

刘宪权 主 编

Huazheng

Faliu

Pinglun

Huazheng

Faliu

Pinglun

Huazheng

Faliu

Pinglun

华政法律评论



第 2 卷

刘宪权 主 编

华政法律评论

第 2 卷

上海人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

华政法律评论. 第2卷/刘宪权主编. —上海: 上海人民出版社, 2009

ISBN 978-7-208-08901-3

I. 华... II. 刘... III. 法律-文集 IV. D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 181491 号

责任编辑 张 晗

封面装帧 甘晓培

华政法律评论

(第2卷)

刘宪权 主编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路193号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 720 × 1000 1/16 印张 14.75 插页 2 字数 275,000

2009年10月第1版 2009年10月第1次印刷

ISBN 978-7-208-08901-3/D · 1619

定价 28.00 元

《 华 政 法 律 评 论 》 编 委 会

主 任 刘宪权

委 员 (以姓氏笔画为序)

丁凌华 王俊民 刘松山 刘宪权

李桂林 沈幼伦 沈福俊

序

2009年是新中国成立60周年华诞,也是华东政法大学复校30周年。60年来,新中国在各方面都发生了日新月异的变化,取得了举世瞩目的成就,社会生产力和综合国力不断增强,各项社会事业全面发展,我国迈入了全面实现现代化的崭新发展时期。伴随着改革开放的步伐,华东政法大学自1979年复校后也迎来了翻天覆地的变化,办学条件得到了很大的改善,办学规模、办学层次、办学水平有了显著的提高,队伍建设、学科建设、科学研究等方面均取得了质的飞跃,完成了从一所单学科的政法院校到综合性大学的跨越。正是在此背景下,今年我们集合华东政法大学法律学院教师最新的研究成果,推出《华政法律评论》第二卷,作为向国庆60周年、复校30周年庆贺的献礼。

法律学院多年来一直致力于推进法学理论研究的深入发展,始终坚持教学与科研相辅相成的办学理念,在更好地实现教书育人的同时,不断提高教学水平和教学质量。近日,法律学院获得“上海市教育系统先进集体”称号,刑法学本科教学团队被市教委确定为“第二届上海高等学校市级教学团队”,为进一步推进学院整体学术水平的提高及学科建设的良性发展提供了契机。《华政法律评论》第二卷沿袭了“法学新问题探索系列丛书”及《华政法律评论》第一卷的编写理念,汇集了我院教师最新的法学研究成果。作为《华政法律评论》的前身,“法学新问题探索系列丛书”已连续出版了十一部,该系列丛书与《华政法律评论》第一卷共同为学院教师搭建了展示学术研究成果、进行学术争鸣的平台,有益于教师科研主动性的提升与学院整体科研水平的提高,自面市以来亦取得了良好的社会反响,尤其是法学理论界和司法实务部门均给予了极高的评价。

经过学院的组织征稿与出版社聘请专家的评审,《华政法律评论》第二卷共选取了21篇学术论文,主要涉及了法制史、法理、宪法、行政法、刑法、民法、诉讼法等学科,在内容上紧密关注学科自身发展的最新动向,对我国法治化建设进程中出现的热点、难点问题,从理论和实践方面进行了深入的剖析与探讨。今后我们还将不断汇集编辑优秀论文,持续推出《华政法律评论》系列卷。将《华政法律评论》办成法学研究的精品书刊,一直是我们努力的方向;为我国法学理论及实务研究献计献策,始终是我们治学的目标。希冀为我国的法治建设贡献绵薄之力。

《华政法律评论》第二卷的出版,得到了学校领导、有关部门和上海人民出版社的大力支持。在论文的审定和编辑过程中,上海人民出版社的张晗编辑不辞辛劳,鼎力促成了本书的出版。在此,我谨代表华东政法大学法律学院表示衷心的感谢。

需要说明的是,论文集中的观点和看法,均是作者个人的见解,是“一家之言”,如果有观点与现行法律规定和政策不一致的,均应以现行法律规定和政策为准。作为“一家之言”,文中难免有不妥、不周之处,欢迎广大同仁、专家和读者不吝赐教。

刘宪权*

2009年9月

* 系中国法学会刑法学研究会副会长,华东政法大学法律学院院长、教授、博士生导师。

目录

中国法治史论(卷之六)

目 录

序	1
法制史	
关于新民主主义时期法制的几个问题(丁凌华)	1
清末上海公共租界会审公廨法权收回之实质(牟道媛)	9
论南京国民政府训政前期(1928—1937)之“命令”权(卞琳)	19
宪法	
我国人大代表罢免制度的不足及其完善(沈静怡)	30
公民监督权的性质辨析(王月明)	41
行政法	
规范的规范及审查制度(赵华强)	50
完善公民启动行政规范性文件审查动议机制研究(郭清梅)	63
我国建立行政公益诉讼制度之可行性研究(刁振娇)	72
外来务工人员与城市间的社会矛盾的治理及预警机制(姚岳线)	82
法理	
市民社会促进法治形成的内在机制(潘小军)	94

刑法

中国刑法中的贿赂犯罪立法

——以联合国反腐败公约为视角(何萍) 107

浅议量刑建议权(王恩海) 117

论制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪的客观方面(郑伟) 124

他山之石 可供揣摩

——《香港法例》选析(沈亮) 136

民法

台湾地区“民法·亲属”历次修正述评(许莉) 149

论夫妻单方创造取得的知识产权的归属(李红玲) 166

论买卖中的交付是法律行为

——我国物权变动模式质疑(李锡鹤) 177

诉讼法

网络裁量

——关注一种新型的社会裁判方式(孙颖) 186

从独白到对白:裁判说理制度研究论纲(王永杰) 195

对建立和完善我国证人出庭保障制度的几点思考(李琴) 206

关于我国刑事辩护权及其完善的思考(杨可中) 218

法制史

关于新民主主义时期法制的几个问题

丁凌华

一、关于“富农”问题

富农问题是在《中华苏维埃共和国土地法》中正式提出的。

《中华苏维埃共和国土地法》是1931年12月在中华工农兵苏维埃第一次代表大会上通过的,距根据地第一部土地法,即1928年底的《井冈山土地法》仅相隔三年的时间,距1929年4月《兴国土地法》的制定相隔了两年半的时间,但这两年半时间里其实并不是空白,仅在1930年就至少颁布过6部土地法:2月的《赣西南苏维埃政府土地法》(也称“二七土地法”),5月在上海召开的全国苏维埃区域代表大会通过的《土地暂行法》,以及由张云逸、邓小平领导的右江革命根据地制定的《土地法暂行条例》,6月南阳会议后制定的《苏维埃土地法》,9月全国苏维埃大会中央委员会通过的《修订土地暂行法》,10月的《湘鄂西土地革命法令》。立法的数量是相当惊人的,也反映出土地法制定初期的不稳定性与党内思想的分歧。革命根据地土地立法的统一与稳定则始于这部《中华苏维埃共和国土地法》,也是土地革命战争时期适用时间最长、施行地域最广、影响最大的土地法。

这部土地法共14条,其中最值得注意的,就是第3条单独提出没收“富农”的土地:“中国富农性质是兼地主或高利贷者,对于他们的土地也应该没收。”我们知道在《井冈山土地法》和《兴国土地法》中,都没有提到“富农”和没收“富农”土地的问题。最早提到“富农”的大概是1930年5月邓小平领导的右江根据地制定的《土地法暂行条例》,其中有关于“富农”的标准:“凡农民:(甲)除了自给外,还有剩余者;(乙)非豪绅地主阶级之放高利贷者;(丙)自己土地较多,须雇雇农耕种者;(丁)还有一种将自己剩余财产埋藏,而在乡村中有个人之经济地位者。以上数种,皆谓之富农,仍是站在剥削穷苦农民之地位。”这里的富农标准很难与富裕中农划清楚。该条例也没有规定对富农土地是否要没收,实践中各时期、各地方也有差异。但标准解释得如此仔细,是其他土地法所没有的,反映了邓小平一贯的务实精神。

毛泽东 1941 年《关于农村调查》一文中说:“同志们给我的问题中,有问到什么是富农。我以为地主是以收租为主;富农是以雇工为主,自己参加劳动;中农是以不出卖劳动力为主,经营自己的土地;贫农是一定要出卖劳动力,靠自己的土地不够生活;雇农完全出卖劳动力,没有土地。当然,这是指他们的主要标志。”可见斗争了富农十多年后,党内还是有人没搞清楚什么叫富农。为什么“富农”的提法在 1930 年后开始出现在党的文件中?为什么“富农”的概念始终比较模糊?这些都和苏联 1929 年底斯大林发起的“消灭富农”运动有关。

1921 年,俄共(布)十大通过了列宁提出的“新经济政策”,开放市场,鼓励农民生产致富。5 年以后,中农已经占了全体农户的 2/3,成为商品粮的主要生产者。1927 年底,苏联的工业生产已经超过第一次世界大战前的最高水平,联共(布)十五大(苏联是 1922 年成立的,之前称俄国共产党,之后称苏联共产党,“布”是布尔什维克的简称,俄语“多数派”的意思,相对“少数派”孟什维克而言)认为个体小农经济已经阻碍了工业的发展,决定逐步开展农业集体化。1928 年 10 月开始,由于农民对商品粮收购价格和集体化的不满与抵制,粮食收购总量比往年减少了 1/3。联共(布)认为是农村资产阶级分子(富农)在新经济政策的条件下对苏维埃政权的严重进攻,斯大林断言富农的比例为 5%。当时苏联全国农户总数大约为 2 400 万户,那么 5%就是 120 万户。1929 年,苏联开展大规模农业集体化运动,“新经济政策”结束,12 月,斯大林提出“消灭富农”的口号。1930 年 1 月,联共(布)中央政治局建立专门委员会,研究消灭富农的政策,决定在没收富农的生产资料后,将富农分为三类分别处理:一类富农处以极刑,二类富农驱逐到西伯利亚、北极等边远地区,三类富农迁居到集体农庄以外的规定地段。总之是采用肉体消灭与隔离的政策。1930 年划分并消灭了 70 万户富农,1931 年又重新划分和消灭了 50 万户富农,两年中共消灭 120 万户富农,600 万人,完成了斯大林 5%的估计。1933 年,联共(布)宣布农业集体化已经实现,但是当年的农业总产值就下降了 23%。后来一些西方学者指出,这些所谓“富农”实际上不是沙皇俄国时代产生的,而是产生于苏联新经济政策下的富裕农民,“通常是那些更为勤劳、耕作更为熟练的农民”。这时候早已经没有地主,所谓富农只是被编造出来作为新的被剥夺对象和镇压不同意见的借口,“每一个反对集体化的人都会被认为是富农”,因而“富农”的标准被有意模糊。同样,党内以布哈林为代表的坚持新经济政策、反对消灭富农的人就被戴上“富农代理人”的帽子而遭到镇压,并最终采用“大清洗”的残酷手段镇压党内的不同意见。据统计,在 1936 年到 1938 年 3 年间,中央委员 70%被处决,其中包括季诺维也夫、加米涅夫、布哈林、李可夫等;军队师长以上的高级军官 80%被处决,包括图哈切夫斯基等元帅。“大清洗”只是苏联肃反运动的最高潮,实际上针对党内的肃反在 1927 年提出农业集体化的时候就已开始了。

斯大林于20世纪30年代前后掀起的党外的消灭富农运动和党内的肃反运动直接影响了中共领导的根据地的建设,没收土地的对象被扩大,凡是农村中较富裕和较有影响的人都可被划入富农的范围,党内意见不同的人也往往被指为富农代理人而遭清洗,1931年到1934年的肃反运动使红军损失的高级将领远多于在战场上牺牲的人数。

《中华苏维埃共和国土地法》规定:地主、豪绅等在土地被没收后,“没有分配任何土地的权利”;富农在土地被没收后,“可以分得较坏的劳动份地”。你不是会发家吗?现在给你最坏的地,你还发得起来吗?这种规定实际就是要在肉体上消灭地主、经济上消灭富农。这个问题后来红军长征后逐步得到了纠正,4年后,即1935年12月,红一方面军到达陕北后不久,毛泽东发布《关于改变对富农策略的决定》,规定只没收富农出租的土地,而不没收雇工经营的土地,如果平分土地,富农可以分得一份和其他农民一样的土地。

这部土地法比以往进步的地方,就是承认了土地的私有。既然承认土地私有,就都要发土地证,但土地证分三种,贫雇农土地证、中农土地证、富农土地证,其中的内容和语气都是不同的。贫雇农土地证是这样写的:“兹有贫(雇)农户主名×××,……按照中华苏维埃共和国中央临时政府土地法规定,实现基本劳苦农民群众土地革命的成果,一律平等分配土地,计共分得……。”中农土地证这样写:“兹有中农户主名×××,……按照中华苏维埃共和国中央临时政府土地法规定,根据联合中农、拥护中农利益的策略,一律平等分配土地,计共分得……。”富农土地证内容就多一点了:“兹有富农户主名×××,……按照中华苏维埃共和国中央临时政府土地法规定,根据打击富农、联合中农、巩固工农联盟的策略,将该富农原有一切土地房屋概行没收,重新依照其劳动力,另行分配下等的劳动份地××亩……。”请注意,贫雇农、中农是依照人口,富农是依照劳动力分配土地,而且是下等土地。

二、“二五减租”的发明权

抗日战争时期的革命根据地,国难临头,大家都要作出让步和贡献。地主要减租减息,农民也要交租交息。但抗战初期的重心,在于明确土地的所有权,所以最初的土地法规都没有对减租作具体的规定,比如1939年的《陕甘宁边区土地条例》只提到土地所有权、土地登记、土地使用、土地行政及裁判,没有涉及减租规定。在1942年以后才有有关减租的法规,比如1943年的《晋察冀边区租佃债息条例》、1944年的《陕甘宁边区土地租佃条例》才涉及减租交租的法律条文。

减租减多少呢?是在原租额上减去25%,当时也叫“二五减租”。从20世纪80年代末以来,学术界就在讨论“二五减租”的发明人究竟是谁?是共产党还是国

民党?据现在所知道资料来看,1922年,有一个叫沈定一的共产党员最早在浙江萧山的衙前镇实行减租,但并不是减掉25%,由此把“二五减租”的发明权算在共产党头上,就有点牵强。又据苏联顾问鲍罗廷的回忆,说孙中山在1924年就提出在原租额50%的基础上再减25%。1926年10月,国民党联席会议政纲明确规定“减轻佃农田租百分之二十五”。1930年,南京国民政府土地法中规定“地租不得超过年收获量的375%”。这个375%是怎么来的呢?就是根据孙中山的50%基础上再减25%算出来的。当时的地租一般是50%,也就是佃农的一半收入要交地租,孙中山主张在50%基础上再减25%,就是再减掉总收获量的12.5%,这样50%减掉12.5%就是375%,所以南京国民政府土地法里“地租不得超过375%”就是这样算出来的。1927年到1932年,南京国民政府曾经在浙江试行过二五减租,但效果不理想。现在看来,“二五减租”的发明权应该是属于孙中山和国民党的,所以共产党抗战时顺应这一点,也来个“二五减租”,光明正大,国民党就提不出反对的理由了。如果你故意要拧一下,来个“二六减租”,人家就要不舒服了。“二五减租”虽然是国民党最早提出的,但从来没有认真施行过,认认真真搞减租的,就是共产党领导的抗日根据地了。1949年国民党到了台湾,吸取了教训,在台湾也认真搞减租了,但为了和共产党划清界限,人家不叫“二五减租”,而叫“三七五减租”,就是交租不超过375%的意思了。

地主有义务减租,农民也有义务交租,不能说:现在是新社会了,人民当家作主了,我想交就交,不想交就不交,这是不允许的。《陕甘宁边区土地租佃条例》专门列了一章“交租”,规定:“承租人应依本条例所定减租后之租额交租,不得短少,其有力能交租而故意不交者,出租人有请求政府依法追缴之权。”只有在“承租人如因收获减少而确系极贫或遭遇意外无力清交地租时,得与出租人协商缓期交纳之”。也只是缓交,并不是可以不交。

三、关于“解放战争”与“解放区”

抗日战争到1945年8月日本投降结束,接下来是解放战争。那么什么叫解放战争?《辞海》的定义是:“1945—1949年中国人民在中国共产党领导下,为推翻美帝国主义直接支持的国民党反动派的统治而进行的伟大革命战争。”照这个定义算,解放战争是四年,可我们平时总是说“三年解放战争”,这不矛盾吗?而且照这个定义看,日本一投降,我们就为推翻国民党反动派进行伟大革命战争了,那内战不就是我们挑起的吗?中国共产党为维护国内和平、避免内战而作的一年的努力——重庆谈判、政协会议等——不是都被抹掉了吗?我看在抗日战争和解放战争之间还应该设一个“国内和平努力时期”,时间为1945年8月到1946年6月。

这样后面才能顺理成章地称为“三年解放战争”。不要让我们的子孙只看到一个战争接一个战争,也要看到和平与人性。

解放战争时期革命根据地的名称,是不是都叫“解放区”?政权都叫“解放区人民政权”?其实并不如此。比如说1947年10月的《中国土地法大纲》主要是针对新解放的根据地制定的,但文本中并没有出现“解放区”的提法。当年12月,有一个《晋冀鲁豫边区政府颁布施行中国土地法大纲补充办法(草案)》,还是称“边区”。1948年3月有一个《陕甘宁边区政府关于保护工商业的布告》,这时距离新中国成立只有一年半的时间,也还是称“边区”。1948年2月中共中央有一个《关于在老区、半老区进行土地改革工作与整党工作的指示》,是对大纲的补充,这里的“老区、半老区”显然是指边区。那么有没有称“解放区”的呢?有,1947年12月1日发布过一个《东北解放区实行土地法大纲补充办法》。我的理解,是解放战争前已有的根据地仍然习惯性地称为边区,政权也仍然叫“边区政府”,其中可以分为老区和半老区,解放战争开始后取得的新根据地则称为“解放区”,或者叫“新区”,《中国土地法大纲》主要是指导新区也就是解放区的。1948年8月以后,行政区划和名称才开始规范化,标志就是晋察冀边区和晋冀鲁豫边区合并,称为华北解放区,选举成立了华北人民政府,发布了《华北人民政府施政方针》。这以后名称就开始规范化了,到1949年就比较正式了,比如2月由辽宁省人民政府发布的《辽宁省森林管理暂行办法》,6月由上海市军管会公布的《上海市房地产管理暂行条例》,等等。很多事情的规范化都是后人归纳的,当时不可能考虑得那么多,所以对于那些历史上过于整齐的东西,你就应该怀疑,其实并不是那么回事,它一定有过渡。

四、“五四指示”并非没收地主土地

从抗战结束到全面内战爆发的近一年时间里,中共在土地政策方面从单一的“减租减息”过渡到缓和的“耕者有其田”政策,其标志就是“五四指示”。

“五四指示”是指中共中央在1946年5月4日发布的《关于土地问题的指示》,是中共土地政策变化的重要标志。但我们现在大部分教材都将“五四指示”理解为“将减租减息的政策改为没收地主土地分配给农民的土地政策”,这种理解是不对的。我们想一想,“减租减息”是国共合作的基础,当时内战还没有全面爆发,如果我们单方面宣布“没收地主土地”,那就等于公开宣战,国民党求之不得。如果共产党内都是这样一些没有头脑的人,那我们还能胜利吗?

那么,怎么理解“五四指示”的精神呢?我想只要把上述观点改两个字就可以了,就是把“没收”改为“征购”,“征购地主土地分配给农民”。征购是孙中山民生主义中“自报地价”的做法,也符合政协会议《和平建国纲领》提出的“耕者有其田”的

精神。在“五四指示”中也有没收,但是是没收敌伪汉奸的土地,这在国民党的土地法中也是要没收的;也有减租,耕者有其田的目标实现之前,仍然要减租。所以,它是没收、减租、征购三种方式并举。唯一带有共产党特色的,就是征购时采用近乎强制的办法:先是清算,发动农民清算地主的违法行为和非法剥削,这种事情就像现在的偷税漏税一样,一般地主多多少少有一些,斗到地主吃不消了,自愿拿出些土地来补偿或卖给农民;而对清算搞不出名堂,土地却超过一定限额的地主,则由政府下令强行征购,征购的价格由政府、地主、农民根据市场价格商议确定。各个根据地根据“五四指示”制定了具体的实施条例,比如陕甘宁边区就公布了《征购地主土地条例草案》,根据当时1947年初的统计,陕甘宁边区各个县地主的土地在征购中大约有30%到50%转移到了农民手中。可以说在《中国土地法大纲》颁布之前,有偿征购地主土地是解决边区土地问题的主要方式。

五、废除“六法全书”的利弊

1949年元旦前后,正是人民解放军三大战役取得决定性胜利时期:1948年9月12日至12月2日的辽沈战役,结束了国民党在东北的统治;1948年12月6日至1949年1月10日的淮海战役,扫了解放军进军长江和长江以南的主要障碍;1948年12月21日至1949年1月31日的平津战役,结束了国民党在华北的抵抗。三大战役一个接一个,中间几乎没有喘息的时间,尤其淮海战役和平津战役几乎是同时进行的,所以1949年的元旦是蒋介石最痛苦的元旦。同一天,毛泽东为新华社写了新年献辞《将革命进行到底》,蒋介石则发表了《新年文告》,全称是《中华民国三十八年元旦告全国军民同胞书》。毛泽东气势磅礴地宣称:“中国人民将要在伟大的解放战争中获得最后胜利,这一点,现在甚至我们的敌人也不怀疑了。”蒋介石则无奈地低下头来倡议和谈,并开出和谈的五项条件:“只要神圣的宪法不由我而违犯,民主宪政不因此而破坏,中华民国的国体能够确保,中华民国的法统不至中断,军队有确实的保障,人民能够维持其自由的生活方式和目前最低生活水准,则我个人更无复他求。”1月14日,中共发表《中共中央毛泽东主席关于时局的声明》,提出国共和谈的八项条件:惩办战争罪犯,废除伪宪法,废除伪法统,改编国民党军队,废除卖国条约,没收官僚资本,改革土地制度,召开政协会议。这个声明的口气是相当严厉的,其中第二、三条都是直接涉及法律的:废除伪宪法,废除伪法统。但是在国共双方的文字中,都没有对什么是“法统”作出解释。我在2003年3月的《南方周末》上看到一篇署名“纪坡民”的文章《六法全书废除前后》——后来才知道是文革中当过国务院副总理纪登奎的儿子,中国社会科学院工业经济研究所研究员。应该说这篇文章还是蛮有见地的,文章说,毛泽东声明发表后一个星期,

蒋介石就下野了,国共和谈开始,关于八项条件中的废除伪宪法、废除伪法统,双方没有多大争论,“法统”之类的“名分”之争,国共双方都没有把它太当回事。纪坡民说:由此,我们推测,如果不是蒋介石在“下野”前的《新年文告》里还要装腔作势地拿什么“法统”来“摆谱儿”,毛泽东大概也未必想得起来非要提出这么个“废除伪法统”作为和谈条件不可。

毛泽东时局声明后一个多月,2月22日,中共中央发出《关于废除国民党六法全书和确定解放区司法原则的指示》,这个指示是由当时担任中共中央法律委员会主任的王明起草的。1945年党的“七大”时,选举王明为中央委员。之后王明一直担任中共中央法律委员会主任,这个委员会是管立法起草的,从这个文件原件首页的影印件来看,当时中央的主要领导人毛泽东、朱德、周恩来、任弼时、董必武等都圈阅过,也发给各大局和野战军的负责人,只作了几处文字上的修改就下发了,只有首页右侧周恩来的一段意见较有分量,周的意见是:“对于旧法律条文,在新民主主义的法律精神下,还可以批判地个别采用和修改一些,而不是基本采用,这对今后司法工作仍然需要。此点请王明同志加以增补。”但这段意见在后来的文件定稿中没有体现,而且这段话上面打了很均匀的十几个×,连签名上也打了×,打得很仔细,仍然可以看清楚原文。

这个指示的内容有两部分,一是阐明废除六法全书的理由,二是确立了解放区的司法原则。该指示一共6条,前4条完全是批判认为六法全书还能适用于解放区的“错误观点”,第2条:“国民党的六法全书和一般资产阶级的法律一样,以所谓人人在法律方面一律平等的面貌出现。但是实际上在统治阶级与被统治阶级之间,剥削阶级与被剥削阶级之间,有产者与无产者之间,债权人与债务人之间,没有真正共同的利害,因而也不能有真正平等的法权。因此,国民党全部法律只能是保护地主与买办官僚资产阶级反动统治的工具,是镇压与束缚广大人民群众的武器。……因此,六法全书绝不能是蒋管区与解放区均能适用的法律。”再看第3条:“任何反动法律——国民党的六法全书也是一样——不能不多少包括某些所谓保护全体人民利益的条款,……不能因国民党的六法全书有某些似是而非的所谓保护全体人民利益的条款,便把它看作只是一部分而不是在基本上不合乎广大人民利益的法律,而应把它看作是基本上不合乎人民利益的法律。”还有第4条:“我们在抗日时期,有各根据地曾经个别地利用过国民党法律中有利于人民的条文来保护或实现人民的利益,在反动统治下,我们也常常利用反动法律中个别有利于群众的条文来保护与争取群众的利益,并向群众揭露反动法律的本质上的反动性。无疑的,这样做是正确的。但不能把我们这种一时的策略上的行动,解释为我们在基本上承认国民党的反动法律,或者认为在新民主主义政权下能够在基本上采用国民党的反动的旧法律。”

我们可以从这些文字中看到这样几点:1. 这个指示把“废除伪法统”具体化为废除国民党的六法全书;2. 抗战时期以及在这个指示发布之前,各个根据地曾经在一定程度上使用过六法全书,而且效果也是不错的;3. 当时解放区的“好些司法干部”和一些担任一定职务的负责干部中,对六法全书还存有一定的好感。因此这个指示的主要内容就是为了要扭转这种思想。

这个指示中在废除了六法全书以后,第5条规定了解放区的司法原则:“在人民新的法律还没有系统地发布以前,应该以共产党政策以及人民政府与人民解放军所已发布的各种纲领、法律、条例、决议作依据。目前,在人民的法律还不完备的情况下,司法机关的办事原则,应该是:有纲领、法律、命令、条例、决议规定者,从纲领、法律、命令、条例、决议之规定;无纲领、法律、命令、条例、决议规定者,从新民主主义的政策。”这个司法原则没有确定纲领、决议、政策的明确概念,在很大程度上这都是指的党的文件。

“法统”一词,没有统一的解释,我以为是指政权合法性的法律依据与理念依据。在中国古代,构成政权合法性的主要是儒家经典的道德理念依据,称为“道统”。而近代以来的“法统”一词,则承担着法律与理念的双重依据。推翻一个政权,当然也要推翻构成这个政权合法性依据的法律,这主要指的是宪法。但宪法从来都是认可制定者的合法性的,这就要从宪法制定的程序去看它是否合法,既然通过宪法的国民代表大会排除了共产党和进步人士,国民党员占到80%,那么这个伪国大通过的宪法当然就是伪宪法,这个政权非要把伪宪法作为其政权合法性的依据,就是伪法统。同时,国民党政权的理念依据是孙中山的三民主义,而国民党搞一党专制、蒋介石个人独裁,那么它在理念上也是“伪”的了。立宪的非法与理念的背弃,就构成了国民党政权的“伪法统”。宪法本来就是法统的主要部分,既废伪宪法,又废伪法统,但接着王明又落实为废除六法全书。今天我们回过头来看,我们和资本主义之间,我们和六法全书之间,其实是共同的东西远多于不同的东西。

清末上海公共租界会审公廨法权收回之实质

牟道媛

近代上海会审公廨的历史是一部屈辱史,公廨法权的沦落及收回反映了近代中国的政治制度、司法制度以及上海社会的变迁。

一、公廨法权的逐渐丧失

1864年上海地方政府在租界内设立了“洋泾浜北首理事衙门”,该衙门作为地方政府在租界内的派出机构,管理租界事务,维护租界的治安,^①审理租界内华人违警案件以及华洋诉讼案件。^②其由上海县知事委派一人为会审官,另有一名外国陪审官会审。但该机构在行使职权时没有规章可以遵守,职能不清,中国官员与外国领事就一些问题经常发生矛盾。因公廨审理的案件常与外国人有关,为了使审理案件有据可依,上海道与英国、美国领事经过谈判,于1869年4月订立了《洋泾浜设官会审章程》(以下简称《洋泾浜章程》),上海公共租界会审公廨正式成立,其取代了“洋泾浜北首理事衙门”,成为上海地方政府设在租界的法庭。《洋泾浜章程》于1869年4月20日施行,英国驻上海领事W. H. 麦特赫斯脱在该章程通告中明确宣布该章程有效期为“一年”。但实际上,《洋泾浜章程》一直适用到20世纪20年代,其间虽屡经修改,但不是该章程的失效,而是外国领事攫取中国司法权的扩大。

在我国近代众多不平等条约中,领事裁判权最令人痛心疾首^③,在该特权下中国的司法主权被分割,而晚清出现的上海会审公廨则是领事裁判权的延伸与扩大,

① 清朝县级编制中设有发审局,以分担县官的工作,上海公廨最初的设立也是为了此目的。

② 审理华洋诉讼案件为:洋人为原告,华人与无约国人为被告的民、刑事案件。

③ 所谓领事裁判权,是指外国人在中国犯罪或为民事案件被告,中国法庭无权裁判,只能由该国领事按其本国法律裁判。1843年(道光二十三年)后,英、美等国成为领事裁判权的国家,而中国则成为其义务国。