



华东政法大学

法律史硕士点招生三十周年 博士点招生十周年文丛

三留集

徐永康/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



上海市高校创新团队发展计划资助

华东政法大学

法律史硕士点招生三十周年 博士点招生十周年文丛

三留集

徐永康/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

三留集 / 徐永康著. —北京: 法律出版社,
2011. 8
ISBN 978 - 7 - 5118 - 2303 - 8

I. ①三… II. ①徐… III. ①法学—文集 IV.
①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 139789 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/杨红飞

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/财税出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京彩虹伟业印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/20.25 字数/330 千

版本/2011 年 9 月第 1 版

印次/2011 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2303 - 8

定价:63.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

1981年,经国务院学位办批准,华东政法大学开始招收第一届法律史专业硕士研究生;2001年,又开始招收第一届博士研究生。至今已过去了整整30年,我们为国家培养了244位硕士和180位博士,这一批高层次的法律人才,现分布在全国各地,工作在法学教育、法学研究、法律实务及其他各个领域,为我国的法治建设、理论研究和社会经济发展做出了重要的贡献。

为了纪念华东政法大学招收法律史专业硕士研究生30周年和博士研究生10周年,同时,为了让本专业团队在法律史研究方面的成果保留下来,为以后的学科发展做一些学术积累,经过商议,我们尝试编辑出版三个系列的著作。

第一系列是出版本学科之奠基人王召棠、徐轶民和陈鹏生三位教授的法学文集。自1981年本学科获准招收硕士研究生后,三位教授培养了一批又一批法律史专业的研究生,为学科的发展壮大做出了巨大的贡献。在此过程中,他们著书立说,出版和发表了大量有重大学术价值的研究成果,我们将其收集汇编,以三本法学文集的方式予以出版,在彰显他们业绩的同时,方便读者查阅、引用以及研究。

第二系列是出版自2001年本专业招收博士生以来一直工作在教学和科研第一线的三位中年老师何勤华、王立民和徐永康的文集。华东政法大学法律史博士,主要出自此三位老师的门下。这三本文集收录的有已经出版和发表了的作品,也有部分新创作的论著,虽不是系统的专著,但将分散出版和发表的文章按相关专题汇集在一起,可以为读者阅读和引用提供方便,这既是一个纪念,也是一种学术的积累。

第三系列是出版本专业新人即硕士和博士的论文集。考虑硕士人数比较多,且刚从本科上来,成果不是很多,故这次编集仅收录已经毕业的硕士的论文(主要是硕士毕业论文)。这些论文由于是在学校全脱产的状态下,花费3年时间潜心学习、研究完成的,故基本上具有较高水准,有些已在核心刊物上公开发表。现将其汇编在一起,分为

上、下两卷,取名《法律史的成长》。

本专业的博士,因其学习时间相对较长,且是在硕士毕业之基础上进入博士生的学习,发表成果相对较多。因此,这次收集论文时,不仅包括已经毕业的,也包括了在读的博士生的成果。我们让每位博士选择一篇自己认为比较满意的文章(不管是新作,还是已经发表的文章),予以汇集出版。这些论文基本上都发表在中文核心期刊,有些还是权威期刊上,具有相当的学术理论价值。由于字数比较多,文集分为上、中、下三卷。经过大家讨论,书名定为《法律史的世界》。

这次纪念活动,也得到了本专业博士后流动站研究人员的认同和追捧,他们也希望能够加入进来,有一个展示自己成果的平台。华东政法大学法律史专业自2003年开始招收博士后,至今已经培养了39位博士后(大部分已经出站)。他们每人精选了一篇自己的得意之作,编成一本文集。由于博士后大部分都是跨学科、跨专业的,除了法律史之外,还有各部门法的,以及文、史、哲、社、经、管的,因此,将此文集定名为《法史学与社会科学》。

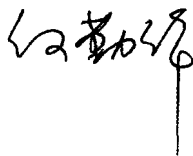
出版上述三个系列12本文集,对我国法律史学科的发展,具有重要的意义。学术要靠积累,也要靠经常性的梳理,而将分散的论文汇编在一起,对学术积累和学术发展是有价值的。到目前为止,在国内学术界,还没有一个学科或专业做过这一工作。而我们这么做,对学说史的梳理和研究意义尤为重要。我们这一代人,年龄尚不算大,完成硕士论文、博士论文,或出版、发表一些论文、文章的时间也不太长,但现在为了做进一步研究,想找一本(篇)出来翻阅查看,有时却发现已经很难,家里找不到,甚至图书馆里也没有。此时,往往会埋怨自己,当初为何不把它们汇编在一起呢?因此,编纂上述三个系列的论文集,史料价值也是不容忽视的。

参与上述文集的整理、编辑、校对的,主要是华东政法大学法律史专业的青年老师和博士生、硕士生,由于他们辛勤的、出色的劳动,使得各个系列的文集能够顺利出版。因为在每一卷的序或者后记中,我们对做出贡献者会有专门的说明,故这里就不再一一列举了。

在华东政法大学法律史专业硕士点招生30周年、博士点招生10周年之际,我们出版12本学术文集,感到十分欣慰。华东政法大学法律史学科这30年的发展,事实上也是我国法学乃至整个社会科学30

年发展的一个缩影,它表明,随着我国经济腾飞、社会进步,学术研究也获得了迅速发展,虽然这种发展中还隐含着不少问题和缺陷,但毕竟我们的学术成长已经步入了正常的轨道。

当然,上述各文集的出版,只能说是向国内学术界同行以及广大读者做出的一份初步报告,我们的研究还在继续进行,文集中如有错误和缺点,也恳请读者诸君批评指正。



于华东政法大学
2011年8月15日

自序

由于一些不愿意说明的原因,本人原来从未有出“自选集”的想法,这次居然只用一个多月就选编出了这本集子,我想,最好的解释应该是借此华东政法大学法律史学科搞纪念活动的机会,向处于开创者地位的三位老先生表示敬意,同时也似乎有点俗气地说句应景话,算是将在他们的教育下其后这二三十年自己的研究情况做个汇报吧。

收入这本集子的全部是本人已发表的作品,按其内容分为三部分。第一部分“岁月留痕”,主要是有关法律制度史和法制现代化方面的文章。第二部分“法思留踪”,主要是法律思想史和法律文化方面的文章。第三部分“域外留声”,是在境外媒体上发表的文章。三部分的文章排列,均以发表时间先后为序,这样庶几可以看出各时期研究关注的问题和写作的大体脉络。除个别字词的订正修改外,余均如其旧。对有些问题的看法,现在显然已与当年写作时不一样了,为尊重历史,仍保持原貌。鉴于冠以个人名字的“自选集”、“文集”这类书名实在不合口味,便拟了一个“三留集”姑做书名。一来与集子中三个部分的三“留”相合;二来也是真实情况的写照:如今大学中任何创一流的口号基本都被传为笑柄,文科中的二流也是常人难以企及的“稀有动物”,做个三流反倒安逸。

在选择文章的过程中,勾起了平时的一些想法,借着这个写序的机会不妨一说。

集子中的第一篇文章《政法改革与执法必严——读报随感》是我首篇变成铅字公开发表出来的“处女作”,如今看来,文既短小,亦无新意,然而竟蒙当年《法学》的编辑和主编不弃,能予选用,这大概是10多年后自己在《法学》月刊社及华东政法大学学报编辑部工作时能比较认真地对待新作者的来稿的一个感情上的原因。要命的是,这篇短文中提到的几个事例,以及这些事例中暴露出来的问题,于今并未绝迹,有时甚至还愈演愈烈。当年那篇文章是刚踏入法学大门的学子面对恢复法制的新气象而对一些错误做法的批评,是充满激情的举动,

如今近30年过去了,“具有中国特色的社会主义法律体系”已基本建成,以“官票”、“党票”和以“罚款”、没收赃款赃物代替刑罚的做法在许多地方却依然存在,“专案组”又登场,法学院的学生还有点评时事的冲动吗?这种文字在今天还有意义吗?

集子中的《现代化与有组织犯罪的新变化》是我删掉后又决定放进去的。这篇文章让我感觉到为文谨慎在任何时候都有不可忽视的重要性。我们经历的这个从事文字写作的年代与上一代相比,是幸运的,一般情况下,很少会发生翻捡过去的文字顿觉汗流浹背、无地自容,恨不得这些文字永远从世界上消失,恨不得学生和子嗣后辈永远不知道自己曾经写下过这些文字的状况。但是,谁又能保证从来没有写过癫狂之作?谁又能保证为了完成发文章指标而写的文字从论点到论据都经得起时间的考验?谁又能够保证从未主动或被动地写过跟风之作?

《现代化与有组织犯罪的新变化》这篇旧文并不带有利益交换的因素,它是那段时间在研究中国古代秘密社会的专题时,结合自己的法学专业针对现实情况所写的,里面具体写了什么内容差不多也淡忘了。这次翻读时才发现,文中举的一个例子是:1997年6月18日发生在四川省甘孜州泸定县的案件,引用的资料来源(《蜀报》1998年11月18日的《泸定“6·18”案的调查与思考》)将这起案件说成是面对乡村恶势力,派出所民警赵林在忍无可忍的情况下开枪自卫又义愤杀人,造成了击毙9人,击伤1人(后也死亡)的后果。印象中这起案件后来有很大争议,一查果然不错,原来引用的报道完全是颠倒黑白。在发表《现代化与有组织犯罪的新变化》一文没多久,《南方日报》1998年10月2日的《生者》一文透露了真相。事情的起因很简单,杨家在村里杂货店里欠了600元钱没还,双方发生争执。杂货店老板就找来赵林帮他出气,赵林骑着摩托车来到正在赶集的街上,用手枪对杨家人进行点射。在街上被当场射杀9个村民,70岁以上的两个,50岁以上的四个,孕妇一个[记者第一次在得妥乡采访时获知,高建美(孕妇)腹部中枪后倒在地上翻滚,抽搐,赵林又在其太阳穴补射一枪],青壮年只有两个。9个人中,只有一个杨老太太手中握有一块沱茶,其他人空无一物,但《蜀报》居然报道说,当地执法环境恶劣,民警开枪是不得已。

如果光是《蜀报》这么登也就罢了,因为这是一家地方报纸,但后来《报刊文摘》作了转载,影响就大了。我的文章当时就是转引了《报刊文摘》的信息,这次选编这个集子,特地查询了这一事件的后续情况,这才知道,《南方日报》记者曾就《蜀报》一文提到的一系列“事实”向四川省有关部门及当事人家属、所在地干部群众咨询了解后获知:《泸定“6·18”案的调查与思考》一文作者未采访过任何死者家属。据死者家属杨术强等人介绍,该作者从未踏足他们村。本报记者前后两次到得妥乡街、联合村、沙坝村、凡云村、马列林调查采访,共走访过上百户村民,均无杨家劣迹昭彰的反映。“地方一霸”的说法从何而来,不得而知。《南方日报》记者前后去当地采访了两次。第二次去的时候已经有招呼不准报道了。于是无法正面报道案情,只能以报道事发后的死者余孤的方法,写了《生者》这篇报道。赵林最后是被法院以故意杀人罪判处死刑了,但《泸定“6·18”案的调查与思考》一文仍称,被害人一家是地方一霸、恶势力,与反动门徒会来往密切。赵林被一审判处死刑,“审判当日,千名群众在外旁听,当高音喇叭里传出审判结果时,许多群众当场恸哭失声。从第2天开始,康定、泸定一万多名群众自发签名要求保全赵林性命”。《南方日报》记者后来在康定、泸定再次调查、采访时,获知签名活动系个别人有意为之,而且因为签名者少,签名活动不得不于当日下午草草收场,记者还找过一位负责签名活动的某机关工作人员,但他否认自己搞过这一活动。“一万多名群众自发签名”不知从何而来。^①

我之所以要大段引用这些资料,是因为我在选编这篇文章时,查到这些资料,脑子里瞬间一片空白。老话说“笔能杀人”,我虽不是有意为之,但这件入选“中国当代十大冤案”的“枪杀十村民公安败类,差点成为‘除霸英雄’”的事件,在我的文章中的确是极其错误地被引用来证明文章观点的。那些农村中的人不会看到这篇文章,也许看到了也不会来追究谁的责任,但我们内心能不愧疚乎?连带着,凭借目前对历史的了解和对许多事件新的理解,《现代化与有组织犯罪的新变

^① “11月8日中国记者节”,载《时代信报》2005年11月8日, <http://news.sina.com.cn/c/2005-11-08/17358246263.shtml>。“中国当代十大冤案”,载 http://club.china.com/data/thread/5688138/245/28/78/0_1.html。

化》一文对有关“科索沃解放军”和“主神教”、“被立王”等的资料引用,有可能都是有问题的,至少我们获得的信息尚不足以能支撑这些论据。我愿借这个机会一面自省,一面清晰地表达我的这个观点,不管是有意还是无意,盲目地接受别人给予的信息和观点,再去炮制文章,不仅害己,也会害人,这是下笔时或如今在键盘上码字时必须时刻警惕的。

集子的第三部分“域外留声”全部选自在香港《镜报》月刊发表的文章。自20世纪90年代中叶给这家刊物写稿以来,前后写了10多年,开始是“大陆动态”栏目,后改称“神州动态”。我的那些文章都是对大陆法制发展情况的介绍和点评,应当说,这种形式的合作是“双赢”的,在我这里,一开始不仅有了一块固定的发稿之处,而且更有写稿的自由感,最近几年随着《镜报》月刊在内地销售点的增多,一些言论可以“出口转内销”的结果也是让人高兴的。只是这两年来,香港媒体的变化很明显,特别是这些点评能够达到的实际效用也让我逐渐怀疑起来。比如,差不多10年前我写过一篇《应该废止召开“公开逮捕大会”的做法》的文章,后来记得针对各地出现的类似做法又深入分析过,网上也可看到,随着法治观念的传播,网民对此已由叫好声居多变为以批评声为主,但仍有官员不顾法律、不憚輿情、乐此不疲地举行规模浩大的公捕公判仪式,最新的报道是,2011年4月12日在湖南省祁东县政府广场举行了公捕大会,对绰号“猴子”刘某为首的犯罪团伙70余人公开宣布逮捕,现场共有2万余名群众参加出席。^①其他事例就不一一列举了,对这些现象的评论有时甚至有了“审丑疲劳”的感觉,而且这种“丑”已越来越没有边界,一个正常的人完全会因此出离愤怒的。可许多离奇的事情会一次又一次在我们身边发生,许多背离30年来一直在普及的法律知识甚至是做人的一般常识的行径会一遍又一遍挑战我们的心理底线。我们的教育当然还有许多不足,但当人们已经明白了道理,但面对践踏法纪纲常的强势者却不敢坚持正确观点的时候,那已经不是教育的问题了。我有时不得不去想:还有没有必要继续写下去?我们现在批评的现象、论述的观点有多少是新鲜

^① “湖南祁东两万人出席公捕大会”,载 <http://news.163.com/11/0412/14/71EQPDN60001124J.html>。

的？前人没有做过这些工作吗？为什么今人如此健忘？我们一遍遍重提几十年前、百多年前的话题，到底是为什么？

由上述这些情况引发出另外一个话题，那也是我经常在思考的，就是现在的读书人、教书匠、研究者到底为什么写文章？现在这些文章在多大程度上还能创造思想、启蒙后学、纠正时弊、接续文化？如果写论文仅仅或主要是为了应付考核换取各种待遇和名誉，那还有意义吗？根据英国皇家学会 2011 年 3 月 28 日的报告，中国的科研论文产出数量已居世界第二位，很快将超美国。但我国的科研实力又居世界第几位？特别是在人文社科领域，有多少创新性的研究成果？这些成果和已获认可的人类先进文明在多大程度上能优化我们的社会和改善我们的物质及精神生活？

我们在研究历史，我们在书写历史，我们本身也构成历史。是的，我们每一个人都应该想一下，我们为后人留下了什么？我们应该给后人留下什么？

徐永康

2011 年 5 月于华东政法大学

目 录

岁月留痕

政法改革与执法必严

——读报随感 / 3

对我国人民民主法制的思考 / 5

努力建设具有中国特色的法学新学科 / 10

简论界定法学新学科的标准 / 16

法学新学科的命名问题 / 20

十年来我国法学新学科发展的回顾与前瞻 / 27

反腐败:全球跨世纪的课题 / 35

中国百年宪政梦的追寻 / 40

现代化与有组织犯罪的新变化 / 52

《唐律》“十恶”罪刑研究 / 60

交汇与融合:中国法制现代化的主旋律 / 68

中国宪政之路特点考察 / 80

和谐社会与法律的制度安排 / 100

“法律”形式的泛化和法律权威的弱化

——基于我国历史与现实的考察 / 109

我国选举制度的演进与滞碍 / 120

传统司法之弊与司法改革之困 / 129

士人精神与社会治理方式的演进 / 141

法思留踪

傅玄的法律思想 / 155

法理基础课应率先改革 / 162

- 浅评维辛斯基法律理论 / 169
- 嵇康法律观探析 / 175
- 孔子思想与 21 世纪中国法治 / 180
- 邹容、陈天华的民主与法律思想 / 188
- 20 世纪中国法律虚无主义思潮述评 / 201
- 全球化与多样性:法律文化发展的趋向 / 219
- 中国背景下的和谐社会建设
——从法文化的角度考察 / 229
- 公域与私域:两种不同的进路
——对传统法文化现代价值的思考 / 237

域外留声

- 中国何时能有自己的民法典 / 247
- 第三只眼看《立法法》 / 251
- 应该废止召开“公开逮捕大会”的做法 / 255
- 公民知情权应成法定权利 / 259
- 从一则公告看提高法治的技术 / 263
- 网络舆论:推进中国法治的重要力量 / 266
- 选拔干部使用测谎题内里乾坤 / 270
- 代表委员的议案建言应提高质量 / 273
- 2007:中国死刑的转折点? / 277
- 应当依宪保障公民权利 / 281
- 不应过分强调立法的宣示作用 / 284
- 公权力异化是法治之大敌 / 287
- 善政亦需符合法理 / 290
- 法治必须伴随媒体的开放 / 293
- 公民批评政府的权利何以悬空 / 296
- “绿坝”黄了? / 299
- 中国县域治理的困局与出路 / 302
- 总结和遵循法治的基本规律 / 305

岁月留痕



政法改革与执法必严

——读报随感

由于学法律的缘故,对有关法制的宣传报道也多留了一份心。经常翻阅,多少发现了一些问题。比如,现在正抓紧制定各方面的法律,以健全社会主义法制,这无疑是对的,但如何使已有的法律切实实施,却是全党和全国人民普遍关注的问题。就刑法来说,生效已经3年多,可是对某些案件,就是不能做到有法必依。姑从寒假中阅报所见,摘几例为证。

例一:1月28日某报载,“北京市税务局第五分局对北京手表厂严重偷税的问题依法进行严肃处理,除对所偷税款限期补交入库外,还处以两倍的罚款,维护了国家税收法令。”根据事实作这样处理,无疑是对的,但据报道该厂一些领导干部“无视国家法纪、破坏财经制度……从1981年5月到1981年年底以非法手段共偷税款85万元,占应纳税款的92.4%”。“偷税数额之大,性质之严重,手段之恶劣,是新中国成立以来在北京市国营企业中所没有的。”既然如此严重,为什么只重视经济处罚,而不根据《刑法》第121条“违反税收法规,偷税、抗税,情节严重的……对直接责任人员,处三年以下有期徒刑或者拘役”,进行处理呢?

例二:几张大报都在2月1日刊载,黑龙江省伊春市中级人民法院审理一起重大倒卖木材受贿贪污案。主犯张继伟被依法判处有期徒刑15年。省委经过讨论,决定给予与此案有牵连的伊春市委副书记、副市长张明轩(系主犯之父),市委常委、副市长张成国(系主犯之叔祖父)撤销党内职务、留党察看的处分,并建议撤销他们的副市长职务。此二人是如何“牵连”的呢?原来他们除滥用职权,徇私枉法,给张继伟批了大量木材外,张明轩还在知道主犯的部分罪行后,“为其转移赃款,出谋划策,进行袒保包庇”。这就不是违反党纪、政纪的问题了。试问,如果他们既非党员,又无官可撤,是否就不必承担刑事责任?

例三:2月5日两家大报同时登载工程师韩庆生所谓受贿案得到纠正的报道,据报载:“1981年5月底,武汉仪器厂党委主要负责人组织了韩庆生专案组,对该厂参加这项工作(指应聘业余为社办农机厂进行技术指导)的三位工程师进行了审查,宣布韩庆生、陈焕章、龙万明停职反省,并非法拘禁了韩五天、陈七天。”我国《刑法》第143条明文规定:“严禁非法拘禁他人,或者以其他方法剥夺他人人身自由。违者处三年以下有期徒刑、拘役或者剥夺政治权利”,韩的“受贿案”是纠正了,为什么对那些在刑法生效后仍用专案组非法拘禁公民的人,不予追究呢?

例四:某报2月6日报道,江西赣州地委严肃处理定南县委农工部副部长李芳桂违反国家林业政策,助长乱砍滥伐歪风,使森林资源遭到严重破坏的事件,决定撤销其农工部副部长职务并开除党籍。据报道李芳桂其人在带领工作组查处严重毁林案件时,不但不认真查处,还继续批给木材外运出售,擅自把国有的数千亩山林划归蔡阳大队所有,结果使这片山林被一砍而光,造成定南县历史上罕见的一次森林资源大破坏。同是这个李芳桂,还“利用批木材指标,贪污受贿1100余元,并以木材为交换条件,低价购进走私电视机、录音机共96部,随意定价卖给县委一些部门和个人,从中牟利”,对此,有关部门已决定没收李受贿的“赃款赃物”。对这一系列的犯罪行为,以“官票”、“党票”和没收赃款赃物就能代替国法吗?

从1月28日到2月6日不到10天的时间里,就在报纸上随手撷拾了这些事例,但愿这是自己理解上的错误或是报道中有所遗漏。不过在改革声中,有法必依,违法必究,执法必严,总不失为政法战线改革的方向吧。

(原载《法学》1983年第5期)