

1991

ZHENGFA

CONGKAN

- ◎ 评日本对隐私权的刑法保护
- ◎ 国家所有权不容否定
- ◎ 论建立中国特色的劳动争议仲裁制度

zhengfacongkan

政法
丛刊

②

政法丛刊

(季刊)

1991年第2期

总第33期

主 编：王子琳
副主编：侯炳居
 陈志胜

《政法丛刊》编辑委员会

主 任：王子琳

副 主 任：侯炳居

委员：

(按姓氏笔划排列)

王子琳 孙立群

陈志胜 庞道义

周其华 赵连连

侯炳居 韩海东

法 学 专 论

评日本对隐私权的刑法保护

何 鹏 吴振

国家所有权不容否定

赵连连 汤黎虹 6

法 学 论 坛

我国产权关系主体错位现象及矫正

胡安潮 12

试论我国的收养制度

庞道义 王晚斌 16

论建立中国特色的劳动争议仲裁制度

王 河 19

加强对外国法的研究

高树异 25

浅谈我国的公诉制度与被害人的诉讼地位

朱光伟 27

略论对偷税、抗税犯罪的防治

闵春雷 30

日本法院书记官制度的变革

李全义 33

浅探民事诉讼中的和解

冯玉庭 36

争 鸣 与 探 索

“失期，法皆斩”吗？

丁相顺 霍存福 39

论我国诉讼时效届满的法律后果

孔祥俊 43

——驳起诉权不消灭说

司 法 工 作 纵 横 谈

〈审判员笔谈〉

刑事附带民事诉讼诉讼时效刍议

冯彦彬 46

浅析“其他经手、管理公共财物的人员”

葛天星 49

〈检察员管见〉

浅谈行政诉讼中的抗诉主体

易杰峰 51

〈律师业务〉

浅谈特殊情况下的证据使用

崔海军 尹志邦 53

〈司法文书制作〉

法制文书初探

张宗华 樊思昌 56

请注意第一审民事判决书尾部的写法

吴新安 18

案 例 分 析

他构成什么罪？

王树力 59

资 料

大陆行政复议制度与台湾诉愿制度之比较

车传波 61

丁相顺

孔祥俊

“失期，法皆斩”吗？

丁相顺

霍存福

《史记·陈涉世家》记载：“二世元年七月，发闾左谪戍渔阳，九百人屯大泽乡。陈胜、吴广皆次当行，为屯长。会天大雨，道不通。度已失期。失期，法皆斩。”于是，一些学者根据这一记载，认定秦末对徭戍失期者的处罚法律规范为“法皆斩”，并据此来论证秦末法律的严酷性；马非百先生在其《秦集史·法律志》中还专列“失期法”一条，引用了《史记》的上述记载。然而，仔细研究一下《睡虎地秦墓竹简》（以下简称《秦简》）中关于徭戍失期的有关规定，考查一下秦末的社会政治经济背景，比照有关的法律规定，就会发现：失期，并非法皆斩。

一、失期罪的主体是官吏，徒众不会被“法皆斩”

秦朝时征役分为徭役和戍役两大类。《秦简》中既有《徭律》也有《戍律》。从现存的一些关于徭役和戍役的资料看，徭和戍是由秦统治者向百姓征发的性质相近的劳役。故徭、戍又常在秦汉文献中并称“又作阿房官，治直驰道，赋敛愈重，戍徭无已。”^①虽然陈胜、吴广等人所服之役属戍役，并且是不同于一般的谪戍，但徭、戍役的目的、任务、主体、性质相近或相同。为便于比较，我们先看看徭役失期罪的主体及处罚方法。

“御中发征，乏弗行，资二甲。失期三日到五日，谇；六日到旬，资一盾；过旬，资一甲。其得也，及诣。水雨，除兴。”^②据蔡邕《独断》云：“所进御”御中发征，指地方官吏为朝廷征调徭役。《急救篇》颜注云：律有乏兴之法，谓官有所兴发而辄稽留，乏其事也。”则所谓“乏其行”是指地方官府对朝廷征发徭役耽搁而未加征发。官府虽征发徭役并已派遣上路，但未按指定期限到达徭役地点，即是“失期”。秦时，实行郡县制统治，地方官府承担着为中央政府征发徭役的义务，这则《徭律》规定显然是中央政府为督促、保障地方官府按时、保量地完成征发任务而做出的惩罚性规范。所以，惩罚的对象应该是地方官府有关官吏。如果“乏弗行”，那么有关官吏要受到“资二甲”的处罚；“失期”的处罚方式则是根据失期的时间长短分别采用“谇”（斥责）、“资一盾”、“资一甲”，较“乏弗行”的“资二甲”为轻。联系上下文义，显然，失期罪的主体应该是带领服徭徒众的官吏，而不是服徭徒众，故处罚的对象也是针对官吏的。其下的“其得也，及诣。”是不应失期的正面规定，即征发人数已足，要急速送到服劳役的处所，也是对官吏的要求。与此相同，从仅存的《戍律》的规定来看，也是针对负有相关责任的地方官吏做出的规定。“县啬夫、

尉及士吏行戍不以律，资二甲。”^③“县尉时循其攻（功）及所为，敢令为它事，使者视二甲。”^④显然这是对服戍役的监管官吏的责任问题做出的规定。由于书缺有间，秦《戍律》是否有戍卒失期的规定，现在已不得而知，但揆诸情理，若戍

综上所述，“发闾左九百人谪戍渔阳”，这次集体赴役所的迁移，就主体来讲，失期与否只与带领队伍的各级官吏有关。因此，在处罚范围上，不是包括众戍卒在内的九百人“法皆斩”，只能是处罚失期队伍里的个别人员。

“遣事”；已闻发屯车食若行到徭所乃亡，皆为“乏徭”。

“不会，治（笞）；未盈卒岁得，以将阳有（又）行治（笞）。’今士伍甲不报到，治（笞）五十；未卒岁而得，治（笞）当驾（加）不当？当。”若被征发服役的居民，在接到征发命令后逃亡而不去报到的，称为“遣事”；若已参加检阅、领取口粮或已到服役地点，然后逃亡的称作“乏徭”。根据《法律答问》的法条及案例，对“遣事”的处罚为“笞五十”对“乏徭”的处罚方式已不详。但是，“秦统一后，主要的把徭役使用于宫殿、陵墓、驰道、长城等几项巨大非生产性的工程建筑上。”^⑤

“征调徭役是县以下地方政权的基本任务之一，而《傅律》和《徭律》就是它们征调徭役的法律根据。”^⑥很显然，“遣事”也好，“乏徭”也罢，都是地方官府对应服徭役的百姓个体的处罚。而一旦地方官府把应征百姓集结起来，对地方官吏来讲，就面临着一个异地集体迁移到服役地点的问题了。“其得也，及诣。”完成徭役征调任务，是地方官府的重要职责，把征徭队伍按时带到指定地点是秦政府对各级地方官吏的要求，达不到这个要求，就会受到相应处罚。故失期与否是徒众率领者、组织者的事情，与众戍卒无关。

徭 戍 刑

戍役是居民为国家所服的军事性劳役，从《汉书·食货志》说秦时居民“一岁屯洎”，当徭戍徒众有违法情事时，又有惩罚性的“资戍”。《秦律杂抄》规定：非官吏的徭戍徒众不应领军粮而领者以及军人出卖军粮者“资戍二岁”；徒众及官吏知而不告发上述不法行为者，“资戍一岁”。这都是属于因罪而被罚戍。对于服徭戍的徒众而言，等于增加了不计入正式戍役义务的额外负担。

此外，在实际中尚存在“谪戍”，它既不是徭役，也不是法律规定的“资戍”。如：

“三十三年，发请曾逃亡人、赘婿、贾人略取陆梁地，为桂林、象郡、南海，以谪戍戍。”^⑦

“三十三年，取高阙、陶山、北假。中筑亭障以逐成人，谪谪实亡。”^⑧

“三十四年，谪治狱吏不直者，筑长城及南越地。”^⑨

“二世元年，发闾左谪戍渔阳，九百人屯大泽乡。”^⑩

通观上述几次谪戍，从参加主体划分为两类，一类是因有罪而谪戍，如“曾逃亡”、“治狱不直”一类是身份性的，如赘婿、贾人、闾左。就第一类而言，如前

所述，法律规定对“逃亡”的处罚不过是“笞五十”，最多不过“枷笞”，即增加笞打数目；“治狱不直”如何处罚，《秦简》中未见专门规定，但与对“通事”处之以“谪戍”一样，显然对他们谪戍是临时性的改役词。至于笞第二类的赘婿、贾人，

秦承魏制，不允许其立户，也不分给土地房屋，遇军事需要，则可以将他们派往军中服役，待遇不同于军事。用他们谪戍，已是传统。陈胜、吴广等闾左之人“谪戍”，《史记·秦本纪》引两说：其一，“闾左谓闾里之左也，秦时复除者居闾左。今力役，凡在闾左者尽发之也。”即因各种原因应免除劳役者，未享受到优待仍被征发为役；其二，“况朝以富强为右，贫弱者为左，秦役戍多，富者役尽，兼取贫弱者也。”即在肯定秦实行“先富后贫”的征役原则上，认为闾左之戍是贫弱者的法定戍役。

无论“谪戍”对象是什么样人，他们的作用无非是戍守边地、修筑城池等，从事着军事性的或非军事性的体力劳役。与此相同，秦时承担这些任务的劳作者中还有另一种人，即刑徒。秦律中徒刑种类繁多，适用范围广泛，正如专家所指出的那样“秦基于富国强兵统一天下的政治需要，使刑徒制度得到极大的发展，并把刑徒使用于国防建设、军事服务、宫殿陵墓营造、交通运输以及工农业生产的各个方面。”^⑩因此，谪戍之众与刑徒在地位和作用上是相似的，刑徒使役范围与役民使役范围有很多重合地方。我们不妨先看一下对刑徒逃亡的处罚规定。见表：

各种罪犯	各种逃状	量刑
隶臣妾系城旦舂	逃亡，未论而自出。	笞五十，备系日。
隶臣妾城旦	逃亡。	完为城旦。

隶臣妾城旦	带领城旦逃亡。	完为城旦。取其所妻子。
郡盗赦为庶人	带领囚犯逃跑	以故罪论，斩左趾为城旦。

从上表可见，对逃亡犯的处罚采用：1、加大徒刑等级；2、加重肉刑处罚；3、牵连亲族服役（连坐）。总的特点是增加逃亡犯的服役量，延长服役时间和辅之以具有警示作用的肉刑。

秦法之所以这样规定，是受当时的客观社会经济条件和秦大量需要劳役的事实决定的。秦“实际人口两千万，成年居民”四、五百万。”^⑪此时，秦统治者为了防御边地和修建大规模工程，滥征民力，“徭役劳动是交纳给统治阶级的最重要的贡献。”^⑫秦始皇时期，曾在短短的四年间，大规模工程就征发了多达二百万人的役力。为解决役多人少的矛盾，秦只好“又加日为更卒，已复为正一岁，屯戍一岁，力役三十倍于古。”^⑬即使用各种方法（包括刑罪方法），来增加劳役种、延长役期，以达到谓百姓服役的目的。

然而，我们通过对上表及与前面的分析可以看出，从主体身份讲，刑徒逃亡从而高影响使役的定罪是没有死刑的法律规定的。那么，对于“谪戍之众”因“遇雨失期”影响使役的惩罚显然不能严酷到“皆斩”的地步。即使是对失期罪的主体——主管官吏也是如此。

因此，比照秦对逃亡犯的处罚强度，是难以得出“失期，法皆斩”的结论的。

为了能更深刻、全面地说明理由，不妨看一看《史记·陈涉世家》记录“失期，法皆斩”的具体情形。

三、陈胜、吴广及徒众所惧的是何种死法？

从《史记·陈涉世家》关于陈胜、吴广起义的记载看，陈胜等人面临着三种死亡危险：1、“失期，法皆斩”即众戍卒因误期被杀；2、“今亡亦死”即逃亡被抓获也得被处死；3、“举大计亦死”即揭竿而起至多是失败后一死。

我们认为第一种情况对于众戍卒来讲，是不可能的。但会不会出现“法皆斩”

厉些或“当斩”，只不过是二世统治时期肃杀政治气氛中的殉葬品而已。而我们的立足点仍是：在秦的刑罚体系中，“失期”并不是所有戍众都被杀。

从《史记·陈涉世家》的记述来看，秦末农民战争爆发的直接原因似乎是“亡亦死，举大计亦死”才下了“等死，死国可乎”的决心，而众戍卒“敬受命”的原因似乎也由于“失期，法皆斩”。然而，我们注意到，《陈涉世家》中还有“籍第令毋斩，而戍死者固六、七。”从史书上

看，陈胜等人所面临的死亡危险，并不只是“失期，法皆斩”一种。他们面临的死亡危险，实际上有三种：1、“失期，法皆斩”即众戍卒因误期被杀；2、“今亡亦死”即逃亡被抓获也得被处死；3、“举大计亦死”即揭竿而起至多是失败后一死。

我们认为第一种情况对于众戍卒来讲，是不可能的。但会不会出现“法皆斩”呢？从《史记·陈涉世家》的记述来看，秦末农民战争爆发的直接原因似乎是“亡亦死，举大计亦死”才下了“等死，死国可乎”的决心，而众戍卒“敬受命”的原因似乎也由于“失期，法皆斩”。然而，我们注意到，《陈涉世家》中还有“籍第令毋斩，而戍死者固六、七。”从史书上

看，陈胜等人所面临的死亡危险，并不只是“失期，法皆斩”一种。他们面临的死亡危险，实际上有三种：1、“失期，法皆斩”即众戍卒因误期被杀；2、“今亡亦死”即逃亡被抓获也得被处死；3、“举大计亦死”即揭竿而起至多是失败后一死。

看，陈胜等人所面临的死亡危险，并不只是“失期，法皆斩”一种。他们面临的死亡危险，实际上有三种：1、“失期，法皆斩”即众戍卒因误期被杀；2、“今亡亦死”即逃亡被抓获也得被处死；3、“举大计亦死”即揭竿而起至多是失败后一死。

从《史记·陈涉世家》的记述来看，秦末农民战争爆发的直接原因似乎是“亡亦死，举大计亦死”才下了“等死，死国可乎”的决心，而众戍卒“敬受命”的原因似乎也由于“失期，法皆斩”。然而，我们注意到，《陈涉世家》中还有“籍第令毋斩，而戍死者固六、七。”从史书上

论我国诉讼时效届满的法律后果

——驳起訴权不消灭说

孔祥俊

综观各国民事立法，对诉讼时效届满的法律后果，共有三种立法主义：第一是实体权消灭主义。日本、捷克等国采此立法例。依此立法例，诉讼时效届满后当事人的实体权利即归于消灭，即使债务人自愿履行债务，也构成不当得利。第二是诉权消灭主义，即诉讼时效届满后民事权利依然存在，但不得请求法院强制执行，也即形成自然债务。苏联及东欧一些国家采此立法例，但其中对于诉权的规定也有差别。1922年苏俄民法典第44条规定：“起訴权，逾法律规定之期限而消灭。”依此规定，诉讼时效届满后诉权即告消灭。

后债务人取得拒绝履行抗辩权，但债务人自愿履行的，视为抛弃抗辩权，履行有效。

我国《民法通则》第135条规定：“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年，法律另有规定的除外。”第138条规定：“超过诉讼时效期间，当事人自愿履行的，不受诉讼时效限制。”显见，我国民事立法采用了诉权消灭主义。但时效届满后究竟消灭了什么诉权，目前流行着胜诉权消灭而起訴权不消灭的通说。这种学说似乎已盖棺论定，几乎无

政 法 丛 刊

(吉林省政法管理干部学院学报)

· 季刊 ·

1991年第2期

(总第33期)

主办单位：吉林省政法管理干部学院

地址：长春市宽城区青浦路23号 邮编：130062

编辑出版：《政法丛刊》编辑部

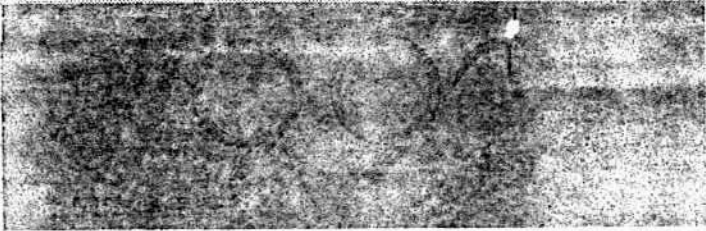
订购发行：《政法丛刊》编辑部发行组

印 刷：吉林省文化印刷厂

国内统一刊号CN22—1027

1991年6月20日出版

定价：1.60元



中国

法律

年鉴

LAW YEARBOOK OF CHINA

1983

技术合同仲裁工作会议	(736)	第二次全国律师代表大会	(739)
法学会第三次会员代表大会	(737)	劳改法学研究会二届二次理事会议	(739)

第十二部分 法学各学科发展概况

基础理论	(741)	刑事诉讼法学	(771)
法理学	(742)	中国法制史学	(771)
民法学	(746)	中国法律思想史学	(776)
刑法学	(749)	国际法学	(778)
行政法学	(754)	国际私法学	(779)
科学技术法学	(757)	军事法学	(781)
劳动法学	(760)	青少年犯罪学和青少年法学	(784)
婚姻法	(762)	海峡两岸法律问题研究	(786)
环境法学	(765)	香港法律研究	(788)
民事诉讼法	(769)	党的领导与法制建设	(791)

第十三部分 法学学术会议

年代我国法理学展望笔谈会	(797)	团伙犯罪问题研讨会	(816)
中国法学会宪法学研究会 1991 年学术年会	(799)	中国法学会诉讼法学研究会 1991 年年会	(818)
比较法学研讨会	(800)	全国部分省会中级人民法院执行问题 学术研讨会	(821)
权利、义务与社会稳定发展研讨会	(801)	第一次民族法学理论研讨会	(822)
人权理论研讨会	(803)	儒学与法律文化学术讨论会	(823)
立法体系讨论会	(805)	中国国际私法研究会 1991 年学术年会	(824)
地方立法工作理论研讨会	(806)	学习贯彻《未成年人保护法》座谈会	(826)
中国法学会民法学经济法学研究会 1991 年年会	(808)	第二次中法行政法研讨会	(826)
中国法学会婚姻法研究会 1991 年年会	(811)	国际法律哲学与社会哲学协会第 15 届世界大会	(828)
第二次全国科技进步法研讨会	(812)	国际宪法学协会第十届世界大会	(829)
税收法制建设理论研讨会	(813)	亚洲与太平洋法律协会第 12 届大会与理事会会议	(829)
新闻纠纷与法制责任学术研讨会	(814)		
中国法学会刑法学研究会 1991 年学术年会	(815)		

第十四部分 法律教育、研究、出版机构和法制报刊

中央检察官管理学院	(831)	《检察理论研究》	(831)
华中师范大学政治系法学专业	(831)	《知识产权》	(834)
中国新闻法制研究中心	(831)	《司法行政》	(835)
北京大学犯罪问题研究中心	(832)	《人民调解》	(835)
北京大学经济法研究所	(832)	《婚姻与家庭》	(835)
北京大学司法鉴定室	(832)	《金盾》	(835)
北方工业大学经济法研究所	(833)	《特殊园丁》	(836)
中德经济法研究所	(833)	《晋阳法制》	(836)
海南大学特区法制研究所	(833)	《审判实践》	(836)
《中国检察报》	(834)	《上海法学研究》	(836)

的基本特征是:1. 审判组织的简化,采取独任制或独任调查庭和合议庭判制3种;2. 庭审方式的改变,在庭审方式上分为调查庭和公判庭,即便于调查庭独任制,又使大多数案件不开正式庭,以较随便的讯问被告人和询问证人、公证人、律师等完成法庭调查;3. 合议庭评议方式改革,包括由资深者先发言、再计算多数人意见的方法,采取少数服从多数原则,真正实现集体公判;4. 不实行陪审制;5. 可以使用口头定。

(六)关于涉台刑事诉讼问题

随着大陆和台湾关系的改善,两岸交往中刑事案件越来越多,如何解决两岸刑事诉讼的冲突问题,成为我国刑事诉讼立法、司法和法学理论都提出了新的亟待解决课题。一些论著对此进行了初步探讨:

1. 解决两岸刑事诉讼程序冲突的基本原则。一些论著认为,除了必须遵循各自刑事诉讼法的有关规定外,还必须考虑遵循以下原则:第一,维护国家主权统一的原则;第二,坚持平等对待的原则;第三,保障和促进两岸正常交往与合作的原则。

2. 涉台刑讯案件的管辖权。论者指出,在刑事诉讼原则上只适用各地区之内的刑事案件,即刑事案件管辖权的行使范围与刑事法律的运用范围是相互对应的,对刑事案件是由大陆司法机关还是台湾司法机关追诉应以

犯罪地另限。同一犯罪行为跨越两地实施,分别涉及大陆和台湾两地时,应以犯罪结果地管辖为宜;一部分行为在大陆实施,另一部分行为在台湾实施的,应由主要犯罪行为实施地管辖为原则;同一案件中的被害人犯有数罪,有的犯罪在大陆实施,有的犯罪在台湾实施,各地均有管辖权。解决这一问题,应当考虑由已对罪犯采取了强制措施的一方司法机关进行追诉,必要时由两岸司法机关协商解决管辖权。

3. 关于建立两岸刑事司法协助关系问题。学者们认为,为了共同对付严重的跨两岸的犯罪活动,维护双方法制和促进相互交往,两岸司法机关有必要建立司法协助关系。首先,为了统一管理两岸司法协助方面的事宜,可以考虑由两岸各自指定在一司法部门中设立一个专门机构负责办理。其次在司法文书的相互承认和执行问题上,可以由两岸地区按照各自的法律规定,尽可能互相协作,提供方便。关于调查取证方面的司法协助,需要由两岸司法机关进行协商,达成协议。一方司法机关根据查明案情、调查取证的实际需要,可以向对方设立的专门机构提出请求代为进行,对方司法机关应当予以给予协助和合作。此外,海峡两岸制定在刑事司法协助方面的协助内容,还包括采取搜查、扣押等强制性措施以及相互交换刑事法律情报。

(中国法学会诉讼法学研究会、沈文人、王洪祥)

中国法制史学

1991年,中国法制史学界深入开展学术研究,在弘扬中华法律文化,提供历史借鉴方面,取得引人注目的成果。据统计,在《中国法制史》杂志上产生相当影响的专著有10多部,见诸报端与全国各类刊物的重要文章有80余篇,内容涉及中国法制史研究的各个领域,具有相当的广度与深度,反映出本学科最新研究成果和近期的学术水平。现概述如下:

一、开展学术争鸣,促进理论研究

儒们的思想成份,并不能引以为证。

(三)《史记》有关秦朝徭戍“失期,法皆斩”的记载,同《睡虎地秦墓竹简》的规定,有明显相悖之处。按出土秦律,失期罪的主体是官吏而非徒众。徒众失期虽有罚,但不致处死。同样,谪戍失期也无死刑。故陈胜吴广号召戍卒“揭竿而起”,是利用了“苦于秦役”的心理,并不能证明“失期,法皆斩”。

(四)重新评价清末的立宪问题。一些专家学者认