

《百年中国》丛书主编

韩天雨

张新安

法律省思

百年

林乾赵晓华

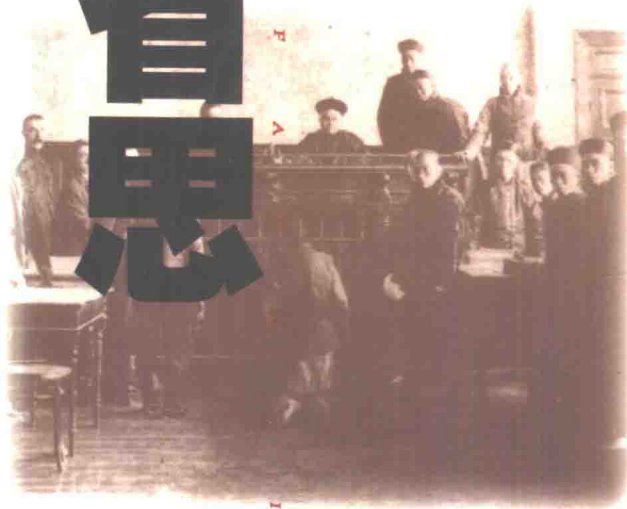
Lin Qian

Zhao Xiaohua

[著]

● 在困境中步入近代的法律(上) ● 在困境中步入近代的法律(下)
● 法律对权力的约束 ● 法律的进步和蜕变 ● 曲折中的前进 ● 停滞的十年——凯歌行进的时代 ● 治国安邦之法——宪法的发展历史

程 ● 重塑达摩克利斯之剑——刑法发展历程 ● 正义和公平的求索刑事司法发展历史 ● 构筑官民间的天平——行政法立法进程



中国经济出版社



BAINIAN
ZHONGGUO
1901-2000



BAINIAN
ZHONGGUO
1901-2000



BAINIAN
ZHONGGUO
1901-2000



BAINIAN
ZHONGGUO
1901-2000



BAINIAN
ZHONGGUO
1901-2000

《百年中国》丛书主编

韩天雨 张新安

法律省思

百年

林乾
赵晓华

〔著〕

中国经济出版社



BAINIAN
ZHONGGUO
1901-2000

百



BAINIAN
ZHONGGUO
1901-2000

年



BAINIAN
ZHONGGUO
1901-2000

中



BAINIAN
ZHONGGUO
1901-2000

国



BAINIAN
ZHONGGUO
1901-2000

图书在版编目(CIP)数据

百年法律省思/林乾著. - 北京:中国经济出版社,
2001.1

(百年中国丛书/韩天雨、张新安主编)

ISBN 7-5017-4934-5

I. 百… II. 林… III. 法律 - 研究 - 中国 - 现代
IV. D929.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 09190 号

百年中国丛书

百年法律省思

林 乾 赵晓华著

*

中国经济出版社出版发行

(北京市百万庄北街 3 号)

邮编:100037

各地新华书店经销

北京艺辉胶印厂印刷

*

开本:850×1168 毫米 1/32 12.75 印张 242 千字

2001 年 1 月第 1 版 2001 年 1 月第 1 次印刷

印数:5000 册

ISBN 7-5017-4934-5/Z·702

定价:25.00 元

献给跨过 21 世纪门槛的朋友 (代序)

我们有幸在 20 世纪的怀抱里，~~正活~~并迎接 21 世纪。在 20 世纪就要向我们告别的时候，作为出版工作者，我们很想把深深的眷恋记述下来，于是有了编一套“百年中国”丛书的想法。

1999 年刚入冬的日子，我们邀集了二十多位各方面的专家，请他们一起来研讨“百年中国”丛书怎么个写法。我们知道有很多作者和出版者盯着这个和 20 世纪挥别、跨过 21 世纪门槛的时刻，如果我们的书没有独到的特色，就会被淹没。所幸我们请到的专家是一流的，他们深谙自己研究的领域。但他们多数人都认为，这套书要写的内容跨度太大，史料太多，一百年中有那么多惊天动地的事件和叱咤风云的人物，硬是压缩在二三十万字之中，如何取舍？况且这些人物和事件中有不少是眼下的读者

比较熟悉的，不容易写出新意。三天的时间里，大家一边讨论，一边思索，终于统一到一个看法上：这套书不但要写，而且一定要写好，否则愧对我们的民族和人民。有的专家说，中国这一百年，留下的是人民奋斗的足迹，民族振兴的鼓号，精神升华的旗帜。我们纵然有太多的风雨和忧患，但这些都将变成怀旧的思绪，而我们翘首下一个世纪时，我们的心滚烫而充满期待。

我们定下的 20 来个题目中，从政治、经济到音乐、考古，如果都想写成一种模式，肯定是不好看。我们希望专家们以史为线，各展其才，精雕细刻，力争出彩。中国的历史不知多少人写过，或正在写，但对同一件事或同一个人，不同的作者有不同的视角，有不同的感受。我们在构思这套选题时，曾浏览过不少记述近百年的书，其中不乏佳作，但也屡见有的作者匆忙，有的作者肤浅，有的作者是做了学问丢了读者，束之高阁，无人问津。我们出书是为读者服务的，如果我们的书也落下无人问津的结局，我们何必耽误专家们的时间。有的专家认为，这套书应该是普及读物，而不是

前 言

本书以六大法律为核心，对法律及其相关问题做了一些探讨，如法律与道德、法律与权力、法律与政体、法律近代化等等。力图揭示近百年中国法律文明的演变、发展及其规律。

本书在注意总结百年法律成就的基础上，对法律的困境、误区、教训着墨颇多。我们认为，法律既是人类文明发展到一定阶段的产物，同时，更重要的是：法律是人类文明进步的重要标识。几乎人类所取得的所有成果，大者从社会变迁、制度递嬗，小者到一项发明创造等等，均有赖于法律的肯定与保障。但是，法律不同于历史，它并非被动地接受某种现实，而是在对现实加以某种规定的基础上，调整某种现实（包括各种关系、要素），也可以说，在上层建筑的所有要素中，法律处于优先甚至核心的位置。

就法律的调整对象而言，也随着时代的变化而变化。我们认为，在传统社会中，法律作为统治者手中的“治具”，其工具的性质十分突出。无论是中国或外国，都是如此。此一阶段，法律所表现出的面目是

残酷的，甚至有些狰狞，因此令人生畏。进入近代以来，人类从黑暗的中世纪走出来，法律逐渐向人类文明的捍卫者的角色靠近。以我个人的理解，这主要有二点：一是对各种政治团体及政府的行为进行法律规范，换言之，任何个人、任何团体都不能凌驾于法律之上，都必须在法律规定的范围内活动；二是将民众的权利如何落到实处。不能左手予之，右手夺之，而应该按照法律之本——宪法的要求，将属于民众的权利归还给民众。当然，这种角色的转变还远没有完成。因此人们呼唤法律，呼唤法律所具有的社会正义。是否可以说，法律在一个社会中的地位，可以大体透视这个社会的文明程度呢？

法律从统治者手中的“治具”，向最广大阶层的回归，使法律获得了革命性“解放”。当然，这一过程十分漫长，行进也颇为曲折。由于各个国家、民族的差异性，使得法律也表现出多样性。但是，既然法律是人类文明的坐标，那就有许多共性。这些共性是作为人类文明的成果或载入史册，或供人类共同遵循。我们既反对模式化，也反对过分强调差异而忽略共性。

本书由林乾、赵晓华二人合作完成。其中前四章即清末变法修律至中华人民共和国成立前部分由林乾撰写。1949年以后由赵晓华撰写。

林乾于中国政法大学

2000年11月1日

目 录

一、在困境中步入近代的法律(上)

- 1. 法学家的死亡之旅/003
- 2. “治外法权”在中国/015
- 3. 中西法律的汇演及较量/030
- 4. 修律第一篇——废除重法/043

二、在困境中步入近代的法律(下)

- 5. 法律对道德的独立诉求/061
- 6. “无夫奸定罪”大辩论/066
- 7. 法律近代化的曲折历程/078
- 8. 辩护士——律师制引进的争执/090
- 9. 经不起“宪政考验”的王朝/101

三、法律对权力的“约制”

- 10. 《约法》约束不了个人野心/115
- 11. 为司法独立鼓与呼/131
- 12. 民主的演习与宪法的“祭坛”/140
- 13. 枪炮下的“选举”和“帝制自为”/152
- 14. 法律的继承与“创新”/157

四、法律的进步和蜕变

- 15. 从“训政保姆”到“政治保姆”/167
- 16. 法律、人权与“党治”/175

- 17. 六法体系的形成与完善/184
- 18. 民法典的编纂及成就/191
- 19. 律师制度的确立与发展/198
- 20. 法西斯化的特别法/205

五、曲折中的前进

- 21. 民主法制建设的新开端/213
- 22. 摧毁旧法——废除《六法全书》/215
- 23. 严厉“打虎”——“三反”、“五反”运动/218
- 24. 司法改革运动/222
- 25. 改造罪恶——处置日本战犯/225
- 26. 遭遇曲折——反“右”斗争中的法制建设/228

六、停滞的十年

- 27. “砸烂公检法”/233
- 28. 颓废的法律/235
- 29. 失常的审判/237
- 30. 共和国最大冤案——刘少奇之死/240
- 31. 元帅之死——贺龙冤案/244
- 32. 真理的追求者——张志新案/246

七、凯歌行进的时代

- 33. 历史的审判——审判林彪、江青反革命集团/253
- 34. 人治·法制·法治/268
- 35. 辉煌前进——社会主义市场经济法律体系的确立/274

八、治国安邦之法——宪法发展历程

- 36. 《共同纲领》——新中国宪政之基/287
- 37. 辉煌的开端——共和国第一部宪法/291
- 38. 历史的倒退——1975年宪法/296

- 39. 前进中的恢复——1978 年宪法 / 300
- 40. 开创宪政新局面——1982 年宪法 / 303

九、重塑达摩克利斯之剑——刑法发展历程

- 41. 千呼万唤始出来——1979 年刑法的诞生 / 315
- 42. 重塑正义——1997 年刑法典 / 318
- 43. 迈向进步——刑法的基本原则 / 321
- 44. 法律理性的与时俱进 / 325
- 45. 无限防卫——法律捍卫正义 / 329
- 46. 惩治蠹虫——贪污贿赂罪 / 332
- 47. 惩治单位犯罪 / 334
- 48. 清除黑色浊流 / 337

十、正义与公平的求索——刑事诉讼法发展历程

- 49. 姗姗来迟——1979 年刑事诉讼法 / 343
- 50. 再塑正义——1996 年刑事诉讼法 / 347
- 51. 走向合理——无罪推定原则的确立 / 348
- 52. 告别收容审查 / 353
- 53. 由“纠问式”走向“控辩式” / 357
- 54. 免诉制度的产生与废立 / 360
- 55. 自侦案件与自诉案件 / 364
- 56. 你有权保持沉默吗？ / 368

十一、构筑“官民”间的“天平”——行政法立法进程

- 57. “民”亦可告“官”——《行政诉讼法》的诞生 / 375
- 58. 法律的“补偿”——《国家赔偿法》 / 379
- 59. 推动依法行政——《行政处罚法》 / 383
- 60. 状告“红头文件”——《行政复议法》 / 385
- 主要参考书目 / 391

在困境中步入近代的法律(上)

- 法学家的死亡之旅
- “治外法权”在中国
- 中西法律的汇演及较量
- 修律第一篇——废除重法

1. 法学家的死亡之旅

1900 年的最后几个月,对于法学家、刑部尚书赵舒翘而言,确实称得上是“死亡之旅”。

这一年的 8 月 14 日,当八国联军的枪炮声由远及近,逼视京师时,慈禧太后正策划如何躲过这场事关社稷倾覆的浩劫。这位年近七旬的太后,降纡屈尊,一连五次召集军机大臣等朝廷重臣,议定西逃之事。当她第五次召见时,已是亥刻时分,御前大臣们均已散值回家,只有刚毅、王文韶、赵舒翘三人当班在值。大清危疑之际,臣子们却无影无踪,慈禧太后大为不悦,愤愤地说:“只剩尔等三人在此,其余都回家去,置我母子不管。尔三人务须随驾同行。”是的,食朝廷俸禄的人,平日里“忠君报国”挂在嘴上,今天怎么不能“共患难”呢?慈禧抬头看了一眼年逾古稀的王文韶,让这位满头银发的糟老头“扈驾”,心中有些不忍,于是有气无力地对王文韶说:“尔年高,吃此辛苦,我心不安。尔可随后赶来。刚毅、赵舒翘素能骑马,必须同行。”^①

一切都在这三言两语中决定了。赵舒翘被绑在了先是逃亡后是死亡的战车上。第二天,在为数甚少的大臣中,赵

① 杨典诰《庚子大事记》,载《庚子记事》94 页。

舒翹是品级最高的一位。

赵舒翹随着逃亡的队伍,向着他的家乡走去。他是陕西长安县人,1848年出生。他的少年是在贫寒而又砺学的日子中渡过。由于双亲去世很早,他的早年岁月凄苦中透着孤独。1873年中进士后,授刑部主事,师从先辈乡贤、法律大家薛允升。据《咸宁长安两县续志》记载:“当是时,同邑薛允升为本部郎,精法学,卓卓无伦比。赵舒翹以邑后进随允升后,公余问业,昕夕不倦,薰浸磨琢,名誉鹊起,几与允升埒迨”。师从名家,对大清法律的精研,终于使赵舒翹在难以立足的刑部站稳了脚,并在平反光绪年间四大冤案之一的河南呼冤案中,一鸣惊人,让朝野侧目。

该案起于1879年。河南镇平县张楼寨职官张肯堂家被劫,抓获劫首之一胡体安。经胡贿赂,县捕头刘学泰将胡释放,另以农民王树文冒名顶替,以图结案。按照清朝逐级审转的司法体制,该案经南阳府知府伍恺、豫省按察使麟春审结无疑,由巡抚涂宗瀛具题。1881年8月,涂接刑部咨文,率按察使司、开封府暨祥符县官员,亲提罪犯,绑赴市曹处斩。开刀问斩时,罪犯呼冤,声称自己不叫胡体安,真名乃王树文,系受差役蒙骗,冒名顶替胡体安。按照大清朝法律规定,临刑呼冤,必须停刑,重新审理案件。于是,此时的河南巡抚李鹤年,东河总督梅启照受命先后审理此案,但两人虽明知罪犯确为无辜之王树文,真犯胡体安早已逸走。但是,为庇护属员,仍坚持要处斩王树文。1882年,经刑部奏准,著李鹤年将全案人证、卷宗派员解京,交刑部研审。时年34岁的刑部郎中赵舒翹负责审理此案。赵舒翹经数月研鞫,始得实情,并欲将草拟的平反奏疏直达天听。这

时，李鹤年派手下一位道员入京疏通，该道员原是刑部尚书潘祖荫的“门下士”。潘尚书不免顾忌，几次将赵拟的奏稿毁掉，“仍依原臬上奏”。^①赵舒翘没有顾惜上司的“面子”，奋而力争说：“舒翘一日不去秋审，此案一日不可动也。”次年二月，由刑部、都察院、大理寺“三法司”会审，该案终于平反。李鹤年、梅启照等被革职。其他官员或被革职发往军台效力，或被议处，王树文杖一百，徒三年。^②赵舒翘以办案有力被升为员外郎。

长久以来，帝国的审判制度实行“逐级审转制”。即从州县至府到按察司而督抚，最后达于中央刑部，逐级向上呈报。每一级别并非“例行”公事，而是比照《大清律例》进行判拟。这种制度表面看来慎重民命，但一成定臬，即使再大的冤狱也难以平反。因为从州县到督抚这些封疆大吏，都是一线相牵：荣则俱荣，损则俱损。每一环节出了问题，都与他们仕途升降痛痒攸关。

另一方面，不管《大清律例》多么“完善”，都给各级衙门“任意轻重”留下广阔空间。因为“案无限而例有限”，即使帝国订立了几千条判例，但相对于每年成千上万个案件而言，仍远远不能“对号入座”。更何况，每一个案情，可以说是千差万别，以有定之法条怎么能适应无定之案情？于是，“人治”因素仍在案件审决中发挥相当大的作用。因此，“有理无钱莫经官”与其说是一种“信条”，勿宁说是一种无奈，无奈中透视的是一种更大的悲哀。

① 李孟符：《春冰室野乘》卷中。

② 苏华：《光绪朝河南呼冤案述论》，《历史档案》1991年1期。

李鹤年的一品红顶戴被革去后,大为自己呼冤,并上奏清廷,指责刑部判决有误,朝廷惩罚不公。他说:“刑部将王树文改为徒罪,臣窃为纲纪惜者,敬陈之。查王树文一犯,为胡广德看守衣服,时年已十八,与十五岁以下无知被诱者不同,更与良民被掳上船为洋盗服役汪洋大海脱身无路者迥异。例载,把风接赃等犯,虽未分赃,亦属同恶相济……果若王树文不甘为盗,则看守衣服之时即当逃避。即不逃避,即是甘心为盗,非同恶相济而何。……至于胡体安之有无,于王树文罪名无关出入。即另有其人,亦无解于王树文之听从上盗。若该犯年纪尚小,程孤堆与之同岁。程孤堆、王牢(老)么皆已骈首伏诛,而该犯仅科徒罪。幸奉旨不准喊冤,否则竟为无事之人矣……而臣兹所虑者,诚恐此案宣布,中外问刑衙门不能详加体察,误会怀疑,于承审盗案无所适从,必至变本加厉,任意重轻,动为开脱,将盗风益炽,宪典何存?关系殊非浅鲜……。”^①清朝法律中确有漏洞,因为王树文“代盗看衣”,“例无治罪专条”,而程孤堆就不一样,“把风接赃”载入明文,因此,尽管二人所犯属同一性质,说来说去,还是王树文徒三年而程孤堆处死刑。

法律本身的不完善,律例固有的模棱两可,加上执法者的任意轻重,怎么能避免冤狱频生呢?时人曾提出发人深思的问题:“如王树文之冤者岂只一人?……临行呼冤者有几人乎?即或有之,刑部能逐案提京而亲鞫乎?”^②

与成千上万“瘐毙狱中”的犯人相比,与无数个程孤堆

① 《光绪朝东华录》(二),1519页。

② 《光绪朝东华录》(二),1521页。

相比，王树文是“幸运”的。他的“幸运”来自最高统治者——慈禧对本案自始至终的关注，他的“幸运”还来自遇到了像赵舒翘这样的“舍得一身刚”的“清官”。

此后的赵舒翘，仕途颇为顺遂。凤阳知府、浙江温州道、按察使、布政使、江苏巡抚，十年间他已是身肩封圻的二品大员了。1897年，他回到了最熟悉的刑部任职侍郎，一年后成为“当家刑部”，升任尚书。又是一年，赵舒翘入值有象征意义的清廷最高权力机构——军机处，进入了当时士人所能达到的最高“境界”。刚过知天命年轮的赵舒翘改号“慎斋”，他告诫自己：宦海沉浮当知慎，慎始慎终，才有完美的归宿。

可是，他生不逢时，他乘上了一艘在风涛骇浪中挣扎行驶的破旧大船。海浪即将吞噬这条旧船，他又何能自免？！

那是一个令人振奋更让人悲哀的日子。赵舒翘的命运同大清帝国的命运一样，在这个不堪回首的庚子（1900）年发生了转弯。

1900年5月27日，义和团占领涿州后，焚毁了刚刚修建的高碑店至琉璃河间的一百余里铁路，并烧掉各处车站。团民有三四百万人之众。慈禧命军机大臣刚毅、赵舒翘前往查验义和团是否可用。但因刚毅单独前往，赵舒翘遂与顺天府尹何乃莹同行。何原是刑部司员，人颇干练，二人回京后，都认为团民不可恃。何还为赵拟就一折，分析利害，十分透彻。但赵舒翘因为进入军机处是刚毅所荐，所以踌躇不决。并说“上折太着痕迹，不如面陈为妥”。历练中外的赵舒翘深知：义和团是个非常棘手的事，处理不好，会招来大祸。因此，他颇有心机地先后向荣禄和慈禧讲了义和