

20世纪的中国

学术与社会



山东人民出版社

法学卷



20 世纪的中国：学术与社会

法 学 卷

苏力 贺卫方 主编

山东人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

20 世纪的中国：学术与社会·法学卷/苏力，贺卫方主编. — 济南：山东人民出版社，2001.1

ISBN 7-209-02676-2

I .2... II .①苏 ...②贺 ... III .①社会科学 - 科学研究 - 中国②法学 - 研究 - 中国 - 现代 IV .C5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 58218 号

20 世纪的中国：学术与社会

法 学 卷

苏力 贺卫方 主编

*

山东人民出版社出版发行

(社址：济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码：250001)

新华书店经销 山东新华印刷厂临沂厂印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 15.5 印张 4 插页 360 千字

2001 年 1 月第 1 版 2001 年 1 月第 1 次印刷

印数 1—3000

ISBN 7-209-02676-2

D·666 定价：28.00 元

出版说明

新的世纪即将来临，历史将翻开新的一页。

20 世纪的中国，发生了翻天覆地的变化，政治进步，经济发展，社会变迁……需要回顾和总结的东西的确很多。我们编写出版《20 世纪的中国：学术与社会》，目的就是试图对 20 世纪的中国学术进行梳理、阐发和总结，希望能为下个世纪的学者研究中国学术及社会问题提供一套有价值的参考书。

本书从提出选题到最终付梓，历时三年多。其间，召开了两次编写会议。先后参加会议的有汪晖、李培林、葛兆光、王守常、汪丁丁、孙立平、朱苏力、李强、贺卫方、高名潞、罗志田、韩毓海、黄平、王名贤等专家学者，以及山东省出版总社、山东人民出版社的领导和编辑。两次编写会议就编写出版《20 世纪的中国：学术与社会》的有关问题进行了讨论，统一了思想和认识。需要说明的是，本书原定八卷，包括人文科学四卷（文学、史学、哲学、艺术），社会科学四卷（政治学、经济学、社会学、法学），后来由于种种原因，最终成书的只有文学、史学、哲学、社会学和法学五卷。作为策划、组织者，总感到有些遗憾。

参与本书编写的作者都是活跃在当今学术界有影响的人物，是各个学科的带头人。能够组织起这样一支“过硬”的作者队伍，实在不是一件容易的事。感谢他们对本书的编写和出版给予的大力支持与积极合作，特别是他们严谨治学的态度和

认真负责的精神，令人敬佩。这也是保证本书具有较高学术含量和学术价值的重要条件。

由于一百年来各门学科发展的不平衡性，也由于各卷作者的风格不尽一致，所以全书的体例并不强求统一，这反而使得各卷具有了不同的特点和风格。我们相信，本书的出版，对于关心一百年来中国学术发展和社会变迁的读者来说，将是一件颇有助益的事情。

山东人民出版社

2000 年 10 月

8
2
3
A
B
A
B
A
B

前 言

在一个匆忙、无定的世纪末坚持一种大约是农耕社会的冬闲留下的习惯，要对本世纪的中国社会的法律发展进行一番回顾与总结，也许是不适宜的。这是因为世纪仅仅是人们为了便于计时的一种方式，它对于我们并不如同具有自然季候的“年”对于农耕时代的人有那么大的意义，因此，世纪末的反思也许仅仅是一种未加反思的习性，仅仅是时间的长度有所扩展而已。在这个匆忙的年代，我们其实无法安静地坐下来，从容不迫地清理和反思。然而，更重要的是我们的反思也未必可能对于未来有很多指导。如果历史曾经告诉过我们什么的话，那么就是个别人——无论其是伟大的政治家还是学者或是一个平民百姓——的反思不可能影响历史的进展，因为历史并非某个思想、理念的展开。因此，我们也许不必将世纪之交那么当真。当然我们并不否认，附着于这种计时，也会有种种其它的因素，包括我们的努力就附着于这一计时方式得以出现。它也许并非非常有用的反思和回顾，尽管两年前山东人民出版社就启动了这一项目。

上来就是一个怀疑！但平心而论，20世纪对于中国来说确实是一个重要的世纪。在这个世纪中，中国所经历的确实是一个翻天覆地的变化，一个“数千年未见之奇变”。无论是中国的政治还是经济和文化，都发生了空前的变化。当然每个时代的

人都会将自己的时代看得特别重，正如每个人无论多么欣赏林黛玉和贾宝玉或罗密欧与朱丽叶的爱情，他事实上都将自己的爱情看得特别重一样。但是，如果就我们这个时代的人来说，对于我们这些人来说，这种看重是完全有道理的。用电视剧《英雄无悔》的主题歌的语式来说，那就是，除了 20 世纪我们还真正能说些什么呢？即使在久远之后的历史学家或外星球的某个智能生物（或全知全能的上帝）看来，20 世纪对于中国其实并不是最重要的，但是对于我们这些 20 世纪的人来说，它仍然是最重要的。

这里汇集了部分作者对于中国 20 世纪的法律问题的一些反思和总结。它并非试图而且也不可能对这一历史时期的中国法律和法学进行总体性的回顾和思考。但是，我们试图从几个方面进行一种概览。苏力和强世功的论文可以分别视为重构中国近代“法治问题”的两种努力。苏力的论文采用的是一种相对说来更为传统的进路，他主要将中国近代以来的法治问题同现代化联系起来。当然现代化并不仅仅是经济现代化问题，他实际上涉及了经济转型带来的其它社会转型，例如文中涉及的民族国家重建、国家机器强化、治理地域扩大以及社会流动性增大带来一系列的问题。特别是他提出了法治的五个悖论（当然并不仅仅是这五个），这实际上提出的是一个现有的法律知识与中国社会变迁之现实之间的一种紧张关系，标志了现有法学理论在中国实践中的困境。强世功的论文将中国当下法治建设所面临的困境概括成呈现为合法性危机的“制度断裂”，他根据中国百年来的经验，在分析了各种理论的基础上，力图在国家与社会的理论框架下来理解中国法律史上这一危机的缘由及为克服这种危机而进行的合法化重建。他认为，这样的合法化重建并不仅仅是西方文化对传统文化的改造（如文化论范式所主张的），也不单单是现代化过程中对传统的简单取舍（如现代化

范式所主张的),即使在国家与社会的理论架构下,我们所看到的合法性重建也不仅仅依赖于国家对社会采取的意识形态灌输和法律制度的强制。他的分析结论认为,合法化与其说是在国家通过对社会的意识形态灌输和制度强制,或社会通过对国家的自由批评和制度约束这种单向度的结构运作中建立起来的,毋宁说是国家与社会、“大传统”与“小传统”通过历史行动者在公共领域中进行双向的沟通和交涉,从而相互让步、妥协、分工、合作、支持和浸透而建立起来的。他认为,西方各个法学派对“法律是什么”的解答仅仅给我们提供了一种可供研究的知识,它无法直接转化为我们对历史和现实的经验,因此,这一重构是一种发现我们的现实问题的努力,也是一种发展中国法理学的努力。我们并不认为这两篇论文是探究20世纪中国法学基本问题的唯一进路,因此它们肯定不是绝对意义上的正确。但是我们认为,这两篇论文都是试图突破现有法理学的规范性框架,试图将20世纪中国的经验问题提升为法学的理论问题。

其实,法治问题也许更为重要的是制度问题,而且制度并不仅仅是一个制度,而是一套制度,一套相辅相成的制度。因此,本书的其它四篇论文都从某个侧面回溯了20世纪中国的一些相对说来比较具体的制度,例如司法制度、律师制度、法律教育制度以及法学学术传统。我们放弃了更为宏观的、如今更为常见的那种以立法为主的进路,不仅因为这种著作已经比较多了,因此不想仅仅为了本书的全面而增加一章,而是试图将那些容易被人们遗忘、忽略至少也是看轻的制度带到学术与社会的中心来。并且我们还认为,在中国的立法已经获得较多重视的情况下,对司法、律师、法学研究和教育问题的反思可能更有助于中国的法治的形成和发展。

贺卫方的论文主要仔细考察了本世纪前30余年中国司法制度的形成、发展、演化甚至“扭曲”。他在中国社会政治发展

中展现了中国司法制度如何同中国的现实政治交织起来，显现出许多看来与西方传统关于司法理论和制度不“规范”的现象，而且其中某些特点在某种程度上还影响着今天中国的司法制度，比如说执政党对司法的高度重视和控制、执政党政策对司法的影响等。这种谱系学分析所展现的问题有助于我们理解今天的问题。比方说，为什么中国的司法会采取这种方式发展起来，难道仅仅是由于中国传统吗？也许这会有助于读者重新理解强世功文章中的某些问题。张志铭的文章重点在时间跨度上几乎与贺卫方的文章相反，它简略地考察了中国的律师制度的历史变迁，集中分析的却是 20 世纪末中国律师制度的发展和问题。之所以这样处理，重要的原因是，在中国，律师作为一种制度可以说直到 20 世纪末才普遍建立起来，而在此之前，特别是在三四十年代，律师仅仅局限于沿海的一些大城市。方流芳和李贵连的论文都触及了中国的法学教育制度，但侧重点各有不同。方流芳简略但全面地考察了 20 世纪中国法学教育制度的几次重大变迁，并在此基础上展开了其对中国当代法学教育的关注。我们从中能够感受到的不仅是法学教育，而且是中国的社会变迁、政治变迁对于法学教育的几乎是决定性的作用，例如，法学教育的出现与近代移植西方法律、50 年代的法学教育向政法教育的转化和对苏联法学的搬用等。李贵连的论文则主要是细致地分析了本世纪上半叶法学学术发展的一些问题，而法学教育则仅仅是作为一个学术部门来讨论的，他关注的更多的是历史，相对说来，法学纯学术的研究似乎与社会变迁关系不那么巨大。但是，在字里行间，我们仍然可以感受到 20 世纪学术与社会的密切联系，有时甚至是一个专业术语的出现和引介，也是如此。

应当说，我们的这一努力仍然有点“太大”，因此也许显得不深刻，也不全面。各篇论文的关注点也有所不同，有的侧重

于历史的演变，有的则侧重于对当代问题的研究。而且，各文也都没有相对统一的理论框架甚或是没有注重理论框架的思考，在这一点上，大约只有强世功的论文是一个例外（但是强世功的论文也因此更像一篇理论思考）。

但是，我们必须在此做几点说明。首先，追求统一的理论框架是否必要，有无可能，甚或是有何利弊，值得研究。我们将主要为自己作出一些辩护。我们采取的是各人自己作主的态度，这种态度并非是一种自由主义，而是在现有状况下必须采取的立场。对于中国 20 世纪的法律发展，在法学界至今尚未形成一种学术共识可以作为统一的分析框架，而且即使有，也未必适合分析一个具体的问题，弄不好反倒有可能有削足适履之弊端。因此，以论文的共同指涉作为论文的组织者，而不是以研究的共同进路作为论文的组织者，是一种比较便利的做法。对于 20 世纪中国法学的反思和回顾也许仅仅是开始，一种框架的确立固然有其好处，但其弊端也可能由此发生。

其次，本书几乎没有涉及具体的部门法，这可能是本书的一个弱点。但是作为编者，我们认为这种选择是必要的，因此是有意的。在我们看来，20 世纪尽管部门法有重大的发展，其中也有许多对于这些部门法来说是非常重要的问题，但是对于本书的主题“学术与社会”来说可能相对不那么重要。对于 20 世纪的中国，可能最重要的问题是社会转型、社会秩序及其合法性的重建，以及相关的法律制度框架和学术传统的创立。部门法在这一重大的历史变迁中相对来说意义有限。本书不打算作为一本 20 世纪法律史小百科，而且那也是超出我们的能力之外的。因此，学术上的有所不为，也恰恰是为了有所为。此外，这种取舍也有对读者的考虑，我们的预期读者并非律师，而是一般的读者，我们希望他们了解的是中国法律的基本线索，而不是一些部门法，哪怕是主要的部门法（例如民法、刑法）的

发展线索。

第三，即使如此，本书还是有许多不足。例如，本书似乎看不出类似其它学科的那种“学术性”、“理论性”以及学术的累积和发展，又似乎无法给人某些学术历史经验的总结，没有新的学术的命题等等。我们的确也常常为自己职业的学术感到某种惭愧。但是，我们不得不请求读者的原谅和理解，请求读者按照法学的可能性来理解法学，而不是按照其它某个学科的标准来衡量法学。法学是一个非常实际的学科，它的主要问题是实践的，而不是思辩的；是由社会构成的、给予的，而不是如同许多其它学科一样可能形成高度形式化的命题和概念体系。特别是 20 世纪，可能也不允许中国的法学家建构这样一个体系。

又如，本书尽管冠以“20 世纪”，但是许多文章并没有对 20 世纪进行全面回顾和分析，而是侧重于本世纪上半叶的分析。这固然可能有某些政治上的考虑，例如如何评价新中国建国头 30 年的法学研究，什么可以作为法学研究的资料，这些问题本身就很难分析，也难以定论。但是，更重要的是，坦白地说，对于近几十年的历史也很难作出令作者自己信服的分析 and 结论。例如法学学术的发展，究竟近 50 年有哪些真正重要的成果和著作，这就很难评价。有些问题可能当初颇为轰轰烈烈，例如 70 年代末 80 年代初关于法律本质的讨论，但是这种讨论的意义也许更多的是在政治上的思想解放，而未必是在学术理论上的推进；与此同类的还有关于法治与市场经济等问题的讨论。司法制度的问题也同样如此。如何评价建国头 30 年的司法制度的成就和不足，如何分析今天很热的司法改革，这些问题实在是学者很难把握的。这里的问题并不仅仅在于涉及到政治问题，而在于对于制度的评价并不是一个逻辑分析的问题，它涉及到更多的相关社会实践之评价，而这可能更需要时间来拉开距离，才

能使我们有一个可能的透视。因此，在学术上的这种“避重就轻”，也许是一种更为现实、更尊重自己和读者的态度。其实，所有的研究在一定程度上都是如此，而且也必须如此。“知其不可而为之”是道德的、政治的态度，而不是学术的态度。

最后，我们必须指出，20 世纪的中国取得的法律成就，无论在制度上还是在学术上，与其它科目相比，都是相对落后和薄弱的。如果说法律是同秩序相联系的，那么中国 20 世纪的种种秩序更多的不是通过狭义的国家制定法实现的，而是通过政治性强制和民间秩序之结合完成的，就其学术而言，更多的是译介和移植，一部分是用引入的理论对史料的整理，而很少创造性的研究。在这个意义上，有学者称中国的法学是“幼稚”的，话虽难听，但不无道理。当编辑完这本书，甚至我们自己也感到惭愧。这种法律和法学的状况，固然有法律家和法学家的责任，但也许我们更应当从历史的角度来理解。当 20 世纪中国的主要任务是变革和探索时，那么我们就很难期望法律制度的稳定和法学研究的昌盛。也许这可以从另一个角度提醒我们本丛书的题目《20 世纪的中国：学术与社会》的更深刻的意蕴。

编者

1999 年 5 月 3 日于北大蔚秀园

目 录

现代化视野中的中国法治 苏力 (1)

一、现代法治解决的是什么问题? (4)

(一) 乡土社会的秩序和“法治” (5)

(二) 现代化与现代法治 (14)

二、20 世纪中国的现代化和法治 (21)

(一) 悖论之一：变法和法治 (24)

(二) 悖论之二：法律与立法 (27)

(三) 悖论之三：国家与社会 (31)

(四) 悖论之四：理想与国情 (34)

(五) 悖论之五：普适性和地方性 (38)

三、中国法治的前景 (41)

法律移植、公共领域与合法性——国家转型中

的法律 (1840~1980 年) 强世功 (47)

· 导言 (47)

(一) 问题的提出 (47)

(二) 对已有解释范式的反思 (50)

(三) 文章的结构安排 (54)

一、合法性、市民社会与公共领域 (56)

(一) 合法性的两种解释传统·····	(56)
(二) 市民社会、公共领域与合法性·····	(63)
二、中华帝国的合法化及其危机·····	(70)
(一) “儒家模式”与“法家模式”·····	(70)
(二) 村庄与士绅阶层·····	(74)
(三) 合法化危机：公共领域的结构性转变·····	(78)
三、合法性重建：在国家层面上·····	(85)
(一) 意识形态的合法化：国家主义的兴起·····	(86)
(二) 法律制度的合法化：法律制度的移植·····	(96)
四、合法化重建：在乡村层面上·····	(104)
(一) 争夺村庄：阶级、政党和乡村精英·····	(105)
(二) 国家正式法与民间习惯法的交涉·····	(116)
五、司法的政党化及其危机·····	(133)
(一) 司法改革与司法的政党化·····	(134)
(二) 惩罚的社会：弥散性惩罚以及危机·····	(150)
(三) 惩罚理性的兴起·····	(161)
(四) 结论·····	(166)
中国的司法传统及其近代化·····	贺卫方 (172)
引子：急庇仑事件·····	(172)
一、古典传统·····	(175)
(一) 集权而非分权·····	(176)
(二) 知识的统治·····	(178)
(三) 非专业化知识的统治·····	(179)
(四) 没有对抗的司法·····	(183)
二、权力分立·····	(185)
三、司法独立·····	(191)
(一) 压力下的分立·····	(191)

(二) 北洋时代的司法独立	(197)	
(三) 司法党化	(200)	
四、几点议论	(204)	
 中国近现代法学的百年历程 (1840~1949 年)		
.....	李贵连 (214)	
 一、19 世纪中国对法学的呼唤		(215)
(一) 从“公法”到“权利”	(217)	
(二) 日本国志《刑法志》中的日本《刑法》与 《治罪法》及其中的法律新名词	(220)	
(三) 维新骄子呼唤法学	(226)	
二、法学用语的创制与引进	(234)	
(一) 东邻的新名词	(235)	
(二) 新词的解说与使用	(241)	
三、近代法学教育的开端	(246)	
(一) 萌芽中的近代法学教育	(246)	
(二) 20 世纪初期的法学教育	(250)	
(三) 南京国民政府时期的法学教育	(265)	
四、学术研究风貌	(277)	
(一) 学术研究机构	(282)	
(二) 学术评价中的悖论	(283)	
(三) 翻译、介绍、移植的外国法学著作	(287)	
(四) 现代法律史学的奠基	(290)	
(五) 现代刑法学体系的初步形成	(297)	
(六) 刑事诉讼法学的产生和发展	(306)	
 中国法学教育观察		方流芳 (320)
 一、法学教育与法律职业		(320)

(一) 法学教育、法律职业与法律传统	(320)
(二) 清末：安置“候补官员”的法政学堂和 法律移植	(327)
(三) 民国：私立法政学校、政府管制和 司法官考试	(331)
(四) 新中国：法学教育与法律职业的分离	(335)
二、院校法学教育自身的问题	(353)
(一) 法律教育机构的“条块分割”	(354)
(二) 法学教育的专业分类	(356)
(三) 课程设置、教材与教学方法	(359)
(四) 师资	(361)
(五) 多元化的本科和研究生项目	(365)
(六) 教育经费不足和大学的商业性创收	(370)
三、思考和建议	(371)
(一) 重建法学教育和法律职业的纽带	(371)
(二) 统一法学教育	(374)
(三) 摆脱继受法学和教条主义	(376)
(四) 建立以信息公开为基础的竞争机制	(378)
(五) 大力鼓励私立法学教育	(379)
20 世纪的中国律师业	张志铭 张志越 (382)
导言	(382)
一、发展轨迹	(388)
(一) 律师制度的引入	(388)
(二) 中国律师制度和律师业的形成和发展	(396)
(三) 当代中国律师制度和律师业的发展轨迹	(400)
二、现状述评	(420)
(一) 律师数量和法律服务体系	(420)

(二) 律师业务和对律师服务的需求	(427)
(三) 组织形式和管理体制	(434)
(四) 政治参与和律师权利：“资源贫乏” 及其克服	(438)
(五) 律师惩戒和职业规范	(443)
三、问题专论	(450)
(一) 职业定位和职业使命	(450)
(二) 律师与法律职业共同体	(454)
(三) 充分的法律服务与律师业务的垄断	(462)
(四) 律师与服务贸易	(470)
(五) 律师和法律援助	(475)