐保守。欧洲在2009年指令中采取了保守立法方式,对减排信用的使用进行了许多限制性规定。

二、以美国为代表的伞形国家(包括美国、日本、加拿大、澳大利亚、新西兰等)的减排立法。美国、加拿大等伞形国家退出或不履行《议定书》规定的义务,它们是以《公约》作为减排立法依据。美国的一些州、加拿大、澳大利亚、新西兰等国家以《公约》为依据,进行了温室气体减排的单独立法,其减

排方式与京都体系存在差异性,其国内形成的高碳排放的生活方式短期难以改变,对能否实现减排目标具有很大不确定性。此外,这些国家缺乏国内统一的强行立法保障,对于减排立法形成了比较封闭和保守的立法体系。

三、以中国、印度为代表的发展中国家的减缓性行动。这主要体现在两个方面:(一)以清洁发展机制为代表的发展中国家的减缓行动。清洁发展机制源于巴西提出的“清洁发展机制基金”确定的一种基于项目的减排机制。中国于1998年签署《议定书》后,先后颁布了有关清洁发展机制、节能专项规划、节能减排方案、应对气候变化方案及其科技专项行动等政策性文件,充分表明中国对温室气体减排的态度与《公约》第4条第7款的规定一致。(二)以碳密度减排为代表的发展中国家的减缓行动。中国已公布了碳密度减排的行动目标;巴西通过了减排目标以及实施《哥本哈根协议》的进度表;印度制定了《气候变化国家行动计划》规定了八大减排使命。碳密度减排有效缓解了发展中国家面临的减排与发展的双重压力,体现了在发展中控制碳排放的理念。(刘兆兴)