

《北大法律评论》(2019)
第 20 卷·第 1 辑·页 66—88
Peking University Law Review
Vol. 20, No. 1, 2019, pp. 66—88

变革与承续：陕甘宁边区自首制度的表达与实践

蒋正阳*

Change and Continuity: Representation and Practice of the System of “Turing Oneself In” in the Shan-Gan-Ning Border Region

Jiang Zhengyang

内容摘要：陕甘宁边区的自首制度，是在利用本土资源、适应时势需要的基础上生成的。尽管自首制度的法律表达在近代以来的历次变革中呈现出一幅断裂的图景，但实践层面却反映出实用考量上的延续性。尽管政权更替带来了法律表达的历时性差异，并且为自首制度添加了新的意义和要素，如社会责任论和教育刑论，其作用原理仍体现出对传统教化机制的路径依赖。由于特殊的实施环境，其在延续传统自首法律的实用道德主义特征的基础上，在控制犯罪、迅速破案的实用维度上得到了充分发展。

关键词：自首 陕甘宁边区法制 道德主义 实用主义 教育刑

* 中国人民大学法学院法学理论专业博士研究生。

感谢导师黄宗智教授和田宏杰教授的指导，感谢“《北大法律评论》2018 年学术专题研讨会”各位与会者的建设性意见，感谢匿名评阅人和编辑细致的修改意见，然文责自负。

一、引言

将视线投向陕甘宁边区时期,大量关于自首的法律文件和司法实践从这段历史中凸显出来。如国民党颁布的《共产党人自首法》^[1],中共中央西北局发布的《西北局处理收复区自首分子问题的暂行规定》^[2],以及报纸文献关于自首问题的讨论;又如《新中华报》登载的《土匪日渐觉悟,来县苏自首自新》^[3],载于《共产党人》的《自首问题》^[4]等;还有司法档案中多次出现的“坦白运动”^[5]“抢救失足者大会”^[6]“政策兑现大会”^[7]等。由此可见,自首制度在这一阶段曾发挥过重要作用。

在法律史领域,学界已有较多关于自首制度的研究成果,主要集中于唐、宋及清的断代法律分析和古代自首法律的整体介绍。^[8]具体到陕甘宁边区时期,则仅有整体研究视野下的个别史料片段有所涉及^[9],其中与自首主题最为贴近者是刘全娥教授对宽大刑事政策的梳理^[10]。另外,部分党史研究中也谈及了自首制度实施过程中的若干细节^[11]。总体上,针对陕甘宁边区时期自首文本和实践的系统研究,学界目前尚未有见。

值得注意的是美国学者李克(W. Allyn Rickett)的《中国法中的自首:延续性问题》一文。其在文中强调了自首制度研究的重要性:自首作为古代中国的

[1] 《共产党人自首法》,载《国民政府公报》1928年第2期,第1—3页。

[2] 《西北局关于处理收复区自首分子问题的暂行规定》,载《建设周刊》1948年第2期,第14页。

[3] 高峰:《土匪日渐觉悟,来县苏自首自新》,载《新中华报》1937年6月29日,第1版。

[4] 白邨:《自首问题》,载《共产党人》1939年第2期,第48—54页。

[5] “边府审委会、高等法院关于吴振明、张海鳌、朱来良、李保全、唐德亮、汪明山、方志成、严忠诚、杨生财、常更海、徐在强、王占林、王桂华、马维其、白志端、张纪明、白德功等死刑的审核意见书”,全宗2—700,转引自刘全娥:《陕甘宁边区司法改革与“政法传统”的形成》,人民出版社2016年版,第167页。

[6] 王敬主编:《延安〈解放日报〉史》,新华出版社1998年版,第78页。

[7] 榆林市中级人民法院编:《榆林地区审判志》,陕西人民出版社1999年版,第54页,转引自刘全娥:《镇压与宽大相结合政策在陕甘宁边区的解释与适用——基于〈陕甘宁边区案例汇编〉的分析》,载《甘肃政法学院学报》2008年第4期,第104—109页。

[8] 参见李中和:《试析〈唐律疏议〉自首制度》,载《天中学刊》2008年第6期,第105—108页;又见赵晓耕:《自首原则在宋代的适用——阿云之狱》,载《中国审判》2010年第5期,第78—80页;又见李中和、金伟:《中国古代自首制度考析》,载《西部法学评论》2010年第6期,第18—22页。

[9] 参见肖周录:《陕甘宁边区判例汇编考略》,载《法学研究》2014年第1期,第190—207页;又见汪世荣:《新中国司法制度的基石——陕甘宁边区高等法院(1937—1949)》,商务印书馆2011年版。

[10] 参见刘全娥:《镇压与宽大相结合政策在陕甘宁边区的解释与适用——基于〈陕甘宁边区案例汇编〉的分析》,载《甘肃政法学院学报》2008年第4期,第104—109页。

[11] 参见王彬彬:《国共关系的一段往事》,载《同舟共进》2010年第12期,第48—51页。又见张学继、张雅蕙:《陈立夫大传》,团结出版社2008年版,第127页;又见范小芳:《蒋家天下陈家党》,台湾周知文化事业股份有限公司1994年版,第119页。

法律制度,至少在名义上保留至中华民国和中华人民共和国时代。因此,研究自首制度,一方面,可以查明其如何受到 20 世纪的法律西方化和共产革命的影响;另一方面,由于自首是共产主义政权在思想改造运动中使用的主要法律手段之一,对其研究也为观察传统法律政治化提供了视角。李克通过分析中华民国和共产革命时期(大致对应 20 世纪 20 年代至 50 年代的土地革命新民主主义革命、社会主义革命和建设时期。——编者注)的自首法律文件,提出自首制度虽然表面上从帝制时期延续到现代,但制度本质已发生深刻变化,即从根植于中国传统法理转向更加接近于西方诉辩交易制度,实质上是变革的而非延续的。^[12] 不过,李克得出结论的依据主要是法典表达层面的,而从实践层面总结清代、中华民国以及共产革命时期的司法案例,恰恰体现出自首的延续性,这一点将在后文得到进一步说明。

本文借鉴黄宗智教授对清代法律的分析框架,通过研究法律表达与实践的背离与抱合关系以分析陕甘宁边区自首制度的变与不变。其中表达是指以法律条文和法理阐述为代表的官方话语,而实践则是指司法实际和参与者行动等方面。法律案件本身可以观察法律从表达到实践的全过程,法律表达和法律实践既抱合又背离的关系则是理解制度本质的关键。^[13] 这一思路有利于探明陕甘宁边区自首制度的特性及其与清末及中华民国自首制度的关系。一方面,尽管自首制度的法律表达在近代以来的历次变革中呈现出一幅断裂的图景,但实践层面则反映了实用考量上的延续性;另一方面,尽管政治变革带来了法律表达的历时性差异,并且为自首制度添加了新的意义和要素,其作用原理仍体现出对传统教化机制的路径依赖。

此外,陕甘宁边区自首制度的实施环境很大程度上形塑了其独特性。“理解任何历史时期的关键,在于找出决定该时期形态的主要动力。”^[14] 在陕甘宁边区所面临的国际、国内形势下,自首制度的普遍推广不仅具有理论正当性,而且符合当时的现实需要。在理论层面,自首内含的主动悔罪与苏联引入的社会责任论和教育刑论法理同一,自首制度的宽大之旨与边区塑造的宽松政治环境相契合;在现实层面,边区当时需要在日本侵略者和国民党双重压力下发展壮大,而自首制度的适用可以在战争条件下化敌为友、扩张势力,通过梳理战争时期围绕自首政策所展开的博弈历史,也可以明晰自首的本质从侧重道德主义的法律制度转为注重功利效果的斗争策略的具体经过。

[12] See W. Allyn Rickett, "Voluntary Surrender and Confession in Chinese Law: The Problem of Continuity", *The Journal of Asian Studies*, vol. 30, no. 4, 1971, pp. 797-814.

[13] 参见黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,法律出版社 2014 年版,第 2—3 页。

[14] 徐中约:《中国近代史(1600—2000):中国的奋斗》,计秋枫、朱庆葆译,世界图书出版公司 2008 年版,第 4 页。

需要说明的是,虽然“自首”概念被包含于广义的“坦白”范畴之中,但比较“自首”与狭义的“坦白”,二者仍有犯罪人的到案是主动还是被动的区别。^[15]本文基于以下两点原因,将狭义的“坦白”的相关材料也纳入讨论范围:首先,本文对于自首制度的考察,侧重于原理与实际作用层面,而自首与狭义的“坦白”概念均在理论上体现了犯罪者的主观悔过,并在实践层面发挥了迅速破案的作用,二者在道德主义和实用主义的分析框架下具有相近的意义,尽管坦白制度本身的实用主义色彩更加浓厚。其次,在表达层面,边区时期相关法律文本的名称大多采用“自首法”“自首条例”等用法,在当时法律的具体条文中,“坦白”所对应的“自新”情形普遍并列位于自首项目之后,与《刑法修正案八》中关于自首的规定类似^[16];在实践层面,虽然很多形式被称为“坦白大会”“坦白运动”等,但若考察具体情形,大部分是犯罪者在特定场合下“主动投案,自动坦白”,“坦白”之名下,其行为实际上属于自首性质。因此,本文以自首为中心作概括性的考察,并在确为“坦白”的情形中作出特别说明。

二、自首制度道德主义原理之变革

尽管自首制度在文本层面延续了唐律以来已经比较稳定的传统自首法律,但形似之下作用原理已有所差异。自首制度作为传统法律中的重要构成,在清末与中华民国时期的诸次法律变革中保留下来,并成为边区刑法的组成部分,在法律表达层面,后来的自首制度正是传统法律的延伸。但也应看到,同样的规定背后,其原理是不同的。传统法理采用道德主义的解释^[17],例如陈顾远认为,传统自首是儒家鼓励人改过自新,诛心为教的法律体现^[18]。但清末以后,受西法东渐的影响,自首减轻的原理转变为刑事近代学派的教育刑论,其减免的依据也转为犯罪人刑事改造和回归社会的可能性。而这一点可谓是中西历史的机缘巧合之处。林廷柯曾说,自首制度“与近世刑事政策,实殊途而同归”^[19]。究其原因,一方面,传统的自首制度由于符合现代法理而被保留下来,成为现代刑法中的重要成分;另一方面,刑事近代学派刑法体系中政府的主动性、对犯罪人改善和教育的重视等观念都与传统刑律和儒家思想暗合,这也许是其传入中国并被普遍接受的原因之一。就陕甘宁边区而言,通过借鉴近代刑

[15] 参见杨文革、邓子滨:《关于坦白从宽、抗拒从严的思考》,载《中国人民公安大学学报》2000年第1期,第43—45页。

[16] 为进一步落实坦白从宽的刑事政策,《刑法修正案(八)》后,坦白情节被列为《刑法》第67条第3款。

[17] 根据疏议的解释,自首免罪的原理来自于儒家思想:“过而不改,斯成过矣。今能改过,来首其罪,皆合得原。”参见刘俊文:《唐律疏议笺解》,中华书局1996年版,第376页。

[18] 参见陈顾远:《中国法制史概要》,商务印书馆2011年版,第205页。

[19] 林廷柯:《中华法系特有之自首制度》,载《法令周刊》1935年第250期,第2页。

法理论,结合边区初立的实际情况和现实需要,在边区形成了独特且有实效的自首制度。

(一) 自首从宽的理论基础:教育刑论

德国刑法学家李斯特(Franz von Liszt)主张刑罚的目的在于法益的保护与社会的防卫,为实现防卫目的,需要根据犯罪人的特点给予适合的刑种和刑度,并对改善可能的犯人进行教育。这也就意味着政府打破中立色彩而主动介入个人与社会整体利益的平衡中。^[20] 进一步,李斯特的学生利普曼(Moritz Liepmann)和意大利的兰札(Vincenzo Lanza)提倡教育刑论。^[21] 总体而言,近代学派主张刑罚不是报应,而是教育,刑罚的目的在于教育、改善有社会危险性的人复归社会。在对犯罪的认识上,其认为人没有自由意思,犯罪是由行为人的性格和环境所致。^[22]

在刑事理论方面,边区将犯罪原因归结为社会问题,因而在刑罚中注重对犯人的教育感化,并提出将尊重犯罪者人格作为感化的前提条件。林伯渠曾在工作总结中说道:“人民犯罪是社会不良所致,应由社会负责,对直接犯罪人的处分,是不得已的事。”^[23] 基于这一认识,边区采取宽大的刑事政策,而自首制度则是宽大政策的重要内容。

首先,边区在理论上认为犯罪现象的产生是社会问题所致。“犯罪是由于当时社会恶劣的环境所致,防止犯罪的办法,不是严惩的问题,而是如何改造的问题,改善他的生活,改造社会,才是基本办法。”^[24] 从上述社会责任的分析出发,尊重犯罪者的人格被作为预防犯罪和改造犯罪者的前提。谢觉哉提出:“犯人也是人,是社会上不幸的人……要尊重他的人格,改善他的环境,才能激发他的上进心、羞恶心。改善感化院的设备,从生活上、教育上给罪犯身心上以根本的改造。”^[25]

其次,基于边区建设对人力的客观需求,犯罪者被视为潜在的社会力量的一分子。边区政府工作报告指出:“犯人之所以甘为犯人,主要是由于社会不把

[20] 参见沈玮玮等:《中国法制的早期实践:1927—1937》,世界图书出版广州有限公司2016年版,第153页。

[21] 参见马克昌、卢建平主编:《外国刑法总论(大陆法系)》,中国人民大学出版社2016年版,第19—20页。

[22] 同前注[21],第41页。

[23] 林伯渠:《陕甘宁边区政府工作总结》(1939年),转引自杨永华、方克勤:《陕甘宁边区法制史稿》,法律出版社1987年版,第260页。

[24] 《陕甘宁边区判例汇编》,转引自汪世荣、刘全娥:《陕甘宁边区高等法院编制判例的实践与经验》,载《法律科学》2007年第4期,第159—168页。

[25] 谢觉哉传编写组:《谢觉哉传》,人民出版社1984年版,第95页。

他当人。要恢复他的人格,必自尊顶他是一个人始。”^[26]因此,法律对犯罪者处遇宽缓,这也适应了边区团结一切可以团结的力量的客观需要,正如谢觉哉所认为的那样,边区“少一个犯人,就多一份力量”^[27]。

最后,刑罚的目的不在于报复,而在于教育感化。“在苏维埃国家初期,学界和政界已经对苏维埃刑罚目的形成了一致的观点,即刑罚是一种社会保卫方法,而非报复。”^[28]1919年《苏俄刑法指导原则》否定了报复原则,此后的1922年《苏俄刑法典》、1924年《刑事立法纲要》和1926年《苏俄刑法典》都在此基础上规定刑罚不具有报复和惩治的任务。^[29]边区也认为刑罚的意义“不是惩罚,而是教育”。^[30]雷经天提出:“处刑的目的不在报复主义,使囚犯与政府对立,而在争取他们回到正确的人生途径上。边区的司法目的在于教育和争取犯人的转变。为了这个,我们对犯人进行教育、争取、感化、说服等韧性的、宽大的政策。”^[31]由此可见,边区的工作重点是未来对于犯罪者的转化,而不是对已然发生的犯罪事件的追究,通过用刑罚教育改善犯罪人,使其融入边区的社会秩序。

因此,在立法思想和司法实践中,教育感化成为边区法律的重要特征之一。例如,1942年《刑法草案(初稿)》提出,刑事政策“以教育感化为主,不采威吓报复与毁损人格及痛苦身体诸手段……教育人犯转变恶习,不至再犯罪,训化为社会共同生活关系的善良分子”。^[32]对于犯人,“不采报复与惩办主义而注意政治教育和感化”。^[33]1938年8月,雷经天在《陕甘宁边区的司法制度》一文中提出:

倘若犯罪者的能力,还多少可以贡献于社会,社会对于他还抱有一点希望,法院则尽一切的力量挽救他,帮助他改正错误,给他指出一条自新的光明的道路,以便他将来仍有为社会努力的机会。边区司法对还有一点希望的犯罪者则尽力挽救,帮助其改正……边区对于犯人,完全采取教育感化的方法,争取犯人回转到我们的方面来,消灭犯人与法律的对抗。因此,我们坚决地禁止对犯人打骂虐待的行为,反对对犯人惩罚报复的手段。^[34]

[26] 陕甘宁边区政府委员会编:《陕甘宁边区政府工作报告(二十八年—三十年)》,边区政府秘书处1948年版,第80页。

[27] 同前注[25],第95页。

[28] 王海军:《苏维埃政权下的俄罗斯司法》,法律出版社2016年版,第154页。

[29] 同前注[28],第156页。

[30] 舒湮:《边区实录》,国际书店1941年版,第45页。

[31] 《雷经天在陕甘宁边区司法工作会议上的报告(1941年)》,侯欣一整理,载韩延龙主编:《法律史论集》(第五卷),法律出版社2004年版,第379页。

[32] 王建明主编:《陕甘宁边区法律法规汇编》,三秦出版社2010年版,第477页。

[33] 同前注[26],第76页。

[34] 雷经天:《陕甘宁边区的司法制度》,载《解放》第50期,第16页。

综上,边区在犯罪原因的认识上采取社会责任论,在刑罚目的方面偏重教育刑论。在这样的理论背景下,面向过去的责任角度容许对犯罪者有更多宽容,面向未来的矫正角度留有更大的改善可能性。此二者正与自首之意义吻合,一方面重视犯罪者在犯罪后的改过迁善,另一方面基于其悔过态度和补救行为予以刑罚上的减免。因此,边区采取的刑罚观为自首制度的广泛适用提供了理论前提。

(二) 边区自首制度的特点:中西合璧

从传统法时代以来,自首作为一项稳定沿袭的制度存在于历代法典之中。^[35] 及至中华民国时期,其则体现于1928年《刑法》第38条:“对于未发觉之罪,自首于该管公务员受裁判者,得减所首罪之刑三分之一。”在边区诸多法律文本中,自首制度均有体现。例如,《陕甘宁边区刑事诉讼条例草案》规定:“犯罪人自向公安机关或司法机关陈明其犯罪事实者,为自首。”《破坏边区治罪条例草案(修正案)》也规定:“未经觉悟而自首者得减少其教育期间。”陕甘宁边区政府公布的《边区惩治贪污暂行条例》载:“犯本条例之罪,于发觉前自首者,除依第5条之规定令其缴出所得财物外,得减轻或免除其处罚。”^[36] 总的来说,边区的自首制度特征如下:

首先,自首制度虽然被各类法律文件普遍采纳,但其在纵向与横向脉络中缺乏延续性和统一性,出现了“自首”“自新”等概念混用的情况。回溯革命根据地时期,“自首”与“自新”是明确区分的两种情形。留学于莫斯科东方大学的梁柏台先后参与制定了《中华苏维埃共和国惩治反革命条例》等法规,创办劳动感化院,并制定了《劳动感化院暂行章程》。^[37] 其中,《中华苏维埃共和国惩治反革命条例》(1934年)第36条规定:“凡犯本条例所列各罪之一,未被发觉,而自己向苏维埃自首(自首分子),或既被发觉而悔过,忠实报告犯罪内容,帮助肃反机关破获其他同谋犯罪者(自新分子),得按照各该条文减轻处罚。”^[38] 此处规定的已发觉的情形,即自新分子,因其要求帮助破获同谋而更类似于今天的“立功”概念。但是,这一区分在此后的《陕甘宁边区抗战时期惩治汉奸条例(草案)》(1939年)、《陕甘宁边区抗战时期惩治盗匪条例(草案)》中并未得到延续,

[35] 自首制度的因袭损益过程参见蒋正阳:《清代与现代自首制度的比较研究——对法律现代主义的几点反思》,载黄宗智、尤陈俊主编:《历史社会学:中国的实践法史与法理》,法律出版社2014年版,第265—288页。

[36] 同前注[32],第499—508页。

[37] 同前注[20],第29—30页。

[38] 蓝全普主编:《解放区法规概要》,群众出版社1982年版,第209页。

而是仅仅规定了“自首”。^[39]并且,在同时期其他边区的法律文本中,“自新”成为等同于“自首”的概念,如稍后的《苏皖边区惩治叛国罪犯(汉奸)暂行条例》(1945年)将“自新”单独列为第三章,规定:“犯本条例之罪,在未经检发前,具有痛改前非之决心,向我公安机关投案自首者,准予自新。但犯罪情节重大,须具有下列条件之一者,得免其刑……”该条下第6项情形的概括规定为“前列各款以外之自首,实施确有利于人民解放事业者”。^[40]

其次,吸收传统法制,将自首单列为一项制度。自首单独规定于刑法总则的做法本身,即为对传统立法体例的沿袭,“我国旧律名例设犯罪自首条,名例即总则”。^[41]在绝大多数的边区法律文件中,自首制度都被作为独立完整的一个条文。相较而言,在西方各国的刑事立法中,自首只是减轻情节下的一项内容,并且对自首的原理和机制缺乏详细的阐释。当然,在当时频繁而缺乏系统性的立法之中,这一单列习惯也有例外,如《陕甘宁边区刑法总、分则草案》(1942年)采取了另一种立法例,在第8条作概括规定,在得按其情节减轻或免除其刑的多种情形下设置“将自己尚未发觉之犯罪行为自首者”一项。^[42]

再次,自首减轻的原理由儒家理念转向教育刑论。我国传统法律中自首免刑的原理来源于儒家思想。《宋刑统》在解释自首制度原理时,认为“过而不改,斯成过已。今能改过,来首其罪,皆合得原”。^[43]这一解释对应《左传》中的“过而能改,善莫大焉”^[44]一语。虽然边区对主动供述罪行的处理结果与传统法相似,但此处自首行为获得刑罚减轻的原因却是基于其所采取的教育刑理论。林廷柯认为自首制度与近代刑事政策殊途同归^[45],教育刑论强调刑罚善的一面,主张对犯罪人进行教育,使其重返社会^[46],这一观点与传统自首的原理不谋而合。

最后,取消向被害人的自首,将自首对象限定为国家机关。1942年的《陕甘宁边区刑事诉讼条例草案》规定:“告诉告发自首均得用口头或书面向公安司法机关为之。”^[47]此前,国民政府颁布的1928年《刑法》第38条规定,“向被害、

[39] 《陕甘宁边区抗战时期惩治汉奸条例(草案)》(1939年)第8条规定:“犯第3条各款之罪,未经发觉而自首者,得减刑。自首条例令定之。”《陕甘宁边区抗战时期惩治盗匪条例(草案)》第7条规定:“犯第2条各款之罪,未经发觉而自首者,得减刑。”

[40] 赵秉志、陈志军编:《中国近代刑法立法文献汇编》,法律出版社2016年版,第875页。

[41] 华友根:《中国近代立法大家——董康的法制活动与思想》,上海书店出版社2011年版,第181页。

[42] 同前注[40],第807页。

[43] 《宋刑统》,薛梅卿点校,法律出版社1999年版,第82页。

[44] 赵生群:《春秋左传新注》,陕西人民出版社2008年版,第349页。

[45] 同前注[19],第2页。

[46] 参见西原春夫:《日本刑法的变革与特点》,载西原春夫主编:《日本刑事法的形成与特色》,李海东等译,法律出版社1997年版,第1—17页。

[47] 同前注[32],第470页。

告诉人或请求之人自首而受该管公务员裁判者”，与向司法机关自首的效果一样。^[48]对此，居正认为，“国家减刑之目的，首在感化犯罪，悔悟自新”^[49]，由于向被害人自首同样是悔过自新的表现，因而在自首的对象上不做区别。边区对自首对象的限制，事实上扩大了国家权力对于犯罪案件的掌握和对于犯罪者行为性质的决断。

三、自首制度实用主义实践之延续

纵观自首制度的司法实践历史，我们可以看到清代以降自首制度在实用主义实践方面的连续性。尽管传统自首在表达层面体现了法律与儒家道德主义的一致性，但若兼考实际司法运作，则亦有工具主义和实用主义的面向。陕甘宁边区的自首制度同样是教育刑论的道德化意涵和自首政策的实用化实践的结合，只是在战争背景下，自首制度的工具化和政策化愈演愈烈，而适用门槛的过分降低和适用范围的过度扩大导致了自首制度在道德和实用之间的失衡。

（一）区分背景下的自首制度

在陕甘宁边区与国统区并立的形势下，自首制度所蕴含的宽大之意，正显示了边区的法律体系较国统区更为宽缓和谦抑；同时，自首所具有的争取力量、瓦解敌人的功能，也与当时“争取多数，反对少数，各个击破”^[50]的策略原则不谋而合。总体上，边区对比国统区建立了一套全新的法律体系，在政治上力图比国统区更加宽松和自由，在军事上优待俘虏，在法律上实行宽大政策。

1. 立法和司法的区分建构

边区的立法和司法工作在批判和对照国民党法律和国统区司法的基础上，形成了具有边区特色的制度体系。也就是说，在建立之初，边区法律就有一个对比和区分的对象，立法者有意识地克服国民党法律的既有问题，并将边区的政治优势和意识形态贯彻于新的司法工作当中。一定程度上，矫枉需要过正，加之边区本身的体量，使其有可能尝试建立比国民党统治区更加具体细致和理念先进的法律制度。总体而言，二者的主要差异体现在以下两个方面：

其一，边区法律强调阶级性、具体性和政治性。从阶级分析的角度出发，雷经天认为“国民党的法律是地主资产阶级的法律，对于工农劳动群众只有剥削

[48] 参见黄源盛：《晚清民国刑法史料辑注》（上下册），台湾元照出版有限公司2010年版，第888页。

[49] 居正：《关于减刑办法之研讨》，载范忠信等编：《为什么要重建中国法系——居正政法文选》，中国政法大学出版社2009年版，第159页。

[50] 毛泽东：《论政策》，人民出版社1952年版，第5页。

和束缚的作用,在边区是不适用的”。^[51]因此,边区立法“要从实际出发,即具体的实际情况和经验中,摸索出规律来”。关于法律与政治的关系,从马克思主义法律观出发,谢觉哉提出,法律是服从于政治的,没有离开政治而独立的法律,要从政治上来司法。^[52]对于司法工作,习仲勋提出:“我们的司法方针是和政治任务配合的,是要团结人民,教育人民,保护人民的正当利益。越是能使老百姓邻里和睦,守望相助,少打官司,不花钱,不误工,安心生产,这个司法工作就算越做得好。”^[53]在司法实际中,案件主要在边区终审。虽然理论上终审权应属国民政府最高法院,但实践中并无此类案件发生,客观原因是边区与中央尚未发生法律上的关系。^[54]对此,有批评者称,边区“对于中央法令名义上虽谓力求遵行,但所谓力求遵行者,亦只限于中央法令与边区特殊环境不相冲突之范围内,适用中央法令而已”。^[55]

其二,边区的立法和司法工作重实质多于形式。政府要求“纠正资本主义各阶级在法律面前虚伪的平等而代之以真正的实质的平等”。^[56]司法工作的完结也不止于形式上的终审判决,而关注实际问题的解决。“我们边区的司法工作作风,要以能替人民解决实际问题为主,不以判决形式为重。司法人员能多尽一份心力,社会即多蒙受一份福利,不可沿用旧时代一判完事的老办法。”^[57]即便是以专业知识形成的判决书,也不囿于形式意义,而要使普通民众能够理解。“我们判决书的形式应该不同于国民党的,写那些第几条第几款全是码字,写判决书就是为的使老百姓懂的。”^[58]

2. 制度体系的整体宽容

在政治方面,边区要向全国证明,“孙中山的三民主义与国民政府的建国纲领,只有边区在彻底实行,共产党是唯一言行一致的党,讲到那里就做到那里”。^[59]延安亦是当时的进步青年向往的革命圣地,“延安两字,不知有多少青年人在脑海中回旋着,憧憬着?正与一九二五年大革命前,国内青年憧憬‘黄

[51] 雷经天:《关于改造司法工作的意见》(1943年12月30日),卷号15—149,陕西省档案馆藏,转引自侯欣一:《陕甘宁边区司法制度、理念及技术的形成与确立》,载《法学家》2005年第4期,第40—51页。

[52] 参见谢觉哉:《在司法训练班的讲话》,载王定国等编:《谢觉哉论民主与法制》,法律出版社1996年版,第156—159页。

[53] 习仲勋:《贯彻司法工作的方向》,载《解放日报》1944年11月5日,第2版。

[54] 参见舒湮:《边区实录》,国际书店1941年版,第45页。

[55] 纳君:《司法在西北边区》,载《民意周刊》1937年第23期,第12—13页。

[56] 同前注[26],第76页。

[57] 张希坡:《马锡五与马锡五审判方式》,法律出版社2013年版,第150—151页。

[58] 王子宜:《边区推事审判员联席会议总结(手写件)》(1945年12月29日),卷宗号15—70,陕西省档案馆藏,转引自汪世荣、刘全娥:《陕甘宁边区高等法院编制判例的实践与经验》,载《法律科学》2007年第4期,第159—168页。

[59] 同前注[26],第94页。

埔’的情况差不多”。^[60] 边区在政治生活的各个方面强调其与国民党政府的区别。“我们是人民民主专政,各级政府都要加上‘人民’二字,各种政权机关都要加上‘人民’二字,如法院叫人民法院,军队叫人民解放军,以示和蒋介石政权的不同。”^[61]

在军事方面,解放军对起义部队实行“来则欢迎,去则欢送”,将“优待俘虏,分化敌人”作为一贯政策。^[62] 对俘虏所实行的宽大政策,比对犯人的政策更加宽松。毛泽东提出,“我们要效仿诸葛亮七擒孟获的办法。与对犯人的宽大政策相比,这里的宽大政策,虽然也是为了争取和感化俘虏和瓦解敌军,是不给俘虏以任何处罚的,不特如此,而且要给予优待”。^[63] 这种政策对于孤立敌人非常有效,因此在实施范围和限度上都被特别强调。“其中被迫参加、多少带有革命性的分子,应大批地争取为我军服务,其他则一律释放;如其再来,则再捉再放;不加侮辱,不搜财物,不要自首,一律以诚恳和气的态度对待之。不论他们如何反动,均取这种政策。”^[64] 总的来说,针对俘虏的宽大政策,不追究行为责任,不给予惩罚后果,不要求改变立场态度,而始终以诚恳的态度进行感化。相比法律中的自首制度和宽大刑事政策,军事领域的宽大政策在目标和实效上更加具有实用主义的色彩,但其在实现方法上则有道德主义的宽容。

在法律方面,自首制度所体现的镇压与宽大相结合的政策,是基于阶级理论进行的区分对待。这一刑事政策在边区经历了“侧重镇压(1937至1941年5月)、侧重宽大(1941年5月至1942年)和镇压与宽大相结合(1943年以后)三个发展阶段”^[65],分别对应了苏区重刑传统和现实需要、团结抗战、维护革命成果三种背景。其中,宽大政策“教育争取改造了大多数的犯罪分子,实现了在特殊形势和特定环境下对抗日力量的团结与不同阶层之间的合作”。^[66] 1938年8月,在《陕甘宁边区的司法制度》一文中,雷经天提出边区司法对于为首的违法害民的汉奸、敌探、土匪等判处死刑,对还有一点希望的犯罪者则尽力挽救,帮助其改正。^[67] 1940年12月,毛泽东在《论政策》中提出:“对于反动派中的

[60] 《延安进行曲》,载《新华日报》1938年1月20日,第4版。

[61] 毛泽东:《在中共中央政治局会议上的报告和结论》,载《毛泽东文集》(第5卷),人民出版社1996年版,第135—136页。

[62] 同前注[6],第204页。

[63] 《雷经天在陕甘宁边区司法工作会议上的报告》,侯欣一整理,载韩延龙主编:《法律史论集》(第五卷),法律出版社2004年版,第383—384页。

[64] 毛泽东:《论政策》,人民出版社1952年版,第9—10页。

[65] 同前注[9],汪世荣:《新中国司法制度的基石——陕甘宁边区高等法院(1937—1949)》,第152页。

[66] 同前注[10],第108页。

[67] 同前注[34],第16页。

动摇分子和胁从分子,应有宽大的处理。”^[68]1941年《陕甘宁边区施政纲领》规定:“对于汉奸分子,除绝对坚决不愿改悔者外,不问其过去行为如何,一律实行宽大政策,争取感化转变,给以政治上和生活上之出路,不得加以杀害、侮辱、强迫自首或强迫其写悔过书。”^[69]同时期晋察冀边区、晋冀鲁豫边区、晋西北和山东均规定了类似条款。1942年11月6日发布的《关于宽大政策的解释》,对有证据表明的真心悔改者,必须采取宽大政策。^[70]对人权的尊重、刑事政策的宽缓、教育感化的工作方法,形成了边区作为“民主政治实施地”的制度和理念优势。^[71]宽大政策适应了当时争取国内力量团结的形势需要,成为边区刑事政策的主要趋势。

(二) 自首政策的工具化运用

国内局势的紧张使自首制度的工具性质强化。尽管自首制度的原理在一般状态下是对犯罪人从犯罪违法到悔过迁善的转变的法律认可,并通过减免刑罚的方式来鼓励这种转变,但从另一侧面来看,自首也是一种怀柔政策,可以通过最低的制度消耗,将对立面转化过来。正是基于这一认识,适用门槛更低的自首政策被发布,以促使俘虏投诚,改变形势对比。如此一来,自首制度的道德鼓励和善意引导色彩逐渐淡化,获取情报和削弱敌对力量的实用功能不断增强。

国民政府首先颁布了一系列特别刑法以实现自首瓦解分化的功能。1928年,国民政府颁布《共产党人自首法》,对自首者可以“受免除其刑或缓刑之宣告”。其中,对于未曾执行重要职务并无特定犯罪行为而自首的共产党人免除其刑,对于有特定罪行者,得减本刑三分之一或二分之一。1935年7月25日的《修正共产党人自首法》,更是将减免程度从本刑的三分之一或二分之一提高到统一的二分之一。^[72]国民党颁布自首特别法的目的,是采取政治的“软”的手段,“引诱一些意志不坚定的共产党员叛变自首,从他们口中得到更多的共产党内部的机密”。^[73]与之配套的制度设计是反省院,1929年颁布的《反省院条例》,将根据《共产党人自首法》的规定应进行反省者,送入反省院,并给反省期

[68] 毛泽东:《论政策》,载《毛泽东选集》(第2卷),人民出版社1991年版,第767页。

[69] 《陕甘宁边区施政纲领》,载韩延龙、常兆儒编:《中国新民主主义革命时期根据地法制文献选编》(第一卷),中国社会科学出版社1981年版,第35页。

[70] 宽大政策的形成过程,参见前注[10],第104—106页。

[71] 参见陕西省档案馆、陕西省社会科学院编:《陕甘宁边区政府文件选编》(第八辑),档案出版社1988年版,第126—127页。

[72] 参见《国内要闻:修正共产党人自首法公布》,载《中华法学杂志》1935年第7期,第102页。

[73] 同前注[11],张学继、张雅蕙:《陈立夫大传》,第225页。

满出院者发放自新证书。^[74]

以上法律的施行确实对共产党造成巨大打击。《共产党人自首法》实施次年,自首案件之多,高等法院应接不暇。^[75] 1933年,在南京国民党中央党部办理自首手续者,已达600人以上^[76];1933年到1934年,共产党的很多机关被破获,被捕共产党员的“自首叛变率竟达到95%”^[77];1943年整风审干工作中,36名法院干部中,有17人被认为有政治问题,其中2人为自首叛变^[78];1948年,在国民党的自首政策下,边区党员自首近3000人^[79];1949年,仅在新正县一县范围内,前后投敌自首者达47名之多^[80]。此外,国民党还通过公开宣传,让脱离共产党者在报纸发布启示,派70余人向边区发出《告陕北同学书》,利用同窗情谊劝说自首。

作为应对措施,边区一方面通过媒体宣传反对国民党的自首政策,共产党人基于结社自由对《共产党人自首法》提出强烈批评,“所讲《共产党人自首法》,自然是在各党派不能取得合法平等地位时的产物,和民主原则根本违背,当然应该废除”^[81];另一方面严惩自首者,将自首行为定性为叛变、变节、屈服投降,对于已经自首者,依程度不同严重处罚:

凡党员自首后,破坏了党的组织,与帮助敌人做了其他反革命活动(如帮助敌人挖取我物资、为敌做侦察情报、充当特务、捕杀我党员及群众等),或虽未向敌办理自首手续,但帮敌做了反革命活动者,皆属叛变份子,须一律开除党籍,并在党内外揭发其罪恶行为。其中个别罪大恶极者,还应交由政府或人民法庭审判处理,借以教育党内外群众。对于党员,不论在任何情况下(如自动的、被迫的、个别的、集体的、公开的、秘密的等),在敌人面前屈服投降,与办理了自首手续者,虽未做出其他反革命活动,均系自

[74] 参见中国人民大学国家与法的历史教研室编:《中国国家和法的历史参考资料》(第二次国内革命战争时期国民党反动政府),中国人民大学出版社1956年版,第135页。

[75] “无论各官署力有未胜,而以全省自首案件之多,仰一高等法院综核,事实上亦多窒碍。”参见《司法院院字第94号解释》(1929年5月23日),载司法院编:《司法院解释汇编》第2册,第80页。

[76] 参见林三:《山东共党大批自首》,载《社会新闻》1933年第3期,第36—37页。

[77] 王彬彬:《1933—1934年:共产党员自首叛变率为何高达95%》,http://history.people.com.cn/GB/205396/13650415.html,最后访问日期:2016年6月2日。

[78] 参见《高等法院雷经天院长关于边区司法工作检查情况和改造边区司法工作的意见》(1943年9月30日至1943年12月),全宗15—149,转引自刘全娥:《陕甘宁边区司法改革与“政法传统”的形成》,人民出版社2016年版,第75—76页。

[79] 参见《西北局关于处理收复区自首分子问题的暂行规定》,载《建设周刊》1948年第2期,第14页。

[80] 参见新正县委:《对投敌自首分子处理的错误》,载《党内通讯》1949年第26期,第13页。

[81] 黎群:《集会、结社自由的实现》,载《新华日报》1946年2月18日,第3版。

首、叛变、变节行为,原则上是一律开除党籍。〔82〕

当然,围绕自首制度展开的斗争也并不限于这一时期。国民党自首政策的批评者提出,该政策在大革命失败之后的十年国内战争中已经用得很陈旧了。〔83〕抗日战争时期,日本特务机关为劝说中国人自首,采取的自首政策层出不穷,不仅用严刑威胁,用甜言蜜语,用金钱、美人、地位等来劝诱,而且“派遣旁的叛徒假意帮助被捕者与敌人作斗争,实则达到其所采取的自首政策的目的”〔84〕。此外,边区的工作报告中也提到,日本侵略者“在政治上强化保甲,厉行自首,加强特务活动,摧毁我下层组织,敌寇自第四次治安强化运动之后,更加强‘思想战’,企图消灭沦陷区同胞的民族意识”。〔85〕可见,自首政策以及促使自首的手段和措施已经在屡次战争中运用得十分频繁。

(三) 自首制度的扩大适用

针对政治犯、汉奸、盗匪、烟犯等犯罪的自首特别法被广泛适用,在这些情形中,对罪刑的减免超出了刑法规定的宽大程度,一般为免罪或免刑。与通常认为的“刑乱国用重典”的思路不同,由于这些犯罪具有危险性或广泛性,政府亟需掌握相关犯罪信息,故以免罪免刑引导犯罪者主动弃恶从善。尤其是在打击反革命和汉奸的情形中,自首制度的实用效果比缉捕惩罚有过之而无不及。自首制度使犯罪人悔过自新、去恶明非,国家能够以最低的投入和消耗纠正失范行为,恢复社会秩序。

在各类政治犯罪中,自首者可以减轻或免除刑罚。如1928年3月9日颁布的《暂行反革命治罪法》规定:“犯前项之罪未至暴动而自首者,得减轻或免除其刑。”〔86〕1931年《闽西苏维埃政府布告第九号——反动政治犯自首条例》规定:“凡属反动党不论党魁党羽,一律准其自首免罪;自布告贴贴之日起半个月为自首期间,在自首期间内,按照本条例自首概行免罪。”〔87〕1931年《危害民国紧急治罪法》规定:“犯前项之罪而自首者减轻或免除其刑。”〔88〕同时,对于诚意改悔的破坏抗战分子实行宽大政策,对贪污后自首者减免处罚,对自首之盗匪减刑。〔89〕

〔82〕《西北局关于处理收复区自首分子问题的暂行规定》,载《建设周刊》1948年第2期,第14页。

〔83〕同前注〔4〕,第48—54页。

〔84〕冯铨:《日本特务机关劝说自首的新方法》,载《共产党人》1940年第9期,第47—48页。

〔85〕宋劭文:《晋察冀边区行政委员会工作报告 民国二十七年一三十一一年》,晋察冀边区行政委员会1943年,第16页。

〔86〕同前注〔74〕,第122页。

〔87〕同前注〔74〕,第122—124页。

〔88〕同前注〔74〕,第124页。

〔89〕同前注〔32〕,第499—510页。

对汉奸所采取的自首政策,参照了过去招抚匪盗的做法。在工作方法上,“肃清汉奸除了加紧我们特务工作实地侦察缉捕之外,同时要注意到汉奸的自首,给他们一个自新的机会,并可照从前招抚强盗的办法,由自首的戴罪图功,引领队伍设法破案,那是消灭汉奸的方法,也是破坏敌人间谍网的捷径。”^[90] 1939年的战时法规《汉奸自首条例》第1条规定了汉奸免刑的几种情形:

汉奸于发觉前自首,合于下列各款之一者,得免除其刑之执行:
一、检举其他汉奸案件,经判决确定,或查获重要证据,确有价值者。二、揭发汉奸或间谍之阴谋策略,确实可信者。三、密查敌方机密,确有利于本国者。四、携带军器来献者。^[91]

对于匪徒、烟犯,或以保证人为前提,或以促进改过迁善为目的,允许自新,免处刑罚。例如允许从犯自新,1931年江苏省规定:“前次受诱惑附和盲从者,如能缴械自首,并经有职业之民众三人以上保证,当准予自新,不究既往。”^[92] 又如对烟犯从宽,1935年2月1日《江苏省烟犯自首条例》规定:“依法自首烟犯,得由该管县禁烟委员会发交戒烟所施戒,并得从宽免于科刑。”^[93]《令知办理盗匪自首投诚适用之法规》解释了实施自首制度的目的:“凡有懊悔之诚,无不乐与为善,予以自新,策其后效。果能洗心革面,去恶明非,则是国家多一良民,亦即人类少一残害。”^[94] 自首制度在实践中也卓有成效。1937年,甘泉县的土匪肃清工作,除了以军事力量积极进攻外,还在群众中进行广泛的解释,结果“过去被胁迫入匪的土匪下层群众觉悟了,自觉地跑到苏维埃政府来自首、自新的已有四五人”。^[95]

以上诸种关于自首的特别刑法,在宽免程度上远高于普通刑法对自首后果的规定,普通刑法一般为减轻本刑的三分之一或二分之一,而特别刑法的规定则均为免罪或免刑,意在引诱叛降、获取机密、瓦解敌人。基于如此目的,后来的立法对其规制对象适用自首制度的条件愈加宽松,奖励愈加丰厚,以至于自首逐渐脱离了法律和道德的范畴。

(四) 自首实践轨迹的偏离

为充分发挥自首政策的效果,短期的、运动式的自首屡见不鲜。不仅有针对性的、附较短期限的自首条例,也有普遍开展的“坦白运动”,甚至出现强迫自

[90] 自在:《招致自首汉奸》,载《宇宙风·逸经·西风》1937年第6期,第118页。

[91] 《汉奸自首条例》,载《决胜旬刊》1939年第6期,第26页。

[92] 《民政:盐城匪徒自首暂行章程备案》,载《江苏省政府公报》1930年第589期,第12页。

[93] 《法规:江苏省烟犯自首条例》,载《江苏月报》1935年第3期,第2页。

[94] 《令知办理盗匪自首投诚适用之法规》,载《广东省政府公报》1932年第181期,第160页。

[95] 高峰:《土匪日渐觉悟 来县苏自首自新》,载《新中华报》1937年6月29日,第1版。

首的极端现象。在强迫自首的情形中,认定自首所必要的主动性标准被完全忽视而只剩下如实供述案情的要素,极易导致为获取口供不择手段的刑讯逼供。“坦白运动”中坦白者对自己的罪行夸大其词,政策执行者为强调宽大而致有罪无罚,为获取口供刑讯逼供,这些都是自首制度在实践中偏离轨迹带来的问题。

关于边区自首案例的研究,值得注意的是沈玮玮等学者对于司法案件的总结,其中多有与本文相互印证之处。例如,其将当时进行宽大处理的情形总结为两类:一类属于传统法中可矜的范围,如上有高堂老母需要赡养、不知边区禁令等;另一类则为意识形态指导下的标准,即犯罪人的悔改程度、偶然犯罪等。^[96]

1. 运动式的坦白与自首

自首行为出现在大规模的运动式实践中,包括“坦白大会”“抢救失足者大会”“政策兑现大会”“反奸细斗争大会”等多种形式。尽管法律对自首的时间规定限于案发之前,这类运动对时间的要求则比较宽松,囊括了坦白的情形,不仅可以在犯罪调查过程中展开,也可以在执行刑罚期间进行。^[97]这一形式的效率和效果确实不容小觑,如1943年的绥西政策兑现大会,对犯有一定罪行但能够坦白认罪者当场释放,在此政策感召下,多达“541人主动投案,自动坦白了破坏边区工作的罪行”^[98]。但由于涉及面较广,对政策的误解导致了个别错判的问题。

其中主要的问题来自犯罪者对于政策的无知或误解,部分可能由于审判者对于定案、结案效率的追逐。例如,某犯罪人虽只抢劫过一次,但为了积极参与坦白运动,且误以为坦白得越多越好,承认米脂一带的所有抢劫案都是自己所为。审判员又出于义愤,在判决书中记载该犯抢劫次数多,罪行累累,米脂县一带群众对其莫不恨之入骨,并判决其死刑。所幸后来此案被谢觉哉注意到,认为这个年轻犯人可以教育挽救,不至于判死刑,并调查发现了案情真相。^[99]尽管现在看来案件令人啼笑皆非,但处在那样的运动中却也有其不可避免的一面,毕竟,运动式执法的数量规模使得案件的精细处理缺乏现实可能性。

无独有偶,在另一案件中,子州县的张海鳌因做土匪被捕受审,子州县在审理案件时采取了逼供手段,加之时值坦白运动,张海鳌误以为坦白得越多越好,就将自己实际抢劫的几次虚报为三十余次,经高等法院审核并批示执行死刑。幸运的是,负责执行的绥德高等分院认为仅口供不足以定案,于是派推事史文

[96] 同前注[20],第170—173页。

[97] 例如清涧县在犯人中召开坦白会,如坦白得好,可以减轻徒刑期,参见刘全娥:《陕甘宁边区司法改革与“政法传统”的形成》,人民出版社2016年版,第268页。

[98] 同前注[7]。

[99] 参见赵崑坡、俞建平编:《中国革命根据地案例选》,四川人民出版社1984年版,第26页。

秀复审案件,在了解实情后,考虑到其不是主犯,最终将死刑改判为有期徒刑五年。^[100]

张海鳌案件中所提到的刑讯逼供,也曾出现在西北公学抢救失足者大会上。尽管《陕甘宁边区施政纲领》已有规定,不得“强迫自首或强迫其写悔过书”^[101],《边区政府保障人权财权条例》也规定逮捕人犯不准施以强迫自首^[102],但此次抢救大会上当场拘捕了一个证据确凿却不肯认罪的特务,接下来有几人上台坦白交待,之后外单位的参加者开始敦促可疑的失足者上台主动交待,最终抓出十几个特务。此后部分单位内部开始捕风捉影,大搞逼供信。1944年1月开始,这一趋势得到遏制,边区开始“提倡对坦白分子进行甄别,纠正过左及逼供信,防止扩大化……要保护好人,不要将所有或多数新知识分子都认为是特务分子或嫌疑分子”。^[103]

在大会的场合下,波及的不只是交代罪行的人,在场者也会因此受到教育,其效果接近于公审。公审原型则可以诉诸苏联的经验,20世纪20年代,在俄共的直接领导下,司法工作的一个重要方向是赋予法院教育功能,通过公审,即公开审理,实现法院作为“国家宣传系统”的作用。刑事案件的“公审”几乎存在于整个苏维埃历史时期,法院通过“表演式的诉讼”完成教育目标。^[104]边区法院同样注重教育对于犯罪者本人和社会整体的作用,1945年,马锡五通过教育释放匪犯实现教育广大群众的目的,“对该犯等教育释放,不但争取到该犯等彻底改变,同时可影响到该县回民普遍向善之心”。^[105]

2. 宽大的极端化

自首政策和坦白运动的优势在于打击面广、收效快,但也伴随着另一面,即规定较轻的法律后果以诱导犯罪者悔悟。这一突破常规和惯例的宽缓,一方面引起了学者对于刑罚的报应功能和威吓作用的担忧^[106],另一方面也与老百姓的朴素正义观有所冲突。

在当时的案件中,坦白认错者被分配的刑罚普遍较为轻缓。1944年7月13日延安《解放日报》的一则报道中,苟登偷窃后承认错误,岳村长认为他交出赃物并有悔改,又是初到边区不懂边区的规矩,就根据其改悔表现予以宽恕,不

[100] 同前注[5]。

[101] 韩延龙、常兆儒编,《中国新民主主义革命时期根据地法制文献选编》(第一卷),中国社会科学出版社1981年版,第35页。

[102] 甘肃省社会科学院历史研究室编,《陕甘宁革命根据地史料选辑》(第二辑),甘肃人民出版社1983年版,第358页。

[103] 同前注[6],第78—79页。

[104] 同前注[28],第267页。

[105] 同前注[71],第100页。

[106] “残害过多少生命的分子,也这样的仅须自首之后,便可了事,这未免太便宜,不足以警后来。”参见高寒梅,《自首脱党谈》,载《千秋》1933年第8期,第3页。

再交政府处理。^{〔107〕} 1946年,孙光弟受贿案中,行贿者窦光五承认错误并揭发受贿人,获得无罪宣判。^{〔108〕} 1948年,王明焕刺伤民兵案的公审大会上,从犯王庚辰当场坦白认错,获得从轻处理。^{〔109〕} 但宽大政策在实践中仍产生了一些问题,边区高等法院的报告曾提到老百姓认为宽大政策过于宽容^{〔110〕},其中说道:“防奸大会上把杀人犯李庚娃根据宽大政策当场释放;张树信杀妻没被判刑;关中景多多因奸杀害本夫案,女人未处死刑。”^{〔111〕} 在宽大成为有倾向性的处理原则后,它可能成为其他目的的附庸,例如凸显权力的宽容、示范政策的有效、标榜价值的平等。

当然,自首者并非完全不付出代价,在许多情况下,犯罪人虽然可以获得减刑,但需要接受感化教育或被剥夺选举权。例如,1947年《戡乱时期危害国家紧急治罪条例》第4条规定:“依前二条之规定自首而免除其刑者,得入感化教育处所,施以感化教育。”^{〔112〕} 1932年《“剿匪”区内各县编查保甲户口条例》也规定:“曾为‘赤匪’胁从虽邀准悔过自新而尚在察看管束期间者”,不得当保长或甲长。^{〔113〕} 司法判例亦有“汉奸虽因自首受免刑之判决,仍系背叛‘中华民国’……自不得为公职候选人。”^{〔114〕}

综上,在战争背景下,自首的概念与其原本实质已然分道,其在实践中的性质更加接近诱降、策反等政治策略。时势所迫,获取情报与化敌为友成为自首制度的第一要务,其作为战争与政治手段的工具主义性质被不断强化。自首的构成条件屡次降低,而惩治后果越发轻微,不追究罪状甚至还获得优待。自首实践以运动的形式大规模展开,以致在一些案件中造成有罪者逃脱法律惩罚、无罪者因无知或刑讯逼供最后无辜受刑的惨剧,皆不得不引以为戒。另外,在谈到自首制度的实用层面时,不可忽略的是传统法以来对于口供的制度性需求或习惯性依赖,这种依赖可能构成其得以延续的隐秘因素。“自愿”与刑讯,宽

〔107〕 同前注〔99〕,第137页。

〔108〕 同前注〔99〕,第10页。

〔109〕 同前注〔99〕,第10—15页。

〔110〕 即便在中华人民共和国成立后的镇压反革命阶段,“过分宽大的偏向”仍然是亟待解决的问题。彭真在1951年2月20日在中央人民政府委员会第十一次会议上的报告指出:“人民责备我们‘宽大无边’,‘有法无天’”。表明对于反革命分子过于宽大引起了人民对政府的不满。

〔111〕 同前注〔9〕;汪世荣:《新中国司法制度的基石——陕甘宁边区高等法院(1937—1949)》,第156页。

〔112〕 同前注〔74〕,第181页。

〔113〕 同前注〔74〕,第112页。

〔114〕 《司法院院解字第3043号解释》(1945年12月20日),载司法院:《司法院解释汇编》第4册,第2660页。

大与诱导,教育与制服,其中的模糊与微妙形成自首异化的危险地带。^[115]

四、实用道德主义:自首相关因素之扬弃

无论是基于传统法律实践的路径依赖,还是考虑到边区政权所面临的现实挑战,“实用道德主义”对于认识边区法律的实际情况都是有解释力的概念。在法律表达高度道德化的同时,法律实践则需要根据实际作出一定的调整。在道德理想与实际需要的相互影响下,形成了注重道德化与讲求实用两种观点的矛盾结合,即“实用道德主义”。一方面,它强调了崇高道德理想的至高无上地位,因此是“道德主义”的;另一方面,它在实际问题的处理中采取了实用主义的做法,两者之间充满紧张又合为一体。^[116]

虽然传统自首“原系予人悔悟自新之路”^[117],处断宽免的法理亦在于“取其悔心之萌,其人能改,则止不治矣”^[118],但在道德理念之外,通过亲属代为自首、向被害人自首等情形设置,其在实践效果上确实发挥了提高破案率、及时恢复社会秩序的实用功能。此外,乾隆三十八年(1773年)例文将基于畏惧刑罚而非悔过自新的“闻拿投首”纳入减免刑罚的范围^[119],更进一步扩大了自首制度在提高司法效率方面的实用功能。因此,传统自首制度实际上兼具道德理念和实用价值,体现了传统法律的实用道德主义特征。就陕甘宁边区的自首制度而言,虽然法律道德主义的意涵已经区分于传统法理,即以教育刑论取代儒家的改过迁善理论,但其实践形态同样兼顾正当化的刑事理论和实用导向的法律适用的平衡。

就采取实用主义的客观需要而言,黄宗智教授认为,实用道德主义的思维方式的部分特征可见于毛泽东时代,在大革命失败的具体历史条件下,革命根据地转向大部分党员所不太熟悉的农村,客观上构成重新认识理论与实际关系的契机。^[120] 在时局形势方面,当时的中国共产党面对的是来自国民政府以及日本的双重威胁,为此,所有的法律规则都需要不断地为实现这个目的而进行选择或者妥协;同时,要实现政权在农村地区的推进和渗透,也需要打破原有的

[115] 直到今天,刑法学者对坦白实践的副作用仍有担忧——“有的工作作风不好的人可能利用它作为诱供、套供的手段,违反刑事诉讼中‘重证据不轻信口供’的实事求是原则。”参见高铭喧:《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》,北京大学出版社2012年版,第63页。毋庸置疑的是,脱离道德规制和原理约束的自首制度,将与事实分道,成为实行者主观恣意的遮羞布。

[116] 同前注[13],第160—165页。

[117] (清)全士潮等:《驳案汇编》,法律出版社2009年版,第30页。

[118] (明)雷梦麟:《读律琐言》,怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版,第41页。

[119] 参见(清)祝庆祺等编:《〈刑案汇览〉全编》,尤韶华等点校,法律出版社2007年版,第328页。

[120] 参见黄宗智:《过去和现在:中国民事法律实践的探索》,法律出版社2014年版,第9页。

阶级分布力量。^[121]

(一) 传统资源的实用选择:亲属相隐与矜老恤幼

尽管在话语层面以阶级区分技术划分了新旧法律和秩序,但在建立新秩序的过程中,边区对传统法律和习惯等资源以灵活实用为原则进行了选择性吸收。在新统治与旧结构相冲突的部分,边区的裁判形成与传统法律完全不同的做法,而对于有利于社会和谐与团结并无碍统治力量的基层渗透的事项,如“矜老恤幼”的慎刑原则,边区法律便将民俗惯例采纳进来。

传统法律规定“亲亲得相首匿”,即犯罪者的亲属可以帮助其隐瞒犯罪而不受惩罚,以维护家族秩序,仅在个别危害国家的罪名中规定例外。及至民国,基层治理主要依靠保甲制度,民国初年警察局有扣押犯罪者亲属来帮助抓捕犯罪者的做法。一方面,可以说民国在处理基层案件时仍承认原有社会结构的正当性,另一方面,其逮捕犯罪者亲属以迫使犯罪者本人自首的做法又与亲属相隐之义截然相反。边区在处理政治犯时,同样采取亲属相隐的例外。例如,1937年《汉奸自首条例》第1条规定:“汉奸于发觉前自首……得免除其刑,或免其刑之执行。其配偶直系血亲及同居家属并据保人均以帮助论罪,但事先检举,或年在八十岁以上十八岁以下者不论。”^[122]可见,在严重的政治犯罪中,法律没有赋予犯罪人的同居家属“相隐”的权利,没有检举便视为帮助犯,以使严重威胁统治秩序的危险可以得到及时暴露和解决。

但是,对于“矜老恤幼”的原则,边区又承继了传统,予以弱勢人群刑罚方面的优待,体现了政府的慎刑思想和政治宽容。在1941年的李锁子遗弃案中,犯罪者李锁子不供养母亲,甚至打骂母亲,并反抗自卫军的劝解,但由于他被捕后承认错误,自我悔悟,判决中没有对其从重处罚^[123],最终他被判处苦役半年从轻具保假释。在传统法律框架中,殴父母属于十恶重罪中的“不孝”,但本案对犯罪人“供养有阙”、殴打尊亲属的行为处断畸轻,而强调犯罪人认错悔悟的情节并予以轻罚。推其原因,可能是本案有存留养亲的必要,或边区建设对于劳动力的需求,以及对宽大政策本身的强调。

在1941年的吴占福杀人抢劫案中,其先后抢劫、诱拐、奸淫妇女,杀害合伙经商者并抢劫其财物,论罪应处死刑。但月边高等法院考虑到死者家属未追诉,犯罪者有老母在堂,需要抚恤赡养,并考虑到抗战期间需要珍惜人力,仅判处有期徒刑5年,教育感化使其转变。^[124]

[121] 同前注[20],第143页。

[122] 《解释检查表 汉奸自首条例》,载《法令汇刊》1947年第5期,第11页。

[123] 同前注[99],第171页。

[124] 同前注[9],汪世荣:《新中国司法制度的基石——陕甘宁边区高等法院(1937—1949)》,第161页。

一方面,边区在司法过程中将传统乡土社会中的价值观念纳入犯罪人个别化的处分,有利于政权的意识形态与当地当时的风土民情融为一体^[125];另一方面,就实际情况来看,由于未成年人与老年人本身羽翼未丰或机能衰退,其实施犯罪的现实可能性不如其他人群,而且未成年人因心智未成熟具有可塑性,老年人则不具备长期监禁矫正的客观条件,采取这一原则整体上对于犯罪控制的影响不大。

(二) 中西法理的机制同一:悔过迁善与教育复归

李克分析了帝制时代、民国和共和国的自首制度的历时演变,认为自首制度仅在表面上延续,而新政权建立的新的体系主要体现出变革与断裂,因此,他认为只谈延续性会让问题变得更模糊而不是更明朗。^[126]但是,通过对自首制度的实践的考察可以发现,自首制度本身道德和实用考量的权重并非由于政权更迭而发生显著变化,而是由于不同政权所面临的政治和社会形势。李克所描述的断裂的关键表现是自首制度的政治化和工具化,并认为这是共产党革命对这一制度的重大影响。而通过对特别法律和司法实践的回顾可知,政治化的趋势从国民党颁布针对共产党人的自首法时起就已发端,其具体实践可以追溯到土地革命时期,而自首制度的工具化运用则更早,至少在清代中后期的案例中已经出现。从这一视角观之,则延续多于断裂。

而自首制度得以承续的原因,除了它的实用功效本身的生命力之外,还有中西古今法理机制的一致性。上文在讨论自首制度幸存于清末变法时,提到了儒家悔过迁善思想与西方教育刑论之殊途同归。二者的相似之处在于以犯罪人而非犯罪行为为中心,注重面向未来的预防效果而非面向过去的报应实现,且都将教育和改善犯罪人作为关键。《周易》主张见善则迁,有过则改。王阳明认为“身之主宰便是心”,之所以有恶行,是因为心失去了它本身,恢复的方法在于悔悟,并在此基础上改掉过错。^[127]近代学派也主张将教育作为刑罚的目的,改善有社会危险性的人以使其复归社会。传统自首减轻以犯罪人改过为中心的刑罚设置,也与李斯特将惩罚对象从犯罪行为转移到犯罪者的视角类似。近代学派教育犯罪人所要实现的复归社会,也与传统的出礼入刑和经由刑罚而回归道德的思路异曲同工。此外,教育刑论所注重的教育感化与中国传统法律对主观因素的一贯重视不谋而合,亦体现出传统思想在甄别、借鉴西方法律资源中的隐性影响。

虽然对自首减免的原理认识不同,从作用机制来看,边区刑事理论对教育、

[125] 同前注[20],第170—173页。

[126] See *supra* note [12], p. 814.

[127] 参见(明)王阳明:《传习录》,邓艾民注,上海古籍出版社2012年版,第13页,第34页,第70页。

教化的规训作用之重视,与传统法具有一定的同质性。外国学者更倾向从特殊性和政治实效角度来看待该问题,如李克认为自首制度是共产党进行思想改造的主要法律手段^[128],周锡瑞也提出对叛徒的严惩和对自首者的宽大政策为新政权很好地训练了边区人民^[129]。但回顾传统自首制度的作用机制,这一攻心为上和教化向善的方法在根本原理上实现了传统和现代自首制度的连接。

此外,边区教育犯罪者回归正途的目的是将其改造为共同生活的善良分子,以多一份力量贡献社会。清末修订刑律的辩论中,杨度曾批评家族主义之害而主张国家主义^[130];民国立法的价值选择中,立法者跨过西方国家“个人本位”的法治阶段而直接采取“社会本位”思想;在边区对教育犯罪人的意义的论述中,我们也可以看到清末以来被广泛讨论的社会本位价值的影响。^[131]

五、结语

陕甘宁边区的自首制度,在利用本土资源、引入近代刑事理论的基础上生成。其在文本形式上采取了传统法对自首的基本规定,并将制度背后的原理更新为教育刑论,随后应客观需要而产生了灵活多样的实践样态。

然而,由于战争情势,自首制度的道德性与法理根据未能在实践中充分实现。当时诸多关于自首的特别法律大都失于考虑悔过程度,而是以覆盖打击对象为目的,以尤为宽大的刑罚后果诱导犯罪者自首,以致重罪轻罚或不罚,又或无罪却被屈打成招。究其原因,皆在于将自首作为获得口供之手段,尤其在反革命、汉奸、危害国家等政治犯罪中,不以惩罚特定人为已足,而以获取其掌握的组织机密、情报信息为目标。因此,在对瓦解敌人和争取敌对分子转向的追求中,忽视了犯罪者是否真正为悔过迁善。而这一以交换为本质的工具性自首,只能作为战争时期的权宜之计,不能视为日常治理的长久之策,否则,将难以避免价值沦丧之后的制度异化和效力失灵。

传统自首有效运行的经验是,以悔悟自新的道德理念为基础,以投案时间、悔罪表现、罪名范围的严格限制为标准,对真正有悔过之心者从宽免罪。至于提高破案效率和恢复社会秩序的现实功能,则是前项标准贯彻的客观效果,而不应将其作为唯一或最终目的。自首制度之所以在唐以后的各代法典中相沿

[128] See *supra* note [12].

[129] See Joseph W. Esherick, "Revolution in a Feudal Fortress: Yangjiagou, Mizhi County, Shaanxi, 1937-1948", *Modern China*, vol. 24, no. 4, 1998, p. 370.

[130] 参见李启成点校:《资政院议场会议速记记录 晚清预备国会论辩实录》,上海三联出版社2011年版,第306页。

[131] 边区对刑罚的认识大体采取了刑事社会学派的观点,而刑事社会学派又以社会本位为基础。其具体体现可见前文关于教育刑论的论述,即把犯罪原因归结于社会问题,将解决纠纷背后的社会冲突作为司法的治本之策,将回归社会作为刑罚的考量标准和执行目的。

不改,正是因为其道德性与实用性兼备。自首制度在实践中出现的问题,可引起我们对过度强调自首制度功利效用而忽视其道德理念的警觉,以接续实用道德主义的法律传统,不仅仅将自首作为降低司法成本、获得犯罪信息的实用工具,更重视其引导犯罪者真心悔过、教育不幸者转变改善的道德维度。

(审稿编辑 邵博文)

(校对编辑 谢可晟)