有所思

民国施案：情与法的冲突与调适

□郑智航

无论是东方社会，还是西方社会，复仇都是一种较为普遍的现象。随着文明国家的出现，这种报复的权力被集中到国家手中，并最终用刑法的形式规定下来。然而，一旦人们报复的愿望难以通过正常的途径（如借助国家力量）来实现的话，人们还是有可能会选择自己手刃仇人的方式。就中国近代而言，最具影响力的复仇事件可能就是侠女施剑翘刺死孙传芳一案。从案件的疑难角度来看，该案主要涉及情与法的冲突和调适问题。

侠女复仇始末

施剑翘，原籍安徽桐城人。出生不久，其父施从云将其过继给弟弟施从滨。施从滨是山东军务帮办兼奉系第二军军长。他特别宠爱施剑翘。1925年10月，孙传芳先后占领了上海和南京，并将奉军逐步逐出江苏和安徽。施从滨奉山东督办张宗昌之命对孙传芳进行截击。由于孤军深入，加之粮草、弹药供给不上，施从滨在皖北固镇兵败被俘。残暴的孙传芳置不杀俘虏这一公理而不顾，斩杀了施从滨并将其首悬挂于蚌埠车站，暴尸三天三夜，不准施家收尸。孙传芳的这一行为激起了施剑翘强烈的复仇意识。

1935年，孙传芳兵败后寓居于天津。农历九月十七，施剑翘去观音寺祭奠先父，偶然得知孙传芳是天津佛教居士林的居士，而且担任居士林的理事长。施剑翘得知这一消息后，便立即开始着手自己的复仇计划。首先，她化名为“董慧”，并加入了居士林。此后，她通过各种途径打听到孙传芳周三和周六必到居士林听经。为了说明杀死孙传芳的原由，施剑翘写了一份《告国人书》以备得手后广为散发。11月13日下午2时许，施剑翘在居士林开枪打死了孙传芳，并向民众散发《告国人书》。随后，天津市警察局抓住了施剑翘。第二天，施剑翘刺杀孙传芳一案被移送到天津地方法院检察处。案件很快就进入了法院审理阶段。

在审理过程中，辩方认为施剑翘在刺杀孙传芳后，要知客僧东海和尚去警察局报案，并主动拨打警察局的电话，构成了自首。控方则认为：“本案被告杀人于大庭广众之中，在众目睽睽之下，虽然直陈犯罪事实，但这只能说是自白，不能算自首。”接着，辩方又认为尽管法律禁止杀人，但是孙传芳残杀俘虏这一行为性质极为恶劣，这是导致施剑翘之杀人的直接原因。从人之常情上讲，应当从轻处罚。而孙传芳家属则认为施从滨军队纪律极坏，危害地方，孙传芳是为民除害，施剑翘预谋杀人，应从重处罚。最后，天津地方法院一审判决施剑翘有期徒刑十年。施剑翘不服，遂向河北高等法院提起上诉。河北高等法院认为从法律上讲，施剑翘杀人是不对的，应当受到刑法的制裁，但是，其事出有因，从情理上讲，应当给予一定的宽恕，因此二审判决改为有期徒刑七年。施剑翘服刑后，冯玉祥、李烈钧、于右任等国民党要员20余人又联名上书，请求政府特赦为父报仇的孝女、为民除害的侠女施剑翘。1936年10月4日，国民政府主席林森发布特赦令，对施剑翘实行特赦。

情与法的冲突

在该案中，始终困扰法官的是情与法的冲突与纠结。1935年颁行的《中华民国刑法》规定：“杀人者，处死刑、无期徒刑或十年以上有期徒刑。”从犯罪构成理论来看，施剑翘杀死孙传芳的行为明显构成了故意杀人罪，依法应当被判处死刑、无期徒刑或十年以上有期徒刑。但是，严格按照实证法的规定来判决此案会遭遇到中国传统社会情理的抗拒，这也是该案在二审中遭改判的一个原因。其实，情是中国传统法律的一个核心范畴，是制定法存在的基本依据。因此，在中国传统法律文化中，制定法律需要“上稽天理、下揆人情”，实施法律需要“准情酌理”“处断平允”。但是，在具体的现实生活中，情与法往往会发生冲突。究其原因，主要有以下几个方面。


國府昨下令
特赦施劍翹
發於孝思奮力復仇
其志可哀其情可原

第一，制定法没有充分地体现情理，从而使制定法具有强烈的傲慢色彩。从理论上讲，法律应当充分了解并理解社会民情与生活常例，应当充分尊重常理、常情以及生活的常识。因为这些是人们在长期的生活实践中逐步形成的，法律对于社会民情与生活常理的尊重，在某种程度上也就是对人们心目中的那些既有评判标准的尊重。所谓常人情感是指行为人作为普通人中的一员在具有正常的意志力与理解力的前提下对某一事物、某一现象所作的一种内心确认与内在态度。所谓常人关怀是指对人具有约束力的法律制度不能够强人所难，不能要求平常人去做难以做到的事。而真正的法治极其需要的正是这种常人情感和常人关怀。倘若制定法置民情于不顾，就会使立法者的意志凌驾于民众生活之上，从而增加立法者与普通民众之间的对立，最终导致情与法的冲突与矛盾。

第二，国家没有为情理提供正式的实现机制致使民众选择过当的私力救济而造成情与法的冲突。在现代社会，人们将复仇让渡给国家来行使。倘若国家不能实现这种正义观的要求，就极有可能唤起人们已被国法所禁止的原始复仇意识。在该案中，尽管中华民国在制定刑法时也考虑到了“情”的因素，但是，孙传芳特殊的身份使他难以受到国法的追究。这也就意味着施剑翘的正义诉求无法通过正式的国家机制来实现。因此，这种现实迫使她走上了复仇的道路。

第三，司法机关机械地使用制定法使法律系统自身失去调适情与法之间冲突的功能。由于受立法者理性有限的影响，制定法与情理之间发生冲突是不可避免的。在一个法律制度较为健全的社会，法律系统往往能够通过司法机关的能动司法来调适这种情与法的冲突。就该案来讲，河北高等法院一再强调制定法和情理两个方面的因素，并结合当时重塑“忠孝仁爱信义和平”等传统文化的现实需求，灵活地运用和解释了“犯人之品行”“犯人与被害人平日之关系”等法律概念，从而将施剑翘这种复仇行为含括进科刑轻重的因素。这样一来，法院既维系了法律的尊严又体现了情理，实现了法与情的平衡与协调。

情与法的司法调适

总结此案例司法机关调适情与法之间冲突的具体实践经验和做法，对于提升司法质量，增强判决的可接受性具有重要意义。

在施剑翘刺杀孙传芳一案中，无论是天津地方法院还是河北高等法院都没有让法律完全屈从于情理或让法院完全无视情理，而是在运用法律解释技术将情理因素含摄进去。例如，在关于施剑翘刺杀孙传芳后，并未逃离，反是散发传单，申明为父报仇之意，并遣现场人员替己报案这一行为是否构成自首这一问题上，两法院都在综合考虑情理的基础上对《中华民国刑法》第六十二条有关自首的规定作了扩大解释，即施剑翘书写罪状公之于众构成自我揭发“未发觉之罪”的行为。因此，从这种意义上讲，法官在调适情和理的冲突时首先是在法官自由裁量权允许的范围内进行的一种司法技术性活动，而不是采取一种完全置法律规定于不顾的脱法行为。

在司法实践活动中，利益衡量是调适情与法之间冲突的一个重要方法。从本质上讲，法律的核心在于对于利益进行分配和维护。而情与法的冲突在实质上可以转化为在特定社会环境中不同利益之间的冲突。司法者的任务不仅在于严格适用法律，还在于要根据社会发展变化来关注个人、群体与全社会之间利益的整合。在该案中，社会转型，旧有的人伦关系遭到破坏，重塑“忠孝仁爱信义和平”等价值秩序构成了一个大的司法环境。法院在这种司法环境中一个重要任务是在一定限度内权衡保护孙传芳这种十恶不赦之徒的生命利益重要还是倡导“孝道”这种公共道德重要。法院在有前提的情况下选择了后者，即：一方面从法律性质上对这种私力复仇行为给予否定性评价；另一方面也承认“以一女子发于孝恩，奋力不顾，其志可哀，其情尤可原”，故从轻发落。在具体的权衡过程中，法官应当根据具体个案情况大致遵循人身利益高于财产利益，物质利益高于精神利益，现时利益高于未来利益这一实质判断原则。

在此，笔者需要强调的是，法官在运用利益衡量来调适情与法之间冲突时应当不能突破法律原则这一基本原则。法律原则是法律构成的一个基本要素，并且在法治社会中具有最高和最终的效力。倘若情理在根本上与法律原则相冲突，法官应当坚守法律原则，否则，法官的这种利益衡量很有可能就是一种妄法裁断。

人物志

郅恽父子的不同命运

□张晓政

东汉建武十三年正月的一天，光武帝刘秀外出洛阳城打猎，回来时已是深夜。依照法令，时辰一过，城门便不得随意开启。不过刘秀是皇帝，显然并没意识到法令还能管到自己，身边的人恐怕也没有这样认为的。车驾来到上东门时，看守城门的官员叫郅恽，任凭外面人声鼎沸、反复叫唤，就是坚持“拒关不开”。刘秀让身边的随从亲自去协商，提出可以先打开一道缝，让郅恽从门缝中看一看，到底是不是皇帝的车队、皇帝的亲信。郅恽却表示：“灯火辽远，无法看清。”仍然拒绝开门。不得已，御驾车队只能掉头，绕到了东中门。东中门的守官没有郅恽那么较真，一听说皇帝的车队来了，赶紧大开城门迎了进去。

第二天，刘秀还没来得及回想昨晚这桩令他大失颜面的事情，郅恽倒是主动上书了。或许是为了照顾皇帝的情绪，他没有再提起不给刘秀开门的缘故，而是重点指出：“昔时周文王不敢沉迷游猎，以万民为忧。如今陛下远猎山林，夜以继昼，其如社稷宗庙何！”奏章呈上去后，刘秀看了大为感慨，随即下令赐予郅恽布百匹，同时将东中门的守官贬放到了参封县。

这就是中国古代著名的“郅恽拒关”的故事。其实，与郅恽有关的，远不止这个故事。

郅恽以敢于谏言出名，但刘秀却不是他进谏的第一个皇帝。早在王莽篡位时，郅恽就曾向王莽上书，说道：“智者顺以成德，愚者逆以取害，神器有命，不可虚获。”奉劝王莽将帝位归还刘氏。王莽阅后大怒，当即下令对郅恽以大逆之罪收系诏狱。所幸后来遇到大赦，郅恽才得以出狱，但从此流落江湖，直到刘秀建立东汉，平定天下，方又重新出仕。值得一提的是，经过此次拒关事件，刘秀对郅恽留下了深刻印象，并在日后予以重任，总算使其人生有了一个欣慰结局。

过了50多年，到了汉和帝时期，郅恽已经去世，他的儿子郅寿继承乃父遗风，同样刚直不阿、嫉恶如仇。由于得到之前汉章帝的器重，郅寿历任冀州刺史、尚书令、京兆尹，此时又任尚书仆射，掌管机密，职权极重，连当时权倾朝野的大将军窦宪也不得不高看一眼，甚至让门生送书信给他，有所请托。窦宪是窦太后的哥哥，兄弟几人倚仗窦太后为后台，把持朝政，无所不为，“朝臣震慑，望风承旨”。偏偏郅寿和他父亲一样，也是个犟骨头，不但不买窦宪的账，而且一看到窦宪请托的书信，当即把送信之人绑缚诏狱。此外，郅寿还屡次上书，痛陈窦氏兄弟恶迹，将之比为王莽，敦请朝廷加以警戒。几次冲撞下来，窦宪大怒，终于找了个借口诬告郅寿，并逼迫郅寿自尽而死。

郅恽父子，一个先辱后荣，一个先荣后辱，人生境遇如此蹉跎反转，实在不能不令人嗟叹。而通过父子二人不同的命运，再回过头来看郅恽拒关的故事，也仿佛使人更有不一样的体会，即这个故事的主角，其实不是秉公执法、敢做敢言的郅恽，而是不动声色、深沉宽厚的皇帝刘秀。

同样是指陈时弊、发表意见，郅恽遇王莽而困，遇刘秀而生，郅寿则没有父亲那么幸运，直接被窦宪逼入绝境。这也告诉我们，敢于直言，关键不在于说了什么，而在于遇到什么样的进言对象。如果这个对象足够包容、从善如流，那么不但无后顾之忧，而且还会受到鼓励；而如果这个对象没有如此雅量与气度，则直言不讳可能引来杀身之祸。试想，如果刘秀也是如王莽、窦宪这般老虎屁股摸不得，则郅恽又怎能求得善终？同样，如果郅寿遇到的是刘秀一般的贤君明主，则不但将安然无事，恐怕还会因祸得福、大受褒奖。

其实，早在郅恽之前，远在春秋时期，孔子就反复探讨过邦“有道”“无道”的问题，其中如“邦有道，危言危行；邦无道，危行言孙”，“邦有道，则仕；邦无道，则卷而怀之”，其实说的都是，形势比人强，可以为则为，可以言则言，同样，可以止则止，可以藏则藏，否则，不但言而无益、行而无果，而且可能自讨苦吃、自受其咎。

当然，今天我们回顾郅恽父子的不同命运，并不只是为了讨论说与不说以及说话技巧的问题，更是为了说明，当我们在倡导真话、鼓励批评的时候，更重要的，是创造一个能够听取真话的氛围，营建一个能够接受批评的胸怀。唯其如此，才可以延续郅恽拒关的美事，避免郅寿遇难的悲剧。

晚清版“上有政策 下有对策”

□游宇明

1906年11月21日，光绪帝发布诏书，宣布用10年时间在清国境内禁绝生产、销售鸦片。种植罂粟的土地也将以每年10%的比例递减，对在期限结束以前完成全部禁烟工作的地区，将给以奖励。所有吸食鸦片的人都必须进行登记，列明吸食的数量；贩卖烟土者不得向没有登记的人出售鸦片。对于60岁以下的人，政府将每年减少其鸦片供应量的1/5。在6个月内，政府将强制关闭所有的鸦片馆，一年后将禁止出售烟具。酒馆与其他公共娱乐场所不允许吸食鸦片。鸦片业经营者必须在官方登记，并且出具逐年递减有关生意的证明，否则将会受到严厉处罚。帝国官员要为民众做出榜样，自己应该在6个月内戒烟。

光绪禁烟的诏令应该说还是顺应民心的。鸦片是一种害人的东西，对吸食者没有半点好处，染上烟瘾的人先是败家，然后是变成骨瘦如柴、什么事也没有力气做的行尸走肉，最后多半是像狗一样暴尸街头。对于国家来说，进口鸦片必须占用大量的资金，使国家没有足够的财力去办工厂、发展科技，举办学校、医院等等，失去发展后劲。何况，吸食者多了，军队招不到合格的兵员，战斗力极其低下，更是直接影响国家安全。

这个用心良苦的诏令执行得如何呢？《帝国的回忆：〈泰晤士报〉晚清改革观察记》一书介绍：除了广州、天津等少数大城市，禁烟的法令与措施基本无效。即使是在皇城根下的北京，鸦片也依然在大张旗鼓地向未登记吸食鸦片的人自由出售。广东陆丰县虽然坚持购买大烟需要登记，却随意发放许可证，实际上跟不登记没有任何区别。为了应付朝廷逐年减少罂粟种植面积的要求，河南虚报罂粟种植面积，增加的幅度达到25%~30%。这样就算每年种植的面积真的减少10%，在一定的年限里，河南依然能够维持庞大的种植规模。一句话，帝国的禁烟是“上有政策，下有对策”。

鸦片是清朝的伤心事。雍正、乾隆、嘉庆诸朝其实都是严厉禁烟的，只是1840年以后，英国打败了清朝，列强的鸦片才开始大摇大摆进入清朝。鸦片价格奇高，普通老百姓想吸也未必吸得起。清朝的宗室、官员、富人等首先成为鸦片的消费者。1906年，清朝宗室、官员抽大烟的比例高达60%。或许自以为权钱可以通神吧，这些人根本没有把朝廷的禁烟当回事。清政府就曾处理过几名不顾禁令吸食鸦片的贝勒与都察院官员。然而，政府的追究并没有打败官员的烟瘾，更多的时候是政府在大张旗鼓地禁烟，官员在不管不顾地抽烟。

由于长期实行抑制工商业的政策，晚清的经济非常落后，鸦片交易的税收是各级政府最稳定的“金库”。据当时的有心人研究，如果完全禁绝鸦片交易，中央政府要损失的税收将近150万英镑（以20世纪初的币值计算），地方财政损失的税收则是白银2500万两左右，相当于英币300万到400万先令。就算朝廷真的舍得割下这块肥肉，地方政府也未必有勇气跟进。

晚清社会官风极其腐败，一个突出的特点就是苟且。所谓“苟且”，说得通俗一点，就是得过且过，不想做事。上级交代了什么事，官员之间、部门之间互相推诿。当年的“六不总督”叶名琛在英人入侵广州时毫无作为，就是一个例子。这种得过且过、不想做事的坏习气，不是一纸禁烟令可以改变的。何况，禁烟这样的事也比不得打仗，就算马虎一下，也不见得立即显出恶果，官员自然更不上心了。

个人能得到好处的事，不要谁提倡，官员们会挖空心思去做；个人得不到好处而又必须劳心劳力的事，即使有上级催逼，官员们也要千方百计抵制：这是光绪禁烟的困局，其实也是皇权下社会治理的死局。

井田制的变迁

□张学博

井田制是否存在，史学家一直存在争论。按照《春秋公羊传》所说，所谓“井田”，井是灌溉单位，八家公用一井。一口井之水量可用来灌溉一井的田地所需。一井的土地，即中间一格100亩属“公田”外，其他每家100亩，共九格。

中国的西周时期，可以大致理解为目前学术界在划分欧洲历史时的阶段术语：封建社会。《左传·宣公十五年》云：“初税亩。”此条说明首次向农民收取农田税，却也说明了不征收田税时的贵族必有别的生活来源，此实乃井田制度。初税亩以前的井田制度，即私田由封建主借给佃农，但佃农得替封建主种“公田”，平心而论，这种制度，比罗马的奴隶制度平等多了。

在井田制度时代，由贵族，即当时之封建地主派农业指导员负责协助扶植农民，在管教上之态度不能称为主人与奴隶间之从属关系，故有说私田收成坏责备官吏，公田收成坏则责备农民。当时之井田制，“私田”由每家佃农各自耕作，“公田”则由八家合耕之。

总而言之，土地所有权观念之改变，乃由赋税制度之改变而来。孟子有云：“夏后氏五十而贡，殷人七十而助，周人百亩而彻，其实皆十一也。”这里所提到的贡、助和彻是古代三种征税方法。贡法是取数年来收成平均数照收十分之一。由于收成之好坏每年不同，收成好时有盈余，但荒年连肥料费都不足，故“贡”法不好。助法是随年岁好坏而收税，对农民有利。彻法是永远固定收取十分之一，不过每年调查田亩。后来贡彻二法并用。

后来商鞅在秦孝公时废井田制。《史记》载曰：“为田开阡陌封疆，而赋税平。”此项记载，至南宋朱子作《开阡陌辨》从此800年遂成定论。按照朱子的解释，有阡陌时即是当时有井田制度。农民所耕种之田地仍得归还封建主。但废除阡陌后，农民不论种多少田地，只缴纳赋税，土地已经变成私有，民生便安定了。由此可证明井田制度是有的，历来以朱子的解释最为适当。这都说明古代井田制度确实存在。但商鞅废掉井田制度的原因却有很多。

表面原因有几种。首先是当时的农民多耕少报，挖少田岸。当时封建制度已经改变为郡县制，自然可以把阡陌破坏，化成大块农田。其次，有些地区土地狭小而人口密集，比如郑国。所以子产将井田格子线予以打破。

除了表面原因外，还有技术原因。当时铁器已经可以耕田。《孟子》记载了“许子以铁耕”之事实。因有铁器耕田，农民便有能力和可能耕种大面积的土地。又如春秋晚期已经有牛耕，《国策》记载“秦以牛田，水通粮”，孔子弟子中有名司马耕字牛者，亦为一旁证。进入战国时期，牛耕更盛。另外，战国时期水利专家人才辈出。如魏文侯有西门豹，魏惠王有白圭，秦孝文王有李冰，秦始皇有郑国。都江堰使用了几千年仍在延续。灌溉工程的兴建完毕，灌溉比以前更加方便，因而得以耕种更广阔的耕地。

除了表面原因和技术原因外，还有更深远的制度原因。即财税制度的改变使得井田制不得持续。

井田制是一种公田制度。一块大约一方里的土地，划成井字形般900亩田，中间的100亩为“公田”，由八家共耕；其余800亩“私田”配给八户人耕种，公田的收成归封建主，私田则归农户自享。直到“履亩而税”开始，税收改为视田亩之实际收成所得而抽取固定之比率。此即《孟子》书中所说之彻法。井田制度完全被破坏。春秋末年，固定比率的税收制度的出现，使得井田制存在的土壤逐步消失。

在这个意义上讲，井田制度是伴随封建制度整个政治制度中的一环，同时也与伴随的财税制度“助”法一致。当“助”法向“彻”法转变时，相应的土地制度也发生了变化。

中国古代的井田制与西方的庄园不同，伴随着相应的政治制度不同。西方的庄园制度，大块的耕地由农民合作公耕，农民附属于土地，所以是农奴，也就是奴隶制。土地拥有者即是贵族。中国的井田制是把土地划分为井字形，农民并不附属于土地；土地所有权虽是贵族的，但农民并非农奴，所以中国和西方的政治制度自然也不同。所以严格意义上讲，中国古代并无严格意义上的奴隶社会，也没有原始共产主义社会，而是拥有短暂的封建社会。从商鞅废除井田制度之后，中国实行的政治制度实际上是建立在郡县制基础上的中央集权制。

中外制度史

中华春秋