



观点新解

韩旭谈律师庭外言论——具有不同于普通公众言论的特点



四川大学法学院韩旭在《法学杂志》2023年第1期上发表题为《庭审实质化背景下律师庭外言论的规制——兼谈律师庭外声明的谨慎发布》的文章中指出：

律师庭外言论属于公民言论的一种。既然律师庭外言论属于公民言论自由权的一种，那么就应受到保障，不能完全禁止律师发表庭外言论。律师的“主战场”应该在法庭，庭外言论应被视为庭审言论的延伸。据此，庭审中对律师言论的规制，也应适用于庭外。但是，庭审中享有的言论豁免权在庭外并不会被豁免责任。这就要求律师在发表庭外言论时具有更高的注意义务，比普通公民的言论自由受到更多限制。

律师庭外言论具有不同于普通公众言论的特点，主要表现为四个方面：监督性和补偿性、权威性和公信力、误导性和煽动性、猜测性和评论性。一方面律师作为普通公民，其包括庭外言论在内的宪法赋予公民的言论自由权应予保障；另一方面律师有自己的利益诉求，存在着滥用庭外言论权的可能。这不仅会损害双方当事人利益，而且对司法权的依法独立公正运行造成损害，不利于提升司法公信力。因此，有必要对律师庭外言论进行规制。(1)律师的职业身份要求其在庭外慎言。通常律师是接受当事人或其家属委托参与诉讼，但是律师并非当事人的代言人或者“传声筒”，律师既要忠诚于当事人，也要忠于事实真相，对法庭负有消极的忠实义务。(2)律师庭外言论较少受到监控。如果律师在庭审中发言明显不当，如提出误导性、诱导性问题，诉讼相对方可以即时提出“反对”的诉讼异议，法官可以当即作出裁决，在确认其发言方式确属不当时可以令其改变发言方式或者停止发言。但在庭外违反规则，缺乏当即处理和惩戒机制。(3)律师庭外言论具有更强的传播力。在自媒体时代，信息的传播速度极快。这一特点决定了律师庭外言论更易掀起“舆论风暴”，律师尤其是知名律师的庭外言论引发的社会舆论有时甚至超出律师的掌控范围，是始料未及的。(4)庭审实质化改革使律师庭上言论对裁判的影响加强。

律师庭外言论应当遵循如下规则：内外有别规则，是指律师在法庭内外发言应有所区别，不宜将法庭内的发言内容在法庭外发表；当事人利益至上且经其同意规则；品格免提规则。律师庭外言论应慎重，品格免提规则应该成为一条底线；禁止过度披露规则，要求律师在发表庭外言论时不要披露详细案情；避免自我炒作规则。律师进行自我炒作不仅涉嫌不正当竞争，还不利于法律职业共同体建设和司法公信力提高；反制规则，其实就是“以毒攻毒”规则；司法主体适度隔离规则。庭审实质化改革背景下，律师应将意见发表在庭内，而不是搞“庭外辩护”。

陈伟谈“逃避侦查或者审判”作为消极要件——与刑事追诉的实质内涵相契合



西南政法大学法学院陈伟在《法学家》2023年第1期上发表题为《追诉时效中“逃避侦查或者审判”的释义学分析》的文章中指出：

刑事案件是否超过追诉期限，既关乎刑事责任能否顺利实现，也牵涉刑事司法程序能否向前运行，在相当意义上，刑事追诉时效系刑事司法的基础性问题。在刑事追诉时效的适用中，案件是否属于“不受追诉期限限制”的类型，相关的争议一直客观存在，来自司法实践适用中的分歧也最大。尤其是对“逃避侦查或者审判”的理解与适用，牵涉刑事追诉时效审查之后所得出的结论，因而，这一问题可谓是刑事追诉时效争论的核心汇聚地，是司法适用中争议最为集中和困惑最为突出之处。

追诉时效具有直接限定刑事责任承担的法定效力，时效期限如何认定作为影响刑事责任的关键环节在刑事司法中占据着举足轻重的地位。追诉时效中“逃避侦查或者审判”作为时效终止的立法表述，需要结合刑事追诉的实质与规则构建的合理性进行释义学解读。“逃避侦查或者审判”叠加于刑事立案侦查或者法院受理案件之后，不应作为积极要件予以理解与适用，否则与时效制度督促刑权力行使的本身不相融合，而且囿于行为人视域的逃避行为方能终止时效，这一结论致使刑事追诉的程序推进受制于外在因素欠缺合理性，同时由于逃避时点和行为类型的非定型化必然带来适用混乱。只有把“逃避侦查或者审判”归于消极要件这一定位，追诉时效的终止适用才是合理且审慎的，也才是遵循罪刑法定原则并护佑司法规范运行的真正落脚点。消极要件是指，在评判“逃避侦查或者审判”的释义内涵时，我们不应过于强调行为人在犯罪之后的积极对抗行为，不需要根据行为人的积极逃避行为及其界定来终止追诉时效，只需要行为人存在犯罪的主观明知与客观外在的逃避状态即可。“逃避侦查或者审判”作为消极要件与刑事追诉的实质内涵相契合，是释义学弥补刑事立法缺陷的体现，可以实现刑事追诉理论与实践的双向对应；不仅可以弥补逻辑周延性的诸多不足，而且较好契合了关联规则的体系考量。

(赵珊珊 整理)

法律文化

殷啸虎 (上海社科院法学研究所)

在中国古代，婚姻诉讼可能是民事诉讼中最多的诉讼之一，尤其是明清时期，仅在各类诉讼戏剧和笔记小说中，就记载了大量的婚姻诉讼的故事。然而，由于这类诉讼基本上都是由州县衙门审理的，因而很少被收入那些重要的案例集中，大量的散见于地方的档案文书中，使人们很难了解其真实情况，以至于在一些法律史的书籍和相关文章中，都是通过援引戏剧小说中的故事来介绍这方面的诉讼。其实，在明清时期的讼师秘本中，就收录了不少州县衙门办理的婚姻诉讼案件，从中也可以了解这类诉讼的大概情形。

讼师秘本是一种“构讼之书”，它通过对大量的州县衙门办理案件的分析和介绍，传授诉讼知识和技巧。现存最早的讼师秘本是明朝万历年间的《萧曹遗笔》《折狱明珠》和《萧曹致君术》等，清朝的讼师秘本，如《法家新书》《刑台秦镜》和《法家惊天雷》等，基本上都是明朝讼师秘本的延续和发展。讼师秘本中收录的婚姻诉讼案件类型有多种，但比较集中的主要是两类。

一是关于争婚及改嫁类的诉讼，这也是讼师秘本中最多的婚姻类诉讼案件。明清时期婚姻关系确立的基本凭证就是媒妁和聘仪，这也是州县衙门处理婚姻案件的主要依据。《大明律》和《大清律例》的《户律·婚姻门》“男女婚姻”条规定：缔结婚姻关系要写立婚书，依礼聘嫁，“若许嫁女，已报婚书及有私约，而辄悔者，笞五十。

从讼师秘本看明清婚姻诉讼

虽无婚书，但曾受聘财者，亦是。若再许他人，未成婚者，杖七十；已成婚者，杖八十。后定娶者，知情，与同罪，财礼入官；不知者，不坐，追还财礼，女归前夫。前夫不愿者，倍追财礼给还，其女仍从后夫。男家悔者，罪亦如之，不追财礼。”但事实上的情形是非常复杂的。黄六鸿在《福惠全书》中说：“夫婚姻以媒妁为凭，亦有虽媒妁而实非媒妁者；以聘定据，亦有虽聘定而实非聘定者。若皆执以为词，吾恐争端所自起，而伉俪亦终非佳偶矣。”

首先，一旦订立婚书，就表明婚姻关系确立，不得随意悔婚。在《折狱明珠》中，就有这样一起“告退亲”的案例：周璠之父与沈任之女桂英自幼定亲，后周璠之父去世，周璠嫖赌倾家，以致“产无寸土，瓦无片留”，沈任当然不愿意再将女儿嫁给他，便将周璠找来，要他写下退亲文书。周璠不干，一纸诉状告到了县衙。县尹认为，沈任逼写退婚书，遣女另嫁，是“坏法乱纪”；纵使周璠没有出息，那也是桂英的命数，并不是解除婚姻关系的理由。因此，拟判沈任徒刑(按照明清法律规定，徒刑以上的案件要报知府以上衙门判定)，桂英则仍判给周璠为妻，而根据法律，沈任的行为属于“再许他人，未成婚者”，依法也就是杖七十而已。

但是，如果已经退婚并收回婚书，那么婚姻关系便不再成立。在《萧曹致君术》中，就记载了这样一起罗光告蓝龙夺妻案：罗光原聘吴中之女吴招使为妻，后又解除婚约，领回聘财，焚毁婚书。吴招使另嫁蓝龙，并生育了两个孩子。后来罗光又去县衙控告蓝龙夺妻，县衙审理后认为，罗光已经焚毁婚书，同吴招使之间已无婚约，现在因自己贫困，想借此讹诈，因此判其杖刑。

当然，如果丈夫长期在外没有音信，妻子可以要求离婚，另行改嫁。清朝的新刻《法家惊天雷》引条例规定：“五年无故不娶及夫逃亡过三年不还者，并听经官给执照，别行改嫁，亦不追财礼。”事实上，并不一定逃亡，只要夫妻分居超过三年，就可以作为离婚改嫁的理由。在《折狱明珠》中就有这样一起案例：朱正娶韩女为妻，婚后夫妻反目，岳母将女儿接回娘家，打了三年官司，最终县判令韩女改嫁，后韩女另嫁他人。八年后，朱正又去县衙告岳母重嫁，县判令韩女归后夫，财礼给还朱正。

此外，虽然法律规定婚姻关系的成立要有婚书及私约，但如果私约缺乏证据，那么是否认可其婚姻关系就要看衙门的认定了。在《萧曹遗笔》中，就有这样一起“告重嫁”的案例：王某父亲生前曾与好友岳大割襟指腹为婚。后王父去世家贫，岳家将女儿另嫁富家张丙为妻。王某不服，去县衙告状。但钱知县认为，当初订婚时并无媒人在场，而且“割襟无字，似难准凭”，但看在王某“贫不能婚”的份上，由被告给其白银十两作为补偿，岳女则判归张丙。

二是关于违律为婚的诉讼。明清法律关于违律为婚的行为规定是很明确的，如同姓为婚、尊卑为婚、居丧嫁娶等。凡是违律为婚的，不仅婚姻关系无效，还要依法追究其刑事责任。例如，丈夫死后应服丧三年(二十七月)，如果丧期未届满就改嫁的，要杖一百，并判其离异。在《折狱明珠》中，就有一起“告匿嫁娶”的诉讼：某人侄子去世后，侄媳新寡，在舅舅主持下，嫁给了吕俊六。某人不忍，要求县衙判其离异。吕俊六则辩称自己对丧期未终之事并不知情。最终县衙依法判令两人离异。

而在明清时期违律为婚类型的案件中最为普遍、同时争议最大的，大概莫过于姨表(姑表)兄妹为婚，即通常所说的中表婚了。在明清时期的小说戏剧中，这类中表婚的情形是非常普遍的，如人们所熟知的《红楼梦》中的贾宝玉和林黛玉、薛宝钗。虽然从《唐律》开始，就明确禁止这种中表婚，但实际执行的效果如何，一直是有争议的。陶希圣在《中国政治思想史》的注释中就认为：“唐初李义府为相，以法令禁止中表婚，此令后定为律，明清律尚存其条文，但实际上，此条文未实行于社会。”而从讼师秘本的记载来看，这类婚姻一旦告到衙门，是要依法追究责任的，并解除其婚姻关系的。《折狱明珠》中就有一起“首亲属为婚”的案例：弟媳将次女许配给自己的内侄，但哥哥认为弟媳的行为违反了“舅姑姊妹，律禁成婚”的规定，向县衙举报。县衙认为，姑表兄弟姊妹之间“律禁成婚”，因此，不仅判其“离异，财礼入官”，而且还“依奸论，拟徒(刑)”。



我与《宪法与民主制度》一书的缘分(上)

进吉林大学法律系开启了大学生涯，从第二学期开始，跟随张光博老师学习宪法。当时围绕宪法修改，张老师结合理论与实践介绍了许多最新的观点，令我感受到宪法与国家民主政治发展的紧密关联，体会到宪法学作为关乎共同体构建、国家治理之学的无穷魅力。1982年上半年，现行宪法的起草与讨论尚在紧锣密鼓的进行之中。在4月宪法草案正式公布之前，许崇德老师与何华辉老师合著的《宪法与民主制度》一书出版。很快，关注宪法修改进程的我就在长春的新华书店，用5角1分钱买到了这本书。这是我学习完第一学期中国宪法课程后完整阅读的第一本学术专著，虽然只有200多页，但这本书对于民主制度的论述是相当体系化的。它体现了人们对于新时期的宪法秩序与民主生活的向往，体现了宪法学人对于人民民主生活与国家制度建设的深刻思考。

2021年获得何华辉法学奖后，我开始系统地重新阅读何华辉先生的著作，但在书架中找不到这本书，我想大概是之前被同仁或学生借走，然后误打误撞地进入了学术漂流的行列。这些年人大法学院形成了一个传统，每年都会收集一些图书馆的老旧书籍、重复图书、教授与毕业生捐赠的图书，统一整理，然后在新生入学后让全体师生自由取阅，令图书“漂流”，这既实现了对学术资源的有效利用，某种意义上也是希望让学术资源及其承载的意义流转，促进并维系我们的学术共同体。

2018年，我的博士研究生钱坤在入学后不久的一次图书漂流中偶然得到这本书，因为他对宪法中的民主概念感兴趣，就把书取回去了。他很快发现这本书上有我的名字，是我大学时代的读物，就默默收藏了起来。

在一次和学生谈及时许崇德老师与何华辉老师的学术人生时，钱坤高兴地提到他藏有我的这本书。虽然他很想留下这本书，在网上又给我买了一本，但我还是要回了带有我笔记的原本。以这样一种方式失而复得，得以回顾自己40年前阅读前辈思想时的心情，我想这也是难得的学术缘分，与两位先生的缘分。这本书的扉页上不仅有我的签名，记录了我购书的情形，书中还用彩色铅笔写下了许多笔记，夹有大量的心得体会。最近又重读了这本书，看到40年前书中记下来的密密麻麻的心得，确实感触很深，两位先生40年前写的书，对于我们思考当代宪法与民主关系仍有重要的学术价值。可以说，是这本书让我走上了学习宪法之路。两位先生的民主思想也通过这本书指引我，让我持续关注宪法秩序与民主制度的规范构建。

(二)

从目前的文献看，本书的具体写作背景、分工以及两位老先生交流等情况并不清楚。根据这

本书的序言、许老师的一些回顾等综合信息看，在1982年宪法颁布之前出版这本书，可能有以下几种考虑。

一是两位先生经历了不同的生活环境，特别是何先生经历了长达20多年的“右派”，对宪法秩序转型期的民主目标与价值有着深刻体验。许先生虽然没有直接受到政治运动的冲击，但对“文革”期间国家民主生活不正常也有反思与思考。基于对国家民主生活正常化，并通过宪法将民主法治化、制度化的学术理想，使两位先生把平时对民主的思考写成一本书。

二是随着实行改革开放，社会主义民主理论的探讨成为20世纪80年代学术界，特别是宪法学界的学术热点。1980年启动宪法修改工作后，结合宪法修改与社会主义民主发展，学界进行了积极的理论探索，为宪法的民主原则确立提供了学理支撑。特别是围绕宪法修改，人民民主理论、民主制度等寄予期待，同时也引发不同的理解与争论。作为宪法学者，两位教授觉得有义务从宪法视角谈民主问题，把书名起为《宪法与民主制度》或许表达作者对民主的独特理解，即宪法学研究的民主是宪法内的民主，民主的宪法化是宪法学者回答的问题。

(文章为作者在2023年3月26日《宪法与民主制度》出版四十周年纪念座谈会上“全过程人民民主”理论与实践研讨会上的发言节选)

《中华民国临时约法》：孙中山的“主权在民”思想

披乱反正。可惜的是，他“出师未捷身先死”。不过，他在南京组织制定的《中华民国临时约法》虽然还存在着许许多多这样那样的缺点和缺陷，但无论如何，从最本质的意义上来看，这份《中华民国临时约法》，始终都是中国第一份提出了“主权在民”光辉思想的宪法性文件。

1911年10月10日，武昌城的一声炮响，中国两千余年的封建帝制，轰然倒塌。而孙中山先生以其一直以来奔走革命的崇高声望，被公推为中华民国临时大总统，从而，在中国五千年的历史中，开创出了一个全新的“民国”时代。

但当时新生的“民国”，却遇上了一个敌人——那个手握重兵的北洋军阀袁世凯，此时正在打着“趁火打劫”的主意。他一面派冯国璋率十万清兵围攻汉阳，威逼武昌的革命党人，另一面却放出风声：如果革命党人能把“民国总统”的宝座让给他，那他便“拥护共和”对垂死的清朝反戈一击。因此当时，许多轻信袁世凯的革命党人，甚至包括许多追随孙中山革命多年的亲密战友，都日聚在总统府里，七嘴八舌地向孙中山施加压力，逼孙中山“让贤”。

为避免战火蔓延，生灵涂炭，亦为了信守自己在宣誓就职时所作出的诺言，孙中山在清帝宣布退位之后的次日(1912年2月13日)，在南京总统府里，宣布辞去“临时大总统”之职，但在即将卸任的前夕，出于一种要“宣示公民之自由权利”“划清政府之权力边界”，并且为未来的民国政府树立起一

个“守法敬法、依法治国”的权力运行规范的考虑，孙中山亦同时作出了一个重大的决定——要促请南京的“临时参议院”制定一部宪法性的文件作为将来民国立国的基础。而这份文件，便是后来那部几经波折才诞生的《中华民国临时约法》。

据许多“辛亥革命”重大事件亲身经历者的回忆，当年，这部《中华民国临时约法》的制定过程，其实真相是这样的——

第一，孙中山发起制定《中华民国临时约法》的主要目的，其实并非只是狭隘地针对袁世凯个人。孙中山的目的，是想为将来所有民国政府要员——不论是由何党派来执政，不论是由何人来当总统——事先建立起一个权力运行的规范结构。这些制度规范，要由一部宪法固定下来，公之于众，并由全体国民监督执政者做到“依宪治国”。

第二，孙中山从来没有“参与”过、更没有“主持、领导”过《中华民国临时约法》的制定过程，他只是行使了他的法定权力，向临时参议院呈交过一份提案。事实上，当时的南京临时参议院在收到了孙中山派人送来的《中华民国临时政府组织法草案》之后，亦“忍受命于政府，有损‘立法独立’之尊严，主张自行起草，不肯接受”。于元年一月三十一日决议，将原案退回政府。此后出台的《中华民国临时约法》，纯属参议院议员自己另行草拟的作品。

第三，孙中山对这部《中华民国临时约法》曾有着诸多不满，评价不高。在国体、政体的问题上，

孙中山一贯鲜明的态度，是想实行“联邦制”和“总统制”，但曾留学日本的宋教仁却极力主张实行“单一制”和“内阁制”。于是，宋教仁在执笔起草《中华民国临时约法》之时，硬是往草稿里塞进了很多内容。例如，他将原先由孙中山首倡的“总统制”改为“内阁制”。而且，他对孙中山力主的“五权宪法”政府以及国民要有“选举权”“创制权”“复决权”“罢免权”这四项参政议政权等思想只字未提。

不过，实事求是地说，这部由宋教仁执笔起草的《中华民国临时约法》在中国的宪法史上还是有一定历史功绩的。这功绩就是：它在中国的宪法和宪政史上，还必须要包括一整套制度设计，而且，良好的宪法还应该是一部“可诉讼”的宪法、活的宪法，而不是一部死的、仅仅是束之高阁的具文。尽管在这部《中华民国临时约法》里面，孙中山的思想并未得到很好的体现，但孙中山的“主权在民”思想，却从此深入人心。

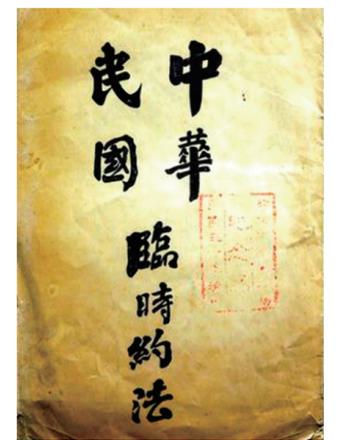
(文章节选自余定宇《寻找法律的印迹(2)：从独角兽到“六法全书”》，北京大学出版社出版)

书林臧否

韩大元 (中国人民大学法学院教授)

(一)

2021年12月19日，我有幸获得首届何华辉法学奖，在颁奖会上，我作了“何华辉宪法的脉络与特色”发言，其中谈到我与何先生的学术缘分，以及何先生学术思想对我的影响。1980年9月，我考



史海钩沉

余定宇

回首过去的一百多年，“宪法”“国会”等法学观念，曾一度成为中华大地上一股汹涌澎湃的社会思潮。那个时候，不仅有康有为、梁启超在讲“君主立宪”，孙中山在讲“共和立宪”，甚至，就连那位一贯视西方的慈禧太后也在兴致勃勃地大讲“预备立宪”。在那种“九地黄流乱注，聚万落，千村狐兔”的“宪政”乱流中，孙中山曾尝试过力挽狂澜、