



西南政法大学

六十周年校庆系列文库·西南政法大学学子文库

中国法文化的历史与现实

The History and Reality of China's Legal Culture

· 甲子 ·

赞·著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA



西南政法大学

六十周年校庆系列文库

中国法文化的历史与现实

法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国法文化的历史与现实 / 里赞著. —北京: 法律出版社, 2010. 8

(西南政法大学学子文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1084 - 7

I. ①中… II. ①里… III. ①法律—文化—研究—中国 IV. ①D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 150471 号

西南政法大学
学子文库

中国法文化的历史与现实

里 赞 著

责任编辑 易明群 董 飞

装帧设计  iloveee

© 法律出版社·中国

开本 720 × 960 毫米 1/16

版本 2010 年 9 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 17.25 字数 246 千

印次 2010 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 吕亚莉

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 1084 - 7

定价: 35.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

西南政法大学六十周年校庆系列文库

总序

六十周年，六十部作品。

2010年是西南政法大学六十华诞。为总结办学经验，醇化学术氛围，凝聚西政情缘，学校定于2010年9月19日至20日举行六十周年校庆活动。经过认真筹备和严格筛选，我们谨向学术界和社会公众呈上自己的作业——西南政法大学六十周年校庆系列文库。

这六十部作品，集中体现了西政学术的传承和创新。全套文库共分为四个系列和两个单品，简称为“4+2模式”：即西南政法大学学术文库（此次共收录15部）、西南政法大学博士文库（此次共收录15部）、西南政法大学学子文库（此次共收录15部）和西南学术大讲堂（此次共收录13部）四个系列，共计58部作品；另有《西南政法大学校史（1950—2010）》和《当代中国转型期的法学教育发展之路》各1部。各个品牌项目在持续性出版中通过六十周年校庆活动得到整合和提升。其中，“学术文库”涉及法学、经济学、管理学和哲学等多个领域；“博士文库”则集中展示我校近年来的博士研究生培养水准，此次入选的15部作品皆为各自学科和领域中具有问题性、前瞻性、深刻性和现实性的研究成果；“学子文库”的作者主要来自1980级西政校友，意在同时纪念他们入学三十周年；“学术大讲堂”则汇集了西南法学论坛、金开名家讲坛、名人论坛及我校教师的精彩讲座，将声音固化为文字，将瞬间凝结成历史。《西南政法大学校史（1950—2010）》和《当代中国转型期的法学教育发展之路》两书，是西政对于自己及中国法学教育发展历史的一次认真整理和回顾。

这六十部作品,是我校学术实力的又一次整体亮相,也是对我校新近学术成就的一次盘点。她既是法学名家和新锐指点江山、激扬文字的历史见证,也承载着西政校友回报母校、奖携后学的温热期许。尤其是,鉴于西政目前已由法学单科性院校转向为“以法学为主多学科发展”的综合性大学,因此就学术成果展示而言,今年校庆较之以往的校庆最大的不同就在于学科成果多元化,而不再仅限于原来法学单科性院校视阈中的学术成果之展示。

这六十部作品,刻录下在我国改革开放的历史进程中,特别是在我国社会主义民主法治建设进程中,西南法学及其他相关学科发出的一种声音、沉淀的一种思考,与时人共鸣,更让后人知晓并体悟一代又一代西政人为国家的发展、社会的进步与人民的福祉,负责任地思考过什么、呼吁过什么。这是西南政法大学为建校六十周年所提交的一份学术答卷,也是西政人为中国民主法治发展献上的累累教研果实和片片赤诚之心!

我们真切地期待着学术界对西南政法大学六十周年校庆系列文库进行庄重批阅,更真切地期盼当下和未来的读者们细细品味、神思交游,一同探索、领悟中国法学教育、中国法治建设、中国社会发展的理念和正道!

西南毓秀,桃李芬芳。

西南政法大学一直被誉为“中国政法界的黄埔军校”。其学术成就和人才群体,是新中国法学教育、法治建设和社会发展的一个重要推动力之一。

西南政法大学原名西南政法学院,其前身是1950年成立的由刘伯承元帅担任校长的西南人民革命大学。“革大”的爱国情怀是西政精神的源头。1953年,以西南人民革命大学为基础,合并重庆大学、四川大学、贵州大学、云南大学、重庆财经学院的法律院(系),正式挂牌成立西南政法学院。建院伊始,学校得到了时任西南局负责人邓小平、刘伯承等老一辈无产阶级革命家的亲切关怀,原东北抗日联军第二路军总指挥周保中将军出任西南政法学院首任院长。西南政法学院建院之初即选择歌乐山下红岩烈士殉难之所作为校址,更是为着“以先烈们的革命精神教育青年、培养政法干部”。1958年,中央公安学院重庆分院又并入西政。特殊的建校背景,使我校既会聚了法学名流又吸纳了实务精英,既秉承了深厚的法学传统又融入了公安教学的特色。学校也因此被誉为新中国法学教育的

“西南联大”。

学校先后经历了由西南大区、司法部、四川省、最高人民法院、司法部、重庆市等多次管理隶属关系的变更。回首往昔，“文革”期间曾一度被迫停办，1977年经中央批准率先恢复招生。1978年，经国务院批准为全国重点大学，是司法部部属政法院校中唯一的重点大学。1995年，学校更名为西南政法大学。2000年，由司法部直属划转重庆市人民政府管理，实行“中央与地方共建、以地方为主”的管理模式。2008年，成为教育部和重庆市重点建设高校。

六十年来，西南人民革命大学、西南政法学院、西南政法大学一脉相承，生生不息；

六十年来，创业的艰辛、曲折的磨难、探索的迷惑，起伏跌宕；

六十年来，从化龙桥、歌乐山披荆斩棘到渝北校区破土拓荒，从复办的艰苦卓绝到三次创业的宏图大展，几代西政人薪火相继，矢志前行，一次次成就骄人的辉煌，共同书写了中国法学教育史上浓墨重彩的一页；

六十年来，西南政法大学发展中的每一个点滴和大小时刻，凝聚、塑造了独特的西政学人风格与学术品格；

六十年来，变化的是历史，不变的是精神。

——心系天下的责任意识。《老子》曰：“圣人无常心，以百姓心为心。”西政人对国家、对社会始终有着强烈的责任感和使命感。巍巍歌乐山，激发了西政人昂扬的浩然正气；泱泱嘉陵水，滋养了西政人强烈的家国情怀。他们或悉心研究，探求法魂，传播法义；或积极践履，敢为人先，奔走在法治实践的第一线；或运送正义，为社会进步鼓与呼。在众多的西政校友中，既有偏居基层或边远地区任劳任怨、默默奉献的法律工作者，也有为人类和平民众平安勇于献身的时代英烈。在诸多历史关头，西政人总是挺身而出，不畏艰险，为国分忧，为民请命。西政人爱校如家，对学校深厚的感情和强烈的凝聚力常令他人感叹不已。西政发展曾屡遭磨难，“文革”期间更是一度停办，但老一辈西政人奔走呼号，反对撤校，为保留西政家园而不屈斗争终获胜利，为后来的“西政现象”奠定了基础。六十年来，西政人风雨同舟，和衷共济，挺过无数难关，熔铸了西政品牌。当学校遇到波折或困难时，西政学子总是发出“天佑西政，生生不息”的共同

呼声。心系天下又爱校如家,这种家国情怀是西政人奉献国家社会的动力源泉,也是学校发展的宝贵财富。

——**自强不息的克艰气魄。**西政的发展历程,是一部百折不回、逆境崛起的拓荒史,也是一部披荆斩棘、克服万难的励志片。初创时期,在荒山野地上建校,西政人以拓荒者的精神,筚路蓝缕,以启山林。十年浩劫,学校面临灭顶之灾,险被撤销,西政人通过不屈不挠的斗争,赢得率先复办的先机,并成为全国重点大学。刚从“牛棚”中返归讲坛的老师,怀着对国家命运的忧患意识和学术虔诚,将压抑了十多年的激情转化为传道授业的热心,学生们则为了弥补失去的青春,与时间赛跑,共同创造了“西政现象”;20世纪90年代末管理体制的突然划转和改变,让学校的发展出现波折,但西政人在逆境中不屈服,不气馁、不言败,百折不挠,把困难当磨练,视危机为转机,克服各种困难和不利因素,锐意推动学校发展进步。在任何困难面前,西政人始终表现出一种不屈的抗争精神,一种百折不回的浩然正气。这种勇于面对问题、直面挑战竞争的气魄,这种自强不息、励精图治的奋斗精神,成为一代又一代西政人传承的优良传统,成为西政继续发展的不竭动力和源泉。我们偏居西南一隅,并无太多地利可言,环境条件也曾落后于不少兄弟院校。但莘莘学子正是在偏远之地祛除浮躁之气,砥砺气节情操,潜心研习学问。虽处江湖之远,反得学问之先。这亦是孕育产生光耀中国法学界的“西政现象”的重要因素。

——**和衷共济的团队情怀。**西政人之间情深义重,亲如家人。西政校友“聚成一团火,散为满天星”,他们虽散布于大江南北,但都有着同一个名字——“西政人”,有着同一份情怀,那就是“爱西政”!无论岁月流逝,无论天南海北,他们情系母校,矢志不渝。聚散离合处,西政情永存。每当母校发展的关键时刻,西政人都会发扬团结协作、和衷共济、共度难关、奋力拼搏、敢为人先的团队精神,“西政精神”就会得到令人感动的彰显,迸发出强大的精神和物质力量。特别是2003年,经过全校上下的共同努力,西政在全国首批获得法学一级学科博士学位授予权,从此我校所有的法学二级学科均可以招收博士研究生;同时我校法学以外的所有学科也都获得硕士学位授予权,均可以招收硕士研究生;也是在这一年,为迎接西政校庆(当时仍以1953年西南政法学院为建校起点,故为五十年

校庆),全国各地各年级校友众志成城,在短时间内一举推出“西南政法大学学子学术文库”五十部,形式之创新,品质之高端,赢得各界一片好评。2004年,我们在西部地区率先设立法学博士后科研流动站。2005年,整合众多学科的力量,强强联合,集体攻关,获得了国家社科基金A级重大项目“改革发展成果分享法律机制研究”,成为重庆市第一所承担此类项目的高校。2007年,全校上下精诚团结,奋勇争先,在教育部本科教学工作水平评估中获得“优秀”成绩,教育部专家对我校办学成就和办学特色给予了高度评价,进一步鼓舞了士气,增强了凝聚力。2008年,学校成为教育部和重庆市重点建设高校,再次赢得发展机遇,并且借“恢复招生三十年”的契机举办了一系列活动;2009年、2010年,我们将“转型升格”提炼为全体西政人的共识和奋斗目标,开启了创建研究型高水平大学的新征程。

——**严谨求实的诚信校风。**当年“西南革大”蕴蓄的艰苦朴素的作风、严谨扎实的教风,在西政的发展过程中逐步凝结为“论辩文化”和“实务教育”两个鲜明的办学特色。其源于学校特殊的建校背景,在学校长期的办学过程中积淀形成,又融入了现代教育观念。它看似两个方向,实则高度统一:尚思善辩,才能目光高远;厚德笃行,才能脚踏实地。尚思,但不空谈;笃行,但不功利。这两大特色紧密联系,共同体现了学校培养人才的独特教育模式,也是“西政人”的一个标签。“严谨求实、知行合一”,成为是西政的教学特色,赢得了社会的广泛赞誉。学校历来将以“务实”为基点的学生思想素质教育作为提高教学质量和人才培养质量的首要任务。在改革大潮和依法治国方略的大背景下,学校秉承“务实”的学术传统,将学术研究、人才培养与社会服务密切结合,将培养符合社会需要、社会适应能力强的“务实创新”型高素质专门人才作为育人目标。学校地处西南,偏居一隅的地缘劣势却辩证地造就了一方学术净土。《论语·卫灵公第十五》云:“主忠信,行笃敬。”正是厚德、尚思、笃行的理念,培育了西政人严谨诚信、厚积薄发的学术精神和做人风格。

此次隆重推出的这套西南政法大学六十周年校庆系列文库,正是上述“西政精神”的再一次体现。这种精神,很多人追寻过,希望论证清楚、阐释明白,然而,只有真正拥抱过这片土地和被西政拥抱过的人,才能真

正体悟。“西政精神”——在每一个爱西政的人心中。

总结历史的意义,既在于反思过去,更在于指引未来。

今日的西政人,正走在“第三次创业”的大道上,承继西南革大传统,弘扬“西政精神”,推进高水平大学建设。

六十周年纪念,标志着西政历史的首卷已然浓墨重彩,同时意味着一轴新卷正徐徐展开。我们有理由相信,西政人所拥有的,不仅是六十年无比辉煌的历史让我们自豪;更重要的是,还有着无限美好的未来让我们期待并等待我们描绘!

西政雄风犹在!

是为序。

付子堂

2010年7月31日

于重庆歌乐山下

目 录

第一编 近代法律史研究

1. 司法或政务:清代州县诉讼中的审断问题
——侧重晚清四川南部县的实践 / 003
2. “变法”之中的“法变”:试论清末法律变革的思想论争 / 026
3. 历史视角下地震灾害应对策略的法律化 / 040
4. 民国婚姻诉讼中的民间习惯:以新繁县司法档案中的订婚案件为据 / 049
5. 民国时期民间佛教信仰的失落
——以新繁县周氏家族与僧法钲庙产纠纷案
(1935 ~ 1939)为中心 / 061
6. 中国近代法学教育的地方实践:以四川法政学校为例 / 075

第二编 法学理论研究

1. 秩序微言 / 091

2. 人性恶与法治

——一个形而上学的视角 / 099

3. 后现代思潮冲击下的法、事实与司法独立

——以司法文化的重建为中心 / 114

4. 从法学之法通向司法之法

——现代性—后现代范式中法的概念变迁 / 128

5. 权力本位及其法制形态 / 143

6. 人权保障的历史发展 / 156

第三编 中国法治实践研究

1. 变与不变:转型时期的中国法 / 167

2. 证人拒证权的理由

——一种历史文化的分析 / 177

3. 认真对待拒证权 / 187

4. “一国两制”与法律选择 / 195

5. 香港回归及其法律意义 / 215

6. 违宪审查:价值、理论及在当代的实践 / 224

7. 区域性社会发展中的法律资源配置及其意义 / 235

8. 西部开发与法律资源的配置 / 249

第一编 近代法律史研究

1. 司法或政务:清代州县诉讼中的 审断问题*

——侧重晚清四川南部县的实践

近年来,伴随着国家与社会互动研究的兴起,清代州县^[1]审断问题逐渐成为法律史研究的热点。晚清以降凸显的中西文化竞争,使得州县问题的研究不仅在具体的历史阐述上与宏大理论相关,原本抽象的法律文化解释也在相当程度上增强了实证色彩,清代州县审断问题的研究也因此获得了超越自身的意义。

同时,中国法律史的研究方法也出现了从注重系统解释到弄清具体问题的转向,通过原初史料研究具体问题的取向在法史学界渐成风气。清代史料的相对丰富,尤其是州县档案的发掘和整理,为学界对清代审断的研究提供了坚实的基础:不仅更为深入的实证研究得以实

* 本文原载于《法学研究》2009年第5期。《新华文摘》2010年第3期全文转载。

[1] 在中国古代后期的文献中,州县官常简称为“州县”。为使叙述与引文融为一体,本文沿袭这一习惯用法,仅在文义可能产生误解时表述为知县或州县官。

现,也使既有理论的重新解释成为可能。^[1]

早在 20 世纪 40 年代,瞿同祖的《中国法律与中国社会》一书即已论及清代州县的审断问题。^[2] 瞿氏著《清代地方政府》一书则较为全面地阐述了包括司法在内的州县制度。^[3] 随后,陶希圣的《清代州县衙门刑事审判制度及程序》一书,对清代州县的审断作了生动的系统性描述。^[4] 20 世纪 80 年代,中国清代州县法律问题再度引起国际学术界的关注,其中影响最大的是以滋贺秀三为代表的日本学者和美国学者黄宗智。关于清代州县的审断问题,滋贺秀三指出,州县审断是“父母官诉讼”,^[5] 实质上是一种“教谕式的调解”;^[6] 而黄宗智认为州县是严格按照清律审断,“他们是以法官而非调停者的身份来行事”。^[7] 他们之间的国际性争论,到目前为止仍是包括中国学者在内的各方关注的重点,很大程度上主导着法律史学界对清代州县审断问题的认识。

[1] 自 20 世纪 50 年代起,我国台湾地区学者戴炎辉利用清末台湾淡水厅、台北府、新竹县的官府档案(即所谓“淡新档案”),就相关问题展开了研究。大体包括:“清代台湾之司法制度”,载《台湾省通志稿·政事志司法编》(第 1 册),台湾省文献委员会 1955 年版;“清代台湾之隘制及隘租”,载《法制史研究》1957 年第 56 号;“清代地方官治组织及其实际运用”,载《宪政时代》1975 年第 1 卷第 2~4 期;“清代台湾的乡治组织及其实际运用”,载《法学丛刊》1976 年第 80~83 期等。不过,由于两岸的隔阂,这些研究以前对大陆学者影响不大。近年中国大陆学者对此问题的关注,有以张晋藩为代表的典章制度研究、梁治平为代表的法律文化研究以及徐忠明、邓建鹏等人的档案文献研究。参见张晋藩:“清朝法制史概论”,载《清史研究》2002 年第 3 期;梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,中国政法大学出版社 1996 年版;徐忠明:“清代中国司法裁判的形式化与实质化——以《病榻梦痕录》所载案件为中心的考察”,载《政法论坛》2007 年第 2 期;徐忠明:“明清刑事诉讼‘依法判决’之辨正”,载《法商研究》2005 年第 4 期;邓建鹏:“清代州县讼案的裁判方式研究——以‘黄岩诉讼档案’为研究对象”,载《江苏社会科学》2007 年第 3 期;吴欣:“清代妇女民事诉讼权利考析——以档案和判牍资料为研究对象”,载《社会科学》2005 年第 9 期;张小也:《官、民与法:明清国家与基层社会》,中华书局 2007 年版;王志强:《法律多元视角下的清代国家法》,北京大学出版社 2003 年版。

[2] 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,商务印书馆 1947 年版(本文所用为中华书局 2003 年新版)。

[3] 瞿同祖:《清代地方政府》,法律出版社 2003 年版。该书英文版于 1962 年由哈佛大学出版社出版。

[4] 陶希圣:《清代州县衙门刑事审判制度及程序》,食货出版社 1972 年版。陶父曾为晚清州县,故此书也参考了陶个人儿时的经历。

[5] 滋贺秀三:“中国法文化的考察”,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判和民间契约》,法律出版社 1998 年版,第 3、13 页。

[6] 滋贺秀三:“清代诉讼制度之民事法源的概括性考察”,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判和民间契约》,第 21 页。

[7] 黄宗智:《民事审判与民间调解:清代的表达与实践》,中国社会科学出版社 1998 年版,第 12~13 页。

不过,对清代州县审断问题的既存研究(包括上述日美学者和多数中国法史学研究者),都是在清代州县的审断是一种“司法”行为的前提下展开的。正是由于对清代州县审断的“司法”定位,把负有地方全权职责的州县官视为“法官”,才导致法史学界围绕州县诉讼所产生的一系列从事实到理论的论争,包括从“法源”角度争辩审断是否依律以及如何依律等问题。

然而,这样一种“司法”定位,以及在此基础上按照现代法律思维来分析清代的州县审断问题,其实已陷入了黄宗智和寺田浩明在论战中都声称应当避免的“西洋中心主义”。^[1]实际上,中国古代对于“法”这一基本概念的认识,以及“法”在社会中的地位和作用,都是需要重新思考的问题。^[2]作为审断当事人的州县官员的知识背景,与此密切相关。而诉讼中告状一方表现的社会诉求,是州县审断所因应的直接对象。所有这些,都是必须纳入思考的重要因素。

放弃先入为主的理论预设,回到历史情境中去思考问题,运用档案材料把当时的具体问题陈述清楚,可以更准确地呈现史事的真相,恐怕也是解决上述国际性争议乃至寻求解答清代州县审断问题的必要途径。本文即朝此方向努力,立足于原始资料进行思考和提出问题,尽量不以现有概念曲解原有概念(甚至原来没有的概念);主要依据以保存完整著称的四川南部县清代档案,论证清代州县的审断主要是一项政务行为而非司法行为及其具体的运作方式。

一、州县审断更多为政务而非司法

既存研究多批评中国传统政治重“集权”而不像现代西方那样强调

[1] 黄宗智:“中国法律制度的经济史·社会史·文化史研究”,载《比较法研究》2000年第1期;寺田浩明:“清代民事审判:性质及意义——日美两国学者之间的争论”,载《北大法律评论》(第1卷第2辑),法律出版社1999年版,第603~617页。

[2] 梁治平对中国传统“法文化”和“法观念”一向关注,除前引《清代习惯法:社会与国家》外,可参见其《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》(中国政法大学出版社1997年版)等论著。不过,本文的看法与他之所见不尽相同。

“分权”，其实中国传统政治关于权力制约的理念和机制另有着落。例如，古代中国虽无国家权力结构意义上的分权，却一直存在“治统”和“道统”的区别；虽不强调具体制度上的权力制衡（尽管也有“谏官”制度），却重视道德上的自律和文化上的批判。^{〔1〕}这一套从中国传统文化中形成的制约机制的有效性，及其与西式现代政治的比较评价应如何展开，或仍需要进一步的讨论。承担着审断责任的州县长官，即充分体现着中国式的“集权”特点，而与现代西方的“分权”意识相去甚远。

西方现代法治主义的理论设计是要在体制上防止国家权力的高度集中而行分权。在三权分立理论下，不仅立法、司法与行政在权力结构上被有效区分，形成“以权制权”的制衡机制，而且也赋予了享有特定权力的国家机关以明确的职能分工。在此意义之上的司法机关即法院，发挥着解决社会纠纷的职能。不过，分权机制和法治主义的价值取向在强调组织分工的同时，从制度和价值上实际免除了司法的某些社会责任和社会义务。^{〔2〕}

司法的社会责任免除之鲜明表现，即实际形成了“程序正义”超过“实体正义”的法治理念。而司法人员的职业养成以及执业人员的选拔，也日益“专业化”。这类“专业化”的培养，不仅在于“专业化”的知识和技能，而且塑造了“专业化”的思维和习惯。职业法官成为从事法律适用的“专门”人才，其职务的履行重在运用法律条文的正确与否，至于法律的适用是否会从根本上平息纠纷以及由此可能会给社会带来的影响，理论上并非司法机关或法官的主要关怀所在。在此前提下，包括律师在内的所谓“法律人”主要关注的是法律的适用，在司法中排除一般社会规范和价值标准（如情理、道德），不仅具有理论和制度完善的意义，而且是顺理成章的事情。

反观包括清代在内的传统中国，既无西方现代意义的国家权力结构，也没有现代的法治理体。州县衙门以及州县官的实际身份和地位，与现

〔1〕 参见罗志田：“中国文化体系之中的传统中国政治统治”，载《战略与管理》1996年第3期。

〔2〕 参见〔美〕博登海默：《法理学：法律哲学和法律方法》，张智仁译，上海人民出版社1992年版，第340～341页；徐显明主编：《法理学》，中国政法大学出版社2007年版，第142～148页。