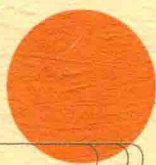


法意鸿爪

李楯●著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

法意鸿爪

李楯●著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

法意鸿爪 / 李楯著. -- 北京 : 社会科学文献出版社, 2017.9

ISBN 978 - 7 - 5201 - 0961 - 1

I. ①法… II. ①李… III. ①法学 - 文集 IV.

①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 143234 号

法意鸿爪

著 者 / 李 楯

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 谢蕊芬

责任编辑 / 隋嘉滨 谢蕊芬

出 版 / 社会科学文献出版社·社会学编辑部 (010) 59367159

地址: 北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编: 100029

网址: www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心 (010) 59367081 59367018

印 装 / 三河市尚艺印装有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 17 字 数: 229 千字

版 次 / 2017 年 9 月第 1 版 2017 年 9 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5201 - 0961 - 1

定 价 / 79.00 元

本书如有印装质量问题, 请与读者服务中心 (010 - 59367028) 联系

 版权所有 翻印必究

序：中国研究之中的中国法研究

这是一些“旧著”，所以成集，一是因为问题依旧，二是于中体现了一种研究的方法。

讲到问题，今日的中国仍处发展中。中国为什么不是发达国家，这是一个不容回避的问题——起步晚；别人欺负我们；别人与我们为敌，不愿我们发展；人多资源少，还是，我们在相当长的时间内，没有把自己的事做好？

讲到研究，我在研究中使用一种从相对应的结构与规制和发展的关系上去解释问题的方法，并由此提出制度文明质态的概念。

我认为：中国有着既不同于发达国家，也不同于一般发展中国家的特殊之处。

这种特殊之处，在于中国于整体世界形成后，作为一个大国，于19世纪中叶被从外部打开国门，开启了自己的现代化进程，后，又于20世纪中叶再度封闭，并于封闭中形成了自己独特的制度文明质态：国家空间和社会空间合一（中间层消失），序列化的组织体系，独特的组织行为方式，及相应的在短时间内形成、已成定式的行为—思维模式。

中国不同于发达国家和一般发展中国家，还在于中国有着发达国家和发展中国家都没有的城乡分治的格局和计划经济体制时期的经历。

这些，决定了当中国再度打开国门，二度启动现代化进程后，发展就表现了一种受结构和规制牵引的路径依赖——用中共中央《关于全面深化改革若干重大问题的决定》中的表述，就是“机制体制弊端”。

传统的中国法应是一种“家（庭）-国（家）本位”的法律。

19世纪60年代结构开始改变后，清末修律、立宪，及民国时期立法，立足现实，尊崇法理，兼顾传统规制习俗，经四十年，终成一个包括宪、民、刑、行政、诉讼等，由数千法典、法规、条例、章程、规则及判例、解释例呈现的那时中国的，在性质上属现代的法律体系。

但其间，另一个变化悄然而至：孙中山提出“党在国上”，“以党治国”。后，国民党确立了“国（家）-社（会）本位”的中心法理，推进“主义法制化，法制主义化”和“司法党化”。

时有学者论之：

1924年国民党改组，意义重大，“因为此后政治中所争的将由‘法’的问题变为‘党’的问题了；从前是约法无上，此后将为党权无上；从前谈法理，此后将谈党纪；从前谈‘护法’，此后谈‘护党’；从前争‘法统’，此后将争‘党统’了”。

——李剑农：《最近三十年中国政治史》，
上海太平洋书店，1932，第531页。

所谓“党治”，即由一党统治，由一党独裁之意。党治

与普通所谓独裁政治，其唯一的不同，即前者是一党的独裁，而后者则是一人的独裁。党治与民治自然是不同的制度；在民治之下，政治取决于全体公民，在党治之下，则政治取决于一党的全体党员，换言之，党可以独裁，而不问党外人民的意见。党的决议，事实上，甚或形式上就等于法律；而且党更可以用决议的方式随时取消或变更法律。

——王世杰、钱端升：《比较宪法》（1936年），
中国政法大学出版社，1997，第425页。

今天，反观这段历史及其后更长历史时期中的情势变更，研究者如能将视野展开，兼及世界和其中的中国，以中国为全球化语境中的一个个案，不只以从外部传入的法律的或法学的概念来解释一个在后来已是另样的，有着特殊结构和经历的中国，则会注意到我们的话语和隐于其后的方法，已不足以用来表述和解释，更难以用来和外部对等交流——因为既有的专业的或学科的方法，使我们不能察觉自己视野中存在的“盲点”；因为在不同文明间的“对话”中，往往是各方自说自话，即便是在使用同一话语时，往往也是各有所解，词不达意。

我们时常认不清我们面对的究竟是什么问题。这是因为在整体世界形成后，我们走上了一条独特的不同于发达国家和一般发展中国家的道路，形成了与发达国家和一般发展中国家完全不同的结构与规制，而这时我们可以用来作为认知和表述工具的话语却只有少部分是属于自己所特有的，是和自己社会的结构和规制相对应的，大部分都是来自外部的，是属于异质文明的。封闭时期，我们在一定程度上还可以不用或者是少用属于异质文明的话语，或对这些话语做出自己不同于别人的解释来，而当我们由经开放逐渐回到国际主流社会中去的时候，要这样做，就会越来越困难。不搞清楚这

些，就无法认清我们面对的问题。

我们所经历的计划经济时期的封闭是在世界体系形成后于体系内的封闭。即使是在我们与外部世界成敌对态势，我们与外部几近完全隔绝的时候，由于外部的被看作现代的法律的制度文本和与之对应的用以创制和表述这种制度文本的话语处于世界主流社会中的强势地位，致使我们似乎只能在要么学习、要么拒绝中做出选择，而很难无视它的存在，更难有与它并存、对等交流和合作的可能。在涉及法律和司法问题的时候，情况正是这样，我们所能使用的话语大量来自西方，且是隶属于在近现代已成为世界主流话语的一种概念体系，而我们面对的却是另一种曾经，甚至是至今仍是基本上与这种话语绝难对应的一个活生生的社会——在这个社会中有着它特有的结构和规制，来自外部的话语很难用来作为认知和解释这个社会的工具。

当处封闭时期时，我们用以应对这一切的方法是对部分来自外部的概念做出新的解释，甚至我们还曾在一个时期废弃用这种概念去建构和表述的法律的和司法的制度文本和话语不用，而采取了另一套在那种情况下我们自有的制度文本（如“政法三机关”）和话语（如“党的路线、政策”、“专政工具”等）。但当我们再度走向开放时，特别是党政领导系统要使中国作为一个大国进入国际主流社会发挥作用之后，我们就面临了更加难以应对的局面。这就是在今天的中国，我们面对着的是：虽不规范，但基本上已能和世界接轨的市场体系；和虽有改变，但基本上保持了原有特质的党政领导体系；以及处于其间的吊诡的政法—司法体系。

——见本书《论司法体制改革》一文

由是，几十年来，我在检讨自己用以认知和解释的方法，在

探寻一种以问题为先导，不为学科所局限的研究路径和知识产生方法，希望能用以研究与中国相关的法与道路的问题。

李 楠

2016年3月6日

目 录

序：中国研究之中的中国法研究 / 1

中国研究的制度背景

——不同于发达国家和发展中国家的独特的制度文明
质态 / 1

中国法政策检讨 / 24

法律评估的方法 / 50

附 以《艾滋病防治条例》为例所做的法律评估 / 57

法律评估：就业与职业歧视 / 80

中国大陆、香港、台湾：不同制度构架中的就业职业
歧视 / 107

是“治法”，还是法治

——我看婚姻家庭法修订讨论 / 142

附 “婚检”之争：强制，还是自愿选择

——法律、伦理、健康意识与责任意识，以及
事实表述的利益驱动 / 156

从“婚检”之争，看中国立法与执法 / 160

婚内强奸在中国

——对个体权利与整体利益关系的法律社会学分析 / 164

附 有关婚内强奸的十五个案例 / 181

几部法律著作中关于“贞操权”的论述 / 188

保护女性作为人的权利

——我看“婚内强奸”讨论 / 193

中国法官与法律教育 / 201

法官培训与司法改革 / 209

中国法官培训的由来、效果与法官培训评估

——在 1999 年法官培训与法官职业国际研讨会上的发言 / 219

论中国司法体制改革 / 226

附：李楯著述目录简编 / 259

中国研究的制度背景

——不同于发达国家和发展中国家的独特的
制度文明质态

不管你喜不喜欢中国，在今天的世界上，每 5 个人中就有一个生活在中国，中国的发展如何，将影响人类。

特殊的发展路径，使得中国在结构和规制上都不同于发达国家、发展中国家，甚至也不同于前苏联、东欧国家。

今日中国的制度文明质态，形成于 20 世纪的革命时期，形成于一种文化的断裂之后，而非像有些人认为的那样，有一种历史文化的沿袭。但是，为了说清问题，还需要简单地追述一下中国的传统社会，廓清一些极易使人误解的问题。

本文将按以下相互交错的历史分期描述和阐释中国社会的结构及与其相对应的法律制度。也就是说，本文将从“相对应的结构与规制和发展的关系”来阐释中国。

1860 年以前 传统社会时期

1860 ~ 1949 年 被现代化时期

1900 年以前 中华法系时期

1900 年以后 学习、模仿西方现代法制时期

1924 年以后 党治时期

1950 ~ 1970 年 封闭时期

1970 年以后 再度走向开放时期

1997 年以后 走向法治时期

1860 年以前中国的传统社会

历史是复杂的，尤其是对一个幅员广袤、民族众多的中国，曾经有多种文明并存于这块土地上。所不同的是，在整体的世界形成之前，不同类的文明之间是相对隔绝的，而往来只在某些方面或者是个别的人之间（如欧洲和印度的宗教对中国的影响，以及中国通过边陲或沿海的一些通路对外部的贸易）。而在一个地域中（这个地域包括今天的中国和东亚、东南亚的部分），不同种的文明之间是互有影响和交融的。

中国至今发现最早的有文字记载的历史始于公元前 841 年。一项国家的历史断代工程将中国的历史向前推进了千余年。中国至今发现的最早的法律文本距今 2200 余年（睡虎地秦简），最早系统地记述法律制度的著述距今 1900 余年（《汉书·刑法志》），完整地保存至今的有曾持续使用 1260 余年，基本原则、框架和主要规定不变、具有明显的次第传承的法典——《唐律》、《宋刑统》、《大元通制》（只存条格）、《明律》、《大清律例》。

将复杂的历史做简略的表述是极其困难的，这里只能做粗略的概述。传统社会时期的中国，在广袤的国土（中国的疆域加之势力所达范围大大超过今天的整个欧洲，其主流文化的核心地带也不小于今天的西欧）上散布着数以千万计的小农家庭（而不是大家族），在相当长的历史时期内，他们有着自己的耕地、房屋、牲畜家禽（在其中的一个时期——自北魏孝文帝至唐中期，国家曾实行不断平分土地的制度），他们的家庭成员为五口至八口，一种农耕文明的最基本的结构关系首先表现在家庭中，一种最基本的制度是有别于西方物权制度（权利的概念即由此而生）的人伦制度。

家庭中，有尊卑长幼之序——当然没有今天意义上的“权

利”和“平等”的概念——但人们之间是相互依存的。古罗马十二铜表法规定男性家长对妻子儿女可以责打他们，出卖他们抵债，杀死他们，而在中国传统社会的法律中，这些是绝对不允许的。男性家长打伤、出卖或者是杀死妻子儿女，都是犯罪的行为，只不过是处刑比打伤、出卖或者是杀死其他没有亲缘关系的人轻。反之，妻子打伤或者是杀死丈夫，儿女打伤或者是杀死父母，处刑会比打伤或者杀死没有这种亲缘关系的人重得多。

家庭中的伦理关系从夫妻、父母、子女，扩展到兄弟姐妹、祖父母、孙子女，扩展到伯叔阿姨、姑表、姨表兄弟姐妹，以及侄、甥辈。根据亲疏远近，致有不同的情感、责任（也就是社会人类学家所谓的“差序格局”）。一种从己推至上、下各五代，至旁系，至姻亲的网络，形成了中国传统社会结构（而不仅是家庭结构）的基础形态和法律的核心制度。

中国传统社会以情感和行为能符合“相敬和关爱有序的人际关系”（仁）为最高伦理准则。夫妻被看作人伦之始，而父母子女（特别是父子），则是人伦之本。在这种最基本的关系中，有尊卑，而没有绝对的有何种身份的人的为所欲为。所有的人都要遵从秩序和规则。在一种农耕文明中，长者固然可以使令和责罚晚辈，但对晚辈的保护、供养、教育却负有无穷的责任；晚辈遵从但不能盲从长者，对长者违背传统的秩序和规则的不当行为，要婉转地规劝；且长者最终还要靠晚辈养老送终；人们必须相互照料、扶持。一种被名为“道”的包括处置人际关系和人与自然关系的最基本的伦理准则，倡导和追求一种安和自在的理念和境界，而“伦理为先，责任为本”是这种社会的特质所在。

在村落和城市里，邻里间，辈份相当的，相处如兄弟而略次之；长幼间，相处如叔侄而略次之；同行中，亦如是。

师徒如父子。由此，又引出学业和职业中的拟亲缘网络，如师兄弟、师叔侄等。

在家庭和社会中，都始终存在着拟亲缘关系。

在国家层面，为了在一个幅员辽阔的疆域中管理如此众多的自耕农家庭，中国很早就形成了由君主与官僚共同构成的政制。这种政制包含了类似今天科层制的官制度（其中影响最大的就是形成于2000余年前的典籍《周官》——后称《周礼》）。官的资格是通过科举考试取得的，官的遴选标准在品行能力，而不在家族血统，因而由具有官员资格的人为主体构成的士绅阶层是一个开放的、上下流动的群体，是一种社会的民间统治精英。

在中国传统社会，官民如父子，君臣如父子。而作为君主，被认为是天下臣民的“君父”，但他却是“天子”。“天”的耳朵、眼睛长在老百姓那里，老百姓就是“天”。于是，君主是要守规矩、尽责任的，“天下非一人之天下，乃人人之天下，有德者居之”。作为中国传统社会儒家经典的《孟子》肯定了行为不合于“道”的君主就是“独夫民贼”，“人人得而诛之”。

正是这种个体小农家庭的组织结构和规制的社会政治化和制度化，与君臣、君民关系的伦理化的双向作用促成了一种独特的复式结构：亲缘关系的传子和拟亲缘关系的用贤。而不管是在家庭层面，还是在社会层面、国家层面，其根基都在一种亲缘或者拟亲缘的人际关系之中。这就是作为国家法典的《大清律例》要把《本宗九族五服图》刊于卷首的道理了。

中国传统社会的法律是一种“家·国本位”的法律，“国”是按照“家”的规制制造出来的。

与这种法律相对应的社会在结构上是一种区别于“个体和联合体”（现代的、市场经济的社会的结构）的“整体与部分”的结构，其最一般的表现形态是“在国家范围内，国家是整体，家庭是部分；在家庭范围内，家庭是整体，个人是部分”。在特定的情况下，因亲缘、地域、行业等形成拟亲缘关系的人群或社会

组织都可以成为整体，而个人却只能是部分。整体的利益高于一切，个人对整体负有责任，在必要时须为整体做出牺牲（包括自己的生命和自己的妻子儿女）。

这种理念和法律是中国传统社会得以维系数千年持续不断的文明的根基所在。它的影响范围曾达日本、朝鲜、琉球、安南（越南）等地。

人伦制度成为中国传统社会的深层制度化结构，并不等于说在中国的传统社会商品经济不发达。中国至少在 2000 多年前就有了固定的市场，有了货币，有了大规模的专为出售牟利的商品生产，有了专以就地经营或长途贩运为业的人，有了契约制度，后来，又有了票据（交子），有了类似今天金融业的钱庄票号，有了集资经营的股份制度，只不过在中国传统社会中制度和理念将商品交易中的规则只限于商品交易之中，而不像在西方由物权、债权制度中抽象出权利的概念成为一种文化，扩展到社会的方方面面，形成了诸如人格的权利、人身的权利、婚姻的权利、政治的权利，等等。

进入被现代化时期的中国

我们将 1860 年作为中国走出传统社会，进入被现代化时期的起点。而在讲述中国被现代化时期的历史与法律制度之前，有必要先看一下外部的变化。

当中国还驻足于传统之中的时候，外部的变化已然兴起。

大约在中国的传统社会时期即将结束的 300 年前，欧洲向世界扩张——可能影响到中国的是：葡萄牙人、荷兰人、英国人和法国人先后在 15 世纪末至 17 世纪初进入印度，建立殖民机构；俄国人在 16 世纪、17 世纪变西伯利亚为其殖民地。16 世纪，葡

葡萄牙人租借澳门（1557 年取得居住权，1623 年开始设总督），只是着眼于商用，如果没有后来的变化，殖民统治这个概念对中国并没有产生什么影响，同样，荷兰人占据了台湾（1642 年），在当时对中国的影响也是微乎其微。

在中国的传统社会时期即将终结的 172 年前（1688 年）英国通过“光荣革命”，建立了君主立宪政体，后，议会通过了《权利法案》。在中国的传统社会时期即将终结前（1750 ~ 1850 年），工业革命始自英国，扩展到美国、法国。这期间，在中国的传统社会时期即将终结的 77 年前（1783 年）美国革命成功，建立了联邦制国家。在中国的传统社会时期即将终结的 45 年前（1815 年），法国革命成功。

英、法等国兴起对中国的影响是：1842 年英国战胜中国，占据了中国的香港；1885 年法国通过和中国的战争变原臣服于中国的安南（越南）为其殖民地。

继英、美、法等国的兴起后，另一类国家——德国、俄国、日本有了长足的发展，并影响到中国。1870 年，德国统一，军国主义兴起，关于社会保障和劳工的一些法律（社会法）首先制定于德国。20 年后（1890 年），德国占据了中国的胶州湾。而俄国则在 1858 年以后，通过和清王朝签订《璦琿条约》、《北京条约》、《塔城界约》、《伊犁条约》等占据了我国东北、西北的大片土地及旅顺、大连等城市。日本，晚中国 12 年于 1854 年和美国签订不平等条约，被迫打开国门；但在 17 年后（1871 年）“维新”（改革）开始，2 年后（1873 年），建立了德国式的普遍征兵制度；16 年后（1889 年）制定了帝国宪法，成为一个二元君主制的君主立宪国家；6 年后（1895 年），战胜了我国，变原臣服于我国的朝鲜为其殖民地，占据了我国的台湾；9 年后（1904 年）战胜了俄国，取得了原由俄国占据的我国的旅顺口。

中国社会的现代化进程是由外部启动的，因此，它早期的现

代化模式属于晚发外生型（即所谓“后发展国家”类型或者是“发展中国家”类型）。

1860年，在经历了与英、法、美、俄等国侵入并行的来自外部的现代化浪潮启动后，中国社会在结构上发生了变化：开放口岸使中国融入了初成体系的世界（世界的历史只不过数百年），外商进入和买办阶层的形成，官办、官商合办、官督商办的现代工商业企业和后来的民营的现代工商企业的举办，民族资产阶级和工人阶级作为新的阶级的出现，终至作为一般发展中国家景象的二元经济结构形成，作为社会中间层的士绅阶层开始分化，他们之中的一些人和作为社会主体的农民中的部分人，进入城市，改变了旧有的生存方式，一种新的人际关系逐渐形成于中国——从农耕文明的熟人社会中开始长成一种工业文明的生人社会；一种不同于原有民间社会的与政府相对应的市民社会逐渐生成。

在政制上，南北通商大臣、总理各国事务衙门和海关的设立及新军的设置，使中国开始有了现代的外交、财政和军队。

20年的时间（1840~1860年），清王朝从对外部世界完全不了解，在制度上对外部世界难以回应，到开始面对这一切，学习西方，适应变化，改变自己。1900年以后，更大的变化在中国出现，当时的清王朝派五大臣出国考察宪政，1906年，开始转为三权分立的政制，修订法律，实行君主立宪制的准备也正在进行之中。1911年，革命爆发，清帝退位，清王朝的改革中断，总统制和责任内阁制先后在中国实行，当然，其间也夹杂着短暂的帝制的复辟。

与社会结构的变化并行的是中国法律和司法体制的改变。中国通过日本学习德国制定的大陆法系的法律，清王朝的最后10年（1901~1911年），基本上完成了刑法、民法、商法、刑事和民事诉讼法和法院编制法的制定工作，一个现代法律的体系大致建立起来。北洋政府（1912~1928年）和南京政府（1928~1949