

国外法学参考资料

第 一 辑

(内部使用 注意保存)

1981.6

西北政法学院科研处

国外法学参考资料

第 一 辑

(内部使用 注意保存)

研究生、教师等

西北政法学院科研处

一九八一年六月

说 明

为了适应我院法学教学与科学研究的需要。我们选辑了《国外法学参考资料》第一辑。供教师、研究生、大学生学习参考。本辑资料选自一些内部刊物发表的文章。在此谨向各有关兄弟单位表示谢意。

由于时间仓促，水平有限，错误之处，恳请批评指正。

本资料今后将陆续分册辑印

西北政法学院科研处

一九八一年六月

目 录

现代资产阶级法律观的某些共同特点〔苏〕	(1)
---------------------	-----

经 济 法

关于经济法理论〔苏〕	(15)
传统的国际经济法〔美〕	(25)
国际经济发展法〔美〕	(29)
西方国家“经济法”中出现的新现象	(34)
南斯拉夫关于外国投资的法律	(37)
法律院校学习经济法问题〔苏〕	(54)
苏联财政法的职能和发展趋势	(62)
关于环境保护的法律保障〔东德〕	(65)
国际范围的环境保护〔西德〕	(76)
刑法与环境保护〔苏〕	(89)
欧洲国家签订国际环境保护协定〔日〕	(96)

民 法

比较专利法——国际上的主要专利制度

概述〔美〕	(97)
现代契约法的发展〔英〕	(111)
资本主义国家婚姻及家庭简介〔苏〕	(131)

刑 法

- 刑法上的学派对立：旧派和新派、客观主义和
主观主义〔日〕……………(144)
- 西德刑法的重大改革……………(155)
- 美国刑法中的刑罚〔苏〕……………(158)
- 法国刑法关于犯罪主体的规定〔法〕……………(170)

诉 讼 法

- 关于证据问题〔美〕……………(175)
- 公证审判的保证——证据〔英〕……………(177)
- 英美民事诉讼的法律扶助问题〔英〕……………(192)
- 美国民事案件诉讼程序……………(200)

国 际 法

- 非洲国家与国际法渊源〔尼日利亚〕……………(206)
- 新国家与国际法的关系〔匈牙利〕……………(219)
- 国际公法与国际私法的混合〔美〕……………(242)

法 制 史

- 马列主义和法律的继承性〔澳〕……………(278)
- 中国现代化与法律学……………(282)
- 回顾新中国法学三十年的历史〔国〕……………(262)

宪 法

战后宪法学的特点〔日〕	(288)
-------------	-------

刑 偵 科 技 拾 零

电子计算机指导救火	(301)
电子计算机当侦察	(301)
用激光显现指纹	(302)
米格25与五重塔	(303)
验尸电视机	(303)
奇案一则	(304)
土豆疑案	(305)
蒙特卡罗奇案	(306)

法学的主要流派——自然法学派、现实主义法学派、社会法学派和历史法学派，进行了详细有趣的批判；但是，在转入正面论述时，作者仅限于对法律的功能作了一些不确切地描述，实际上并没有提出任何新的见解。但要说，十年前的英国的那种反映了一种流行的看法，认为美国法学家们不喜欢用科学方法，因而英国的法律理论著作比较少。那么，近年来恰恰是英国出版了许多这方面的专著和文章。美国流行的这种定义是“法学家对法院将作出何种判决的假

① 本文作者P·O·古尔曾博采苏联科学总编室与法律研究所尤什·法科学博士，是俄、俄罗斯共和国的自然科学法庭。

现代资产阶级法律观的某些

共同特点

〔苏〕P·O·哈尔费娜^①

最近几年，出版了不少资产阶级法学家尖锐批评现存的法律观念和流派的著作。著名的资产阶级法学家之一布勒特死后才出版的最后一部著作，一开始就认为，现代法律理论正处在死胡同中，一切都应该从头开始。这部著作对资产阶级法学的主要流派——自然法学派、现实主义法学派、社会学派^②和历史法学派，进行了详而有据的批判；但是，在转入正面阐述时，作者仅限于对法律的职能作了一些不确切的描述，实质上并没有提出任何新的见解。如果说，十年前，英国的康特反映了一种流行的看法，认为英国法学家们不喜欢采用哲学方法，因而英语的法律理论著作比较少；那么，近年来恰恰是用英语出版了许多这方面的专著和文章。美国流行的法律定义是“法学家对法院将作出何种判决的假

① 本文作者P·O·哈尔费娜系苏联科学院国家与法研究所研究员，法学博士，教授，俄罗斯共和国功勋科学活动家。

设”，现在这已成了激烈批判的对象。诸如霍尔姆斯法官、卡多佐法官等美国实用主义法学派的传统权威人士也声誉大降了。

决定资产阶级法律理论发展方向的社会因素

之所以要批判现存的法律观，企图探索新的定义和建立新的理论，是因为在国家垄断资本主义和科技革命时期，国家的职能和法律调整的任务变得大为复杂，社会对其政治制度与法律制度提出的要求更高了。经济不稳定、失业增加、通货膨胀加剧、货币不稳定、犯罪率增高和其它一系列因素，无可争辩地证明，资产阶级国家难于行使自己的职能，国家的立法和执法活动不符合社会提出的要求。剥削阶级的国家与法的本质，以及在存在着对抗阶级的条件下通过维持一定的秩序和满足整个社会的基本需要来保障统治阶级的利益的必要性，决定着必然产生一些共同的矛盾，这些矛盾在现代条件下表现得特别明显。因此，对资本主义社会的法律调整内在包含以下两个矛盾：

第一，统治阶级在取得政权以后，把自己标榜为整个社会利益的表达者，把国家当成整个社会的组织。恩格斯说过：“凡对统治阶级是好的，对整个社会——统治阶级是把自己与整个社会等同起来的——也应该是好的。所以文明时代愈是向前发展，它就愈是不得不给它所必然产生的坏事披上爱的外衣，不得不粉饰它们，或者否认它们，——一句话，是实行习惯性的伪善……。”②

② 《马克思恩格斯全集》，中文版，第21卷，第202页。

这样的外衣也被在法律调整的体系上面。这一点由于下列情况而很容易做到：这个体系由于其环节众多和具有灵活性，就为在法律上宣布和固定那些统治阶级并不打算实行的原则提供了可能，而这些原则在解释法律与适用法律的过程中又可能充满许多直接相反的内容。

法律调整的实际目的与其在立法与司法实践中的表现之间的矛盾，是资产阶级国家与法所特有的矛盾；这个矛盾在帝国主义和国家垄断资本主义时期表现得极其尖锐。出现了一些本来是为了平息社会舆论、表达统治阶级某些小集团的利益而制定的法律，但是，在实际上却被用来达到直接相反的目的。美国所谓的反托辣斯立法就是鲜明的例证。这类立法中最早和最突出的，是1890年通过的《谢尔曼法》，它被许多人称之为“经济自由宪章”。根据这个法律，凡是企图垄断或与他人、或若干人合谋垄断某一个产业部门、州与州之间的贸易或与外国的贸易，都被认为是刑事犯罪。这个法律，同后来在1914年、1933年、1950年和1954年通过的美国其他反托辣斯法一样，是在被垄断资本弄得破产的小私有者的压力下通过的。每个党在竞选的时候，都首先宣称自己是痛恨垄断资本的，并且许诺要消灭垄断资本。可是，反托辣斯立法实际上却促成高级得多的资本组织的产生。美国最高法院的实践就是沿着解脱大垄断资本的责任的道路进行的，同时却又根据这些法律来惩罚企图联合起来同垄断资本抗争的小私有者。五十年代中期以前的许多年里，最高法院就运用反托辣斯立法来反对工会。而现在，反托辣斯立法更被广泛地用来维护垄断资本。

有时，由于被剥削阶级斗争的结果，资产阶级国家在社

会进步阶层的压力下，也不得不通过某些法律。例如，经过长期斗争之后，调整劳动关系、将罢工权等固定下来的法律终于颁布了。可是，与此同时，这些法律在拟订草案和批准的过程中，特别是在适用的过程中，它们的效能却被大大削弱了。某些法律的作用具有“自作自受”的性质：法律条文中规定的某些权利和优惠反过来却使本来应该是其受益者的人们状况严重恶化。例如，许多国家在法律上规定了男女同工同酬，但是，要末因为妇女容忍保留旧有的不平等地位而没有任何结果，要末这引起开除那些要求遵守这些法律的妇女。就连资产阶级书刊也指出，要通过立法手段来医治资本主义的社会弊病是不现实的。法国的德·拉·马涅埃根据许多事例指出，试图限制房租，禁止在合同中写入可能帮助双方当事人逃避货币贬值后果或逃避对老年人优惠等的条件，归根结底是损害了法律声言要保护的那些人的利益。

在立法过程中不得不经常考虑到对抗阶级之间的力量对比，考虑到统治阶级内部各个集团的争斗，以及企图把实质上是反映一个阶级（有时甚至是一个阶级内部的某些小集团）的利益的法律说成是反映整个社会利益的法律，这些情况对资产阶级国家立法的性质都有着重大的影响。这表现在将立法权赋予其使命是适用法律而不是制订法律的执法机关，也表现在建立各种可以不按照法令的内容来适用法令的形式。最终，在这种条件下的立法不可能是统一的、内部和谐一致的、目标明确的过程。许多立法文件是在具体的政治形势下，由于一些偶然的原因，为争取选票而通过的，而远非任何时候都体现出对某种关系进行法律调整的需要。法令的公布往往由于统治阶级中个别集团的反抗而拖延或者停顿

下来。

可以援引美国关于药品许可和使用制度的立法为例来说明这个问题。许多年间，许多组织，包括一些科学组织在内，提出对新药品的检验和批准使用进行整顿的问题；但是，由于药剂商行的反抗，这类法令草案的讨论无休止地进行下去，只是在使用未经检验的药品引起了大灾难之后，才通过了规定生产出售药品必须事先经过检验和接受监督的法令。保护自然资源的联邦立法，也是在许多资源遭到不可弥补的损害之后才得以通过的。

十九世纪末，英国出现了关于合同履行的普通法规定与帝国主义时期的资本主义流转不相适应的情况。在某些情况下，法庭免除了债务人由于履行不能而未履行所应负的责任。而在另外一些情况下，尽管案情往往相类，法庭却又不给予免除。从1937年起，就提出了通过立法来解决问题的建议。1942年通过了只涉及很有限范围的关系并且与战时条件直接关联的法律，到目前，关于这个问题还没有一致适用的法律。同样，至今还没有公布一项规定合同履行中的“抵销”的法律，尽管早在1937年“现行法审查委员会”就认定这样一项法律很有必要。缺少这样的法律，促成实践中出现不稳定和矛盾，造成法庭事实上的专断。

第二，恩格斯在1890年10月27日给康·施米特的信中指出，经济最终决定上层建筑，其中也包括法。他写道：“法不仅必须适应于总的经济状况，不仅必须是它的表现，而且还必须是不因内在矛盾而推翻自己的内部和谐一致的表现。而为了达到这一点，经济关系的忠实反映便日益受到破

坏。”③在现代国家垄断资本主义的条件下，这个矛盾达到了非常尖锐的程度。资本主义经济极其深刻的矛盾，决定了不可能有内部和谐一致的、目标明确的法律调整。这首先反映在立法程序上。立法职能逐渐从立法机关转移到行政机关。例如，直至不久以前还声称“普通法”是法的主要渊源的美国，现在行政法令已明显地凌驾于司法判例之上。法国本来被认为是一个法律占主要地位的古典国家，现在司法判例却开始起到重大的作用。最足以说明问题的是，原来其立法权始终专属于立法机关的财政立法，特别是预算立法，近年来已主要由行政法令组成。

从二十世纪第二个二十五年开始，所谓的“私人立法”出现了，并且很快赢得了牢固的阵地。大商行制订自己的契约一般条件和示范合同，这些条件和合同被看作是法的渊源。在实际业务中，这些规则甚至常常也适用于公布它们的商行并未参与的契约。“私人立法权”的体系已在一定程度上建立起来，也就是说，缔约双方当事人事先就放弃诉诸法院，而同意以双方协议的仲裁方式来解决它们的争议。

“与国家无关的法”

对立法与司法的现存状况的普遍不满，也给法的理论的发展以重大的影响。法律理论尽管乍看起来是多种多样的，但是它们的第一个共同特点就是企图否定国家与法的联系。哪怕是最相对立的派别的作者的著作，都把法看作一种独立的、与国家没有联系的现象。实证主义法学派曾经在某种程

③ 《马克思恩格斯全集》，中文版，第37卷，第448页。

度上把立法与国家的活动联系起来，并且承认法律是法的基本渊源，但是，这个流派却受到一致的抨击。例如，布勒特批评边沁、奥斯丁、凯尔森、哈特等人，说他们把法与道德割裂开来，以适用法律的义务来束缚法官，没有解决“恶法是否应该执行”的重大问题，以及把法看作是与外界隔绝的体系。应该公道地说，布勒特中肯地指出了实证主义理论在阶级对抗社会的条件下是站不住脚的。但是，由于他无视国家与法的联系，也就提不出什么新鲜的答案。

无视国家与法的联系，导致某些观点在目前流行很广，那就是把判例和习惯看成法的基本渊源，而对法律以及现代法的主要渊源之一的行政法令的注意就少得多。企图以法院拥有立法权和习惯作为法的渊源被适用的事实来论证法独立于国家之外，这种努力是建立在对这些现象极其表面的观察上的。当人们试图断言法官并不是在适用国家制订的法，而是在表述源自“自然法”、“正义”、“人民的法律意识”、“人民的精神”的规范时，他们是忘记了司法制度本身是国家建立的，法院是国家机关，法官是国家按照它自己规定的程序任命的，而且法官归根结蒂是代表着掌握政权的那个阶级的意志的。关于习惯作为法的渊源在适用的问题，也应该这样看。远不是每一种习惯都得到法的保护。习惯的适用取决于立法机关、司法机关和行政机关在内的国家机关，正是它们在决定是否承认某一种习惯，换句话说，总是由国家政权的一个相应机关来对习惯进行选择 and 认可。

为了论证法独立于国家之外，人们最近又把法与在国家产生前的社会中起作用的规范，即现在被广泛称为“前法”的规范混同起来。近年来，法律人类学方面的研究大为活

跃，它研究的是民族和部落的习惯、礼仪、民俗和各种行为调整方式，而不注意国家产生以前的各种形式与国家制定或认可的习惯或其它规范之间的本质区别。例如，M·哥尔丁在专门论述法律哲学、探讨法的体系的概念的著作中，一开始就分析了想象中的南海某个岛屿上一个部落的社会生活情况。他的结论是，可以根据以下几点情况来判定法的存在：

（一）存在具有拘束力的行为规则；（二）存在改变和公布这些规则的机关；（三）存在认定行为违反规则的机关；（四）存在保证强制执行这些规则的机关；（五）存在处理个人间争议的机关。不难看出，这里实质上指的是存在某种法律调整的体系。同时，他用一般的术语掩盖了需要解决的一个主要问题，就是：这些机关是否属于某种凌驾于社会之上的力量？是否存在专门的机构来保障这些机关所确定的规则得到遵守？如果所有这些都具备，那么，显然社会已经划分为阶级并且已经有了国家，那怕只是最原始的国家形式。对“野蛮部落”的研究促成一种错觉，似乎氏族制度条件下的行为规则与现代资本主义社会多种关系的法律调整没有任何区别。

M·巴坎在国家产生前的原始社会中寻找可以理解为国际法的東西。他在批判奥斯丁、韦伯和其他实证论者的时候，研究国家产生以前的社会中形成氏族部落习俗的过程，找出这些习俗形成间的有机联系并把它与国际关系相比较。他认为，氏族部落组织和国际关系的体系具有同一结构特征，这就是所谓“无国家的法”。

P·昂格尔在一部最近在美国出版的著作中，把存在于社会中的法的形式分为三种，即习惯法、官方法和法律秩序。只有官方法与国家有联系，它包括由国家机关公布的各

种类别的成文法令；但是法的主要形式是习惯法，它既能限制官方法的效力，也能限制并非由国家决定的法律秩序。

将法溶和于社会规范性调整的体系中

企图将法溶和在社会规范性调整的总体系中，是现代理论的特点之一。法的“多面性”理论产生了。法不是被看作是客观现实，而是被看作“感受到的”、“直观的”、“想象出来的”法等等。自然法理论的各种流派重新活跃起来并得到广泛的发展。法律与法被对立起来，法律被认为是某种外在的东西，而法则包括正义、道德、价值观点等等在内的体系。

苏联书刊业已指出，自然法理论与历史法学派尽管如此对立，但是其基础却是同一种概念，就是：根据历史法学派，法是表现历史传统，即“人民精神”的一种现象，而根据自然法理论，则法是天赋人权。以研究国家产生以前的“前法”形式为依据的各种现代理论，与把法看作是道德、正义等等的表现的各种理论，归结起来，都是将法溶和在社会规范性调整的总体系之中。

法是经国家制定或认可的、反映一定阶级的利益的规范体系，否定法的这一特点的理论，发端于把“法律”与“法”区分开来的久远传统。早在斯多噶派、诡辩派、柏拉图和亚里士多德的著作中，这种理论的出现就有了一定的基础。在阶级对抗的社会中，法律规范并不符合于正义和道德的概念，并不符合代表着被压迫阶级利益、能够意识到社会向前发展、为建立更为公正的制度而必须进行的变革的前途的那些集团的法律意识。如果追溯一下这些理论的发展过程，就

可以确信，在不同的历史阶段，它们都有着实践意义。在这方面，历史法学派与各种自然法流派的重大区别表现得很明显。众所周知，历史法学派是在过去中看到理想，它的建议基本上带有保守性。自然法理论曾一度起过进步作用。例如，在执政官的实践和杰出的罗马法学家保罗和乌里比安的著作中曾广泛地采用自然法(jus naturalis)概念。不应忘记，无论是执政官们的敕令或者执政法庭的判例，还是杰出的法学家的意见，都是被正式承认的法的渊源。因此，对保罗和乌里比安提出的原则，不应仅仅看作是理论，而且应该看作是经国家认可的、如同现行法一样可以用以审决具体案件的依据。

为什么会产生自然法与民法的对立呢？这种对立反映了罗马在严格的古民法规范已经不适应于发达的财产流转的时期中的具体的经济与政治条件。军队中的士兵得到封赏并拥有属于它们的财产。但是，由于他们往往是法外人(personae alieni juris)，根据民法他们就不能拥有、使用和处分自己的财产，这是和现实生活关系相矛盾的。在复杂的经济流转条件下，受主人委托管理财产的家庭成员或奴隶，总是不可避免地要进行各种交易行为。显然，为了避免那些由于适用民法规范而可能产生的不公平后果，实践上便根据自然法产生了家庭成员或奴隶的自然义务和权利的制度。

自然法理论在法国大革命的思想准备中所起的巨大作用是人所共知的。天赋人权理论是进行反对封建特权、争取建立形式上的平等(诚然，这并不包括妇女)的斗争的思想基础。

自然法理论促进了英国资产阶级革命的思想准备。所谓

法官反对派在这场准备中，占有显著的地位。一些思想家们，主要是法学家们，在要求放弃封建剥削形式和使新的阶级——资产阶级——掌握政权的时候，援引古老的盎格鲁撒克逊人的自由。这与英国资产阶级革命总的保守性质有关。与此同时，这些渊源悠久的权利和自由便被作为英国公民不可剥夺的自由而与王权专横相抗衡。

自然法理论在沙皇俄国也得到广泛的传播。阿列克赛也夫、基斯恰可夫斯基、维诺格拉多夫的著作都认为：法不是立法者制定的；不是法律赋予法以力量，而是法赋予法律以力量；不是君王，而只是代议机关才有权立法。因而，把法与法律对立起来，认为法不仅是国家所认可的规范，而且包括以道德、正义等等为依据的行为准则，曾经具有积极的意义。这种作法反映了现行法不能令人满意以及国家无法行使其与共同利益有关的职能的状况。这种理论正是在一个新的阶级正在为掌握政权作准备的关键时期获得最充分的发展。

更足以说明问题的是，在资本主义相对稳定的时期，自然法学派与历史法学派大大丧失了自己的阵地。各色各样把法学研究仅限在对现行法进行研究的实证主义理论得到发展；宣称国家是法的唯一渊源的国家主义理论也应运而生。例如，耶林认为国家以法来自我限制，其基础是清醒地认识到国家的利益，所以，任何时候，只要国家认为必要，就可以不考虑已经制定的法。当资本主义国家在统治阶级看来已经坚不可摧，统治阶级已经不必用“自然法”或“人民的法律意识”等等神话来掩盖自己的统治的时候，国家主义理论便得到广泛的发展。龚布罗维奇把法看作是“国家政权的放射物”。甚至在英国，当边沁和奥斯丁提出的整理和编纂立