

清代以来民事法律的 表达与实践

历史、理论与现实

〔美〕黄宗智 著

〔卷一〕

清代的法律、社会与文化：
民法的表达与实践

014043823

D923.02

17

V1

清代以来民事法律的 表达与实践

历史、理论与现实



[美] 黄宗智 著

[卷一]

清代的法律、社会与文化：
民法的表达与实践



北航

C1731416

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

DP23.02

17
V1



北航

C1731416

图书在版编目(CIP)数据

清代以来民事法律的表达与实践:历史、理论与现实全
3卷 / 黄宗智著. —北京:法律出版社,2013.10
ISBN 978-7-5118-5300-4

I. ①清… II. ①黄… III. ①民法—法制史—中国—
清代 IV. ①D923.02

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第200478号

卷一 清代的法律、社会与文化:
民法的表达与实践

黄宗智 著

责任编辑 高山 董飞
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16
版本 2014年4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 固安华明印刷厂

印张 16.75 字数 197千
印次 2014年4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 陶松

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 978-7-5118-5300-4

定价(全三卷):110.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总序：中国法律史研究的现实意义

仅从法律文本和理论来看,当今的中国法律似乎完全拒绝、抛弃了传统法律以及革命法律,走上了“全盘西化”的道路。但是,如果通过法律的实践历史来看,中国法律则明显是个混合体,其中有旧帝国传统的延续和演变,也有新革命传统的创新和延续,更有对西方法律所作出的选择性转释和改造。本序根据作者这25年研究清代以来法律史的一些基本认识,试图指出创建具有中国主体性和符合中国社会实际的法律的方向,试图初步勾勒出其可能的图景。

一、来自法律实践历史的抉择例子

拙作三卷本首先论述清代法律及其实际运作所展示的长期以来中国法律独特的思维方式。它结合高度道德化的表达以及比较实用性的实践,形成一个表达和实践既背离又抱合的统一体。这个基本的“实用道德主义”思维方式也可以见于中华民国的民事法律制度:即便在理论层面上它完全采纳了西方的现代法律(其典范是德国1900年的民法典),它仍然对舶来的西方法律作出了选择性的重新理解和应用。进入革命时代的解放区法律和1949年以后毛泽东时代的法律,以及其

后改革时期的再度大规模引进西方法律,我们仍然可以看到这方面的一些基本的延续,也可以看到创新,既可以看到明智的抉择,也可以看到盲目的模仿。以下是一个简单的总结,为的是指向一条创建适用于当前和未来的中国法律制度的途径。

(一) 中国法律的思维方式

首先,清代法律实践历史所展示的特殊思维方式是,在连接概念和经验方面,一贯要求紧密结合法律概念和经验情况,寓抽象法律原则于具体事例,拒绝脱离具体事例的抽象化。这是《大清律例》所展示的基本思维方式。这就和韦伯所认为是西方现代法律核心的形式理性(formal rational)思维方式十分不同。正如韦伯所说,形式理性主义法律要求的是,“(1)所有的法律决定必须是抽象法律命题之‘适用’于具体的‘事实情况’;(2)所有的事实情况,必然能够通过法律逻辑而从抽象的法律原则得出决定。”(Weber, 1978: 657 ~ 658; 中文翻译参考韦伯, 2005: 29。作者在这里的翻译是根据英文版做的、与康乐和简惠美 2005 年的翻译略有不同)。韦伯心目中的“逻辑”显然是西方的所谓“演绎逻辑”,也是他和西方许多知识分子所认为是西方文明所独有的逻辑思维。美国“法律形式主义”(legal formalism, 亦称“古典正统”classical orthodoxy)鼻祖兰德(Christopher Columbus Langdell)便特别强调现代法律的这个特点,把法律等同于古希腊的欧几里得几何学(Euclidean geometry),坚持法学能够同样地从有数的几个公理(axioms)得出众多的定理(theorems),而后通过“法律逻辑”来适用于任何事实情况。在韦伯眼中,中国传统法律绝对不属于这样的“形式理性”类型,而是属于“实体主义法律”(亦称“实质主义法律”)类型。他认为,后者的特征是,它偏重具体事实、缺乏抽象原则、更缺乏法律逻辑,而对韦伯来说这些都是形式理性主义法律所必备的条件。

我在拙作中已经详细论证,中国法律思维不是缺乏抽象概念,而是一贯认为事实情况千变万化,不是任何抽象原则所能完全涵盖,因此要赋予抽象原则实质性的意义,必须通过实际具体例子来阐明,而法律所未曾考虑到的事实情况则可以通过比附类推方法来处理。相对韦伯提倡的从抽象到事实到抽象的思维方法来说,中国法律一贯使用的可以说是从事实

到概念到事实的认识论。

此外,清代法律实践还展示了另一个一贯的法律思维方式。它有前瞻性的一面,但依赖的不是西方现代法律的权利前提“公理”,而是儒家的道德理念,例如“仁政”、“和谐”、“无讼”以及君子的“忍”和“让”等。同时,它也有比较实用性的一面,允许在实际运作中,相应社会实际而作出调整。这种思维可以见于《大清律例》中主要采用道德性表达的“律”以及众多比较实用性的“例”的结合。它也可见于官箴书中的道德话语和实用话语的并存。

在韦伯眼中,以上的思维方式都不是他所特别认可的形式理性思维。他认为道德理念介入法律正是“实体主义”的特征而不是“形式主义”(独立的法律体系),它特别容易陷入“非理性”,即由外来的个人意志或感情所主宰而不是“理性的”,即坚持依赖法律逻辑来作出决定。

(二) 中国的调解传统

韦伯所谓的实体主义法律的最好例子可能是中国的调解制度。在调解之中,无所谓普适的法律原理和逻辑,也无所谓抽象原则之适用于所有具体情况。它的重点不在抽象法律原则,而在解决具体纠纷。它的方法不在依据法律逻辑从抽象原则得出关于对错的判断,而在探寻实际可行的妥协方案。它的目的不在维护抽象普适的法律原则,而在维护社区长期共同相处人们间的和谐关系以及“己所不欲,勿施于人”的道德理念。在韦伯眼中,这样的制度是十足的“实体主义”法律类型的制度。

同时,它也展示了中国“实事求是”的思维方式。它的重点不在抽象原则而在事实情况和可行性。唯有通过对事实情况的掌握,调解人员才有可能提出实际可行的纠纷解决方案。我们也可以说,它在乎的不是形式理性法律所十分着重的(形式化)程序,而是解决实际问题。它不会像形式主义法律那样区别“法庭真实”和“实质真实”,不会为了服从程序法而排除实质性的真实,不会把法庭的探究限定于在法律现有程序所允许的范围之内所得出的“法庭真实”。而形式理性主义法律则认定这是作为人为法律所可能获得的最贴近实质真实的真实,而真正的绝对性真实则唯有上帝才能知晓。按照韦伯的类型,中国调解制度背后的认识论和纠纷解决方法是完全来自“实体主义”的。

固然,中国的调解制度在近百年来经历了多重的变迁。在清代,它主要是社区和宗族的非正式(非官方)调解制度,其组织和运作基本是上述的模型。进入中华民国时期,一方面是原来的制度在农村的延续,另一方面是国民党极其有限的、不十分认真的尝试把调解纳入其正规法庭制度。但在中国革命的解放区,调解制度则大规模扩延,在社区的调解之上加上了基层干部的调解和调处、基层政府的行政调处,以及法庭调解(包括带有强烈判决性的调解)等一系列的制度创新。这些变化在1949年之后的毛泽东时代更得到前所未有的扩展,一度成为法律制度整体的主要内容。但在改革期间,既由于农村社区的变化(从熟人社会到半熟人、陌生人社会的演变),也由于农村干部功能和权力的收缩,所起作用曾经显著收缩。同时,面对越来越多的诉讼案件,法庭也越来越倾向更多地依赖较高效率的判决,较少依赖很花工夫和时间的调解,尤其毛泽东时代那种深入基层调查研究、走“群众路线”的调解。

虽然如此,世纪之交以来,在社会需要(人民广泛认为调解相对法庭制度而言,是费用较低而成效较高的制度)和政府积极推动的双重动力下,调解制度重新扩展。它今天仍然是中国法律制度的一个极其重要的组成部分,其所起作用 and 规模要远远超出世界其他大国的法律制度。目前,在每两个纠纷之中,仍然有一个是通过社区干部调解而消解的(而旧式的非正式亲邻朋友调解制度也在一定程度上重新呈现——虽然其数量不好估计,因为没有关于它们的系统统计材料)。剩下的一半进入法庭制度的纠纷中,每两起中仍然有一起是由法庭(不同程度地)借助调解手段来解决的。由此可见,调解今天仍然显示出顽强的生命力,不失为中国法律制度很有特色的一个组成部分。

拙作通过众多实际案例和跨时演变分析,提出了一个简单的原则性建议:在没有过错(或当事人基本同等过错)的事实情况下,适用调解,而在有过错的情况下,方始采用形式化的法庭判决制度。中国完全没有必要像西方对抗性的形式理性制度那样,把没有过错的纠纷推向必分对错的非此即彼的形式理性对抗性法律程序,完全可以在无过错的纠纷情况下,侧重调解。那样划分调解和判决的分工,既可以避免西方对抗性制度的弊端,也可以避免运用调解来处理有过错的纠纷的“和稀泥”弊端。

实体主义的调解制度与来自西方的形式理性法律制度在今天的并存其实是三大法律传统并存的具体例证。社区调解明显属于源自古代的法律传统和思维方式，而干部、行政和法庭调解则是中国革命的创新。这些制度与移植而来的形式理性法律条文和制度并存正好证实了中国近百年来的历史实际和当前的混合型法律现实。在实践层面上，这一切都是无可置疑的现实。当前和未来的问题其实主要是如何从理论层面上来理解这样的现实。

（三）侵权法的重新理解

中国法律三大传统的并存和混合不仅可以见于调解制度和形式化法庭制度的结合，也可以见于形式化法律制度内部的一些例子。拙作探索的一个重要例子是侵权赔偿法律制度的条文和运作。其源自西方的法律文本是韦伯型的“形式理性”法律：法律从个人权利的“公理”出发，通过法律逻辑，得出在民事法律中，由于侵权行为的过错而规定不同数量的金钱赔偿的“定理”。但是，拙作在大量的实践案例基础上说明，在许多（甚至是大多数的）所谓侵权纠纷中，实际上双方都没有过错（例如偶然无意的损伤）或双方都具有大致同等的过错（例如一般的斗殴纠纷）。按照韦伯的形式理性思维，法律面对侵权纠纷时必须明确区分对错，不然便没有赔偿和民事责任可言。为此，很容易把事实上没有过错的纠纷推向对抗性的处理。但是，中国法律则没有、甚或不能理解西方法律这样的逻辑性冲动和需求。对此问题，当代中国的立法者采用的是一种从事实出发的“常识性”处理方法，简单地承认没有对错的侵权纠纷的事实存在，由此出发，规定在那样的情况下，仍然可以根据实际情况让无过错的当事人承担一部分的民事责任，借以解决这个因有人遭受较为严重损失而发生的社会问题。这里展示的正是上面说的从经验到法律到经验的实用性思维方式，与韦伯所阐释的形式理性法律完全不同。对韦伯来说，中国这样的思维完全是“实体主义”性的，甚至是矛盾的或非理性的。但我们应该把上述的例子理解为中国立法者对移植来的西方法律的选择性阐释和改造。虽然如此，这样的抉择没有被提高到理论层面，而只是一种显示了实用道德主义思维的例子。

(四) 赡养与家庭主义产权

另一个对西方法律作出选择性重新理解的例子涉及财产权利和赡养义务。按照西方个人主义法律的思路,孩子对双亲的赡养只负有比较有限的、带有条件的义务。德国1900年的民法典规定,一个孩子只在下述两个条件之下才负有赡养双亲的义务:一是父母亲没有自己谋生的能力,二是孩子能够维持自己所习惯享有的生活水平。不然,便没有赡养双亲的义务。我们知道,中国古代法律规定孩子不赡养双亲是要受到严重惩罚的。即便是模仿西方,几乎照抄德国民法典的国民党法律(1929~1930年的中华民国民法)都把赡养双亲转释为基本无条件的义务。在上述德国民法典的规定之后,民国民法典立刻便声明,如此的规定不适用于孩子的“直系血亲尊亲属”。中华人民共和国的民法(1985年的继承法)则更进一步,作出德国民法所没有的法理创新:它规定,赡养双亲的孩子可以在继承财产上多分财产,没有尽如此义务的则可以少分。这样,既把赡养定为基本无条件的义务,更制定了一定的物质激励来确定孩子会为双亲尽其赡养义务。这里展示的正是中西方不同的家庭观念。费孝通比较生动地称中国的为“反馈模式”,西方的则是“接力模式”。

“家庭主义”之在中国法律的顽强持续也可见于财产继承法律的一些其他方面。大家知道,中国传统的继承法律把家产视作一个基于父子关系的跨代际权利。与西方法律不同,任何父亲不能凭其意愿(比如,通过遗嘱)把一个儿子排除在继承自己土地的权利之外。这就和西方的个人主义法律十分不同。这是因为中国传统法律把家产基本认作一个以父子为中心的(可以称作“父子一体”的财产观念)跨代际权利。在国民党法律之下,立遗嘱人照样不可以通过遗嘱而把具有法定继承权利的孩子排除在继承之外,规定他们最起码可以得到所谓的“特留份”,相当于均分财产的一半。这也是中国传统家庭主义财产观延续的一面(但国民党法律允许所有权拥有人在生前通过“赠与”而绕过继承法这方面的限制)。而在中华人民共和国的法律下,遗嘱法律虽然表面上似乎像美国个人主义法律同样允许立遗嘱人无限制的财产处分权,但在实际运作层面上,迄今仍然规定立遗嘱人的房产继承人必须通过其他合法继承人的同意方才可以自由处分所继承的房产。这就和这方面的美国法律十分不同。

当今,个人主义的遗嘱法以及赠与法仍然和由古代法律遗留下来的、但在现代从“父子一体”被转释为“父母亲和孩子一体”的继承法(与古代相同之处在于跨代,与其不同在于男女平等的继承权利)两者之间仍然在拉锯。其间的张力、矛盾和妥协可以见于近年最高法院三次关于父母亲可否把房产通过赠与而确定为自己已经结婚的孩子单方个人所有的财产的“解释”。

(五) 典权

在大规模从西方引进法律理论和条文的潮流下,以上的具有“中国特色”的财产权利法律的延续可以说是中国面对西方法律所作出的选择性改造。另一个例子是传统的“典权”惯习。它允许土地典卖人长时期以十分有利的条件赎回自己出典的土地的权利。这是作为中国现代法律范本的德国民事法律所没有的法律范畴和法理。中华民国民法典的立法人通过复杂的争论之后,最终决定直接沿用这个传统的、得到国家法律认可的民间习俗,其基本用意是照顾弱势人民(被迫出卖土地者),声称那才是“圣王之道”,所拒绝的是简单的西方个人主义的、比较绝对的产权概念。中华人民共和国的成文产权法律则最终拒绝了传统的“典”权。但是,我个人认为,中国将来如果允许土地的自由买卖,典权法律几乎肯定会重新呈现于民间。目前,因为国家严禁农村个人自由买卖土地,典权传统被暂时置于一旁。

(六) 男女平等产权与司法实践

对西方法律的选择性援用也可以见于农村关于男女平等财产继承权利的实际运作。在法律条文上,男女权利平等是得到确认的。但是,在司法实践中,即便在国民党时期,鉴于农村的女儿出嫁的社会实际,男女平等的继承权利一直都没有被实施,只在城市中起作用。关键在于,一般的赡养责任是由留家的儿子(而不是出嫁的女儿)来承担的,因此父母亲的土地和房子实际上都仍然和清代一样是由儿子继承的。在人民共和国时期,没有土地私有产权,但房子方面的司法实践是和中华民国时期基本一致的。我们上面已经看到,在法理层面上,中华人民共和国还作出了直接连接赡养义务与财产继承权利的创新。这样,在法理上,儿子之所以继承家里的房子不是因为他们是男子而不是女子,而是因为他们承担了、尽了

赡养义务。这也是根据中国实际情况对西方法律作出的合理改造。

(七) 革命法律传统

对中国的法学界来说,传统法律在今天法律实践中的延续相对比革命法律传统的延续更好理解。一是因为研究相对较多,二是因为在今天的话语氛围中,传统由于民族感情比革命更容易占到一定的正当性。目前,许多人对革命的几乎全盘否定使人们不容易看到革命传统所起的作用。我个人对革命法律的研究最多只能算是个小小的开端,还有大量的工作和材料等待新的研究人员去挖掘。我这里只能非常粗略地提到自己做了的几点相关研究,其中包括完成我法律第三卷原作之后对劳动法规的历史演变所作的初步探讨(在本书中作为进一步的探讨而纳入后记)。

1. 婚姻和离婚法

首先是婚姻和离婚法。革命法律的出发点是既拒绝传统的婚姻法律也拒绝西方的现代法律。一个关键性的立法是离婚自由——根据1931年的《中华苏维埃共和国婚姻条例》,夫妻任何一方坚决要离婚便可以即行离婚。当时反映的当然是革命知识分子中的理想,也是1926年苏联婚姻法的典范作用。这个法律条文在当时的世界范围内是比较激进的,代表的是革命党对进步青年的一种承诺。

但是,如此的离婚法很快便遇到强烈的反对。首先是革命军人,法律允许军属与其丈夫离婚正犯了他们的忌讳。另外,则是农民反对。对一般农民来说,婚姻是一辈子的一大花费,不能容忍都市中产阶级人民那种比较随便地结婚、离婚。面对农村人民广泛的反对,中国共产党很快便作出了一系列的退让,从其原先的革命性承诺逐步后退,最终确定了一个十分实用性的处理方法,即一起一起地通过调解来处理所有有纠纷的离婚要求,目的是尽可能地把党和革命军人与农民之间在这方面的矛盾最小化。

这个具有一定历史偶然性的演变所导致的结果之一是法庭调解制度的广泛兴起。在革命时期以及1949年之后的毛泽东时期,离婚纠纷毫无疑问地占据到中国民法最大比例的地位,其处理方式不仅决定了婚姻和离婚法的实践,一定程度上也决定了民法整体的实践。

离婚法在实践中形成了一系列很有特色的运作方式。当时要求的是

法庭调解人员深入基层,亲自调查研究,了解夫妇间的“矛盾”的根源,并尽一切可能,配合当地政权组织试图导致双方的“调解和好”。为此,可以动员当地的党组织和亲属、邻居来协助法庭为当事人解决矛盾,甚至可以在劝说的压力之外,更借用物质刺激,包括按需要为当事人安排更好的工作条件等。同时,也不排除高压的、具有判决性(不准离婚)的压力,尽可能促使当事人放弃离婚要求。在这个过程中,形成了一些来自实践的方法和法理原则,尤其是深入实地调查研究和依靠群众的方法,它的影响超出婚姻和离婚领域而涉及民事法律制度整体;同时,也形成了比较独特的“夫妻感情是否确已破裂、调解无效”为准则的离婚法理。

2. 法庭调解的制度创新

如此的离婚法实践正是导致法庭调解制度创新的一个关键动力。拙作详细论证,清代法庭做的是断案,不是调解。做调解的是社区和亲族,不是法庭。法庭的理念是尽可能由社会自身来处理“细事”纠纷,官方衙门只在社会自己不能解决纠纷的时候介入,一旦介入到正式堂讯的阶段,便要作出明确的、有法律根据的判断。也就是说,法庭调解不是中国的古代传统,而是共产党面对处理离婚争执的发明和制度创新。这也许是革命立法传统对当前的法律制度的影响的至为明确和重要的一面。

3. 劳动法

在离婚法和法庭调解制度之外,革命立法的另一主要传统是劳动法。作为“无产阶级先锋队”的中国共产党当然自始便十分重视劳动立法,要为劳动人民争得公平和有尊严的待遇。1933年的《中华苏维埃共和国劳动法》立法因此对8小时的工作日、安全的工作环境、合理的休息时间、加班工作的待遇、保护妇女和未成年工人、劳动福利等诸多方面作出了明确具体的规定。中国共产党当时的立场是要为所有的劳动人民争取其应有的权利,在正规工人之外,还包括非正规的临时、非全日、季节性工人,甚至纳入了农村的雇工、苦力、工匠(“乡村手艺人”)以及家庭佣人(“家庭仆役”)。

今天回顾,我们还可以看到另一个历史趋势的起源。在苏维埃地区,当时的共产党不仅是革命党,也是执政党。因此,我们可以把后来革命胜利之后的一些演变趋势追溯到苏维埃时期。首先可以看到的是把党政官

员和工人一起纳入劳动法所保护的“职工”范畴。按照当时的意识形态来说,这是完全合理的做法:共产党乃是劳动人民的先锋队,代表的是劳动人民的利益,其机关和机构的人员当然应该被纳入与工人相一致的劳动者范畴,当然应该享受同等的法律保护 and 待遇。正是这样的起源为后来革命胜利之后的一系列变迁埋下了伏笔。

其后,在毛泽东时代为了限制农村人口大量无秩序地涌入不可能为他们提供充分就业机会的城市,共产党建立了一整套的法规,严格限制把“民工”、“临时工”、“季节工”等转化为正式职工。1958年更树立了户籍制度,严格限制农村人民进入城市,把农村孩子限定于其母亲(而不是父亲)的户籍。由于中国长期以来的城乡在工资和一般生活水平上的差别,这些劳动规则在有意无意之中造成了一个区分为两个等级的劳动者的制度。

进入改革时期,处于劳动法规保护之外的“非正规”工人大规模兴起。先是农村乡镇企业的“离土不离乡”员工,由于其农村户籍,根本就谈不上城市职工的劳动法律保护和社会保障福利,其工资初始时是依据农村的工分制度来支付的;再则是20世纪90年代的大规模“离土又离乡”农民工进城打工浪潮,绝大多数都被当作临时工、季节工等非正规劳动力来使用,也谈不上劳动法规的保护和正规职工的待遇和劳动保障;再其后是国有企业的“抓大放小”和“减负”改革,以及大规模的中、小国有企业员工的“下岗”。结果是使用非正规员工的非正规经济部门的快速扩展,时至今日,已占到所有城镇就业人员中的63%,如果加上他们留在家乡就业的家人,足足达到总就业人员之中的83%。而处于国家正规劳动法律保护的单位和其他大企业的(白领)职员和(蓝领)工人在总就业人员中所占比例则只是所有就业人员中的六分之一,而其中约半数是非党政机关、事业单位和国有大企业的职工。这样,正规工人俨然已经成为一个特权阶层,而大多数的劳动人民则处于劳动法规的保护及其社会保障制度之外。

迄今国家劳动法规(体现于1995年的《中华人民共和国劳动法》以及2008年的《中华人民共和国劳动合同法》)所作的主要是为当前的社会经济现实提供法律依据。由此,《劳动法》明确限定受到劳动法律保护的“劳动关系”法律范畴,确定为受雇于具有“法人”身份的“用人单位”的全

日、全职正规职工。至于那些不具有法人身份的、不是法定正式用人单位的企业的职工则被宽泛地纳入“劳务关系”范畴,只适用一般的民事法律,不适用劳动法。此外,2005年来,“劳务派遣公司”和“派遣工”大规模兴起,主要是为正规“用人单位”(主要是国有单位和大企业)组织非正规的廉价劳动力。这样,更提高了非正规员工所占的比例,更突出正规与非正规员工间的身份等级、工资和福利上的巨大差距。

当然,其差别归根结底是长期以来的城乡差别,但今天要比以往悬殊得多。我们可以毫不犹豫地,这是今天中国贫富悬殊的严峻社会危机中的关键差别和问题。而今天的劳动法规已经从革命早期为劳动人民争取公平待遇的法律转化为排除大多数劳动人民于其外而为维护少数既得利益者的特权身份的法规。

(八) 不明智的盲目移植

在中国近百年的立法历史和司法实践之中,既有明智的抉择的例子,也有众多不那么明智的盲目仿效西方的例子。拙作的重点在于为中国法律的发展探寻可行的、符合中国实际地优良图景和方案,但我们也不可忽略过去的错误例子,它们提供了需要避免的盲目仿效和移植的具体例子。拙作也探讨了几个这方面的实例。

1. 取证程序

首先是试图移植西方基于其对抗性法律制度(和法律程序主义)的取证程序,坚持从毛泽东时代的法庭(法官)调查制度转入西方式的主要由当事人负责的“当事人主义”取证制度。其改革的动机是促使中国法律的“现代化”(“与国际接轨”),当然也有减轻法庭负担的动机,在刑事方面则更有削减法官权力的动机。但是,用于离婚法,这样的取证程序改革所导致的是一系列出于预期之外的后果。首先,中国法律制度缺乏西方那种证人取证的实施条件,在实际运作中,证人多拒绝出庭。这样,在既没有证人举证,也没有法官深入当地调查的情况下,法庭无法证实法律条文所关心的一些问题,例如丈夫是否真的虐待妻子或第三者是否真正存在。结果是离婚法庭越来越脱离法律条文的原意,越来越趋向形式化的操作,简单地变成惯例性地拒绝当事人第一次的离婚申请,而批准第二次的申请。如果从事调解,一般都只是形式上的调解,不具有实质意义和作

用。这样的结果实际上违背了法律条文的原意,是盲目移植不实用的、未经真正了解的西方法律形式的结果。它既不适用于中国,也脱离了西方取证制度的真髓,包括其关键性的证人制度、法庭在事前的“证据开示”(discovery)制度以及双方律师的“交叉询问”(cross examination)制度。脱离那些配套制度,当事人主义取证程序只可能陷于虚设。这是个应该被引以为戒的教训。

2. “刑事和解”

此外则是近几年来风靡一时的“刑事和解”运动,其推动力来自一种民族自豪感情(例如,坚持和解是中华民族独有的优良传统),借口则是西方时髦的“恢复性正义”理论(restorative justice)的移植。但实质上,完全没有理解西方恢复性正义的实质内容。后者的运作核心在于让犯罪人和其受害者面对面交谈,通过教会或社区的介入,试图促成犯罪人的忏悔以及受害人的宽恕。它实际上只适用于少数初犯轻罪的未成年犯罪人。但在中国则被鼓吹为符合中国和解精神的制度。其实,在中国的实际运作中,由于中国惯行的刑事拘留制度,根本就没有可能像恢复性正义那样让被告人和被害人面对面交谈,更毋庸说真正意义上的忏悔和宽恕。在中国,“刑事和解”所导致的其实主要是给予有钱的被告人用钱赎刑的机会,间或更促使被害人对被告的“漫天开价”。如此盲目的、脱离实际地模仿西方的尝试再次应该是我们引以为戒的经验。

3. 刑讯逼供

再则是传统法律遗留下来的、今天比较广泛存在的“刑讯逼供”制度。有学者引用我的“实践历史”概念来为这个制度辩护,坚持刑讯逼供是一个具有重要实用作用的高效实践做法。这里应该说明,我绝对不同意那样的意见。刑讯逼供是一个无视中国“仁政”价值理念的制度,更是一个无视现代法律基本“人权”原则的制度。它代表的是中国古代专政的恶劣的一面,亟须改革。同时,我也不同意有的同人所提倡凭借引进、模仿西方“米兰德原则”(嫌疑人的沉默权)的做法,因为那是个完全没有考虑到中国根深蒂固的“坦白从宽、抗拒从严”制度实际的建议(在现存制度下,被告人引用米兰德原则只可能被视作“抗拒”)。我们需要的是根据实际情况的可行改革。目前最实际的办法也许是在刑讯中录像的方法,借此

来遏制侦查人员滥用违法的刑讯逼供手段。

以上的简略综述说明的是，中国过去的法律实践历史既展示了明智的融合中西法律的抉择的例子，也同时告诫我们要避免盲目的模仿。我们下面要做的工作是根据实践所展示的方向来试图勾勒出一个能够更好地融合中西法律的图景。

二、未来的方向和图景

我曾经多次申明，如此的工作不是一个人或几个人、甚或一代人所能做到的。如何建立一个具有中国主体性、符合中国实际的法律制度是一个需要长时期和众多研究人员一起来探索的问题。我这里只能在自己的三卷著作的基础上，试图再迈进一步，指出一些初步的方向性想法。

首先，调解显然已经被证实是个具有很强的实用性的传统和制度，今天仍然充满生命力。它的理论基础不是韦伯所谓的形式——理性主义，而是韦伯所认为是与之对立的实体主义正义。它的出发点是道德理念，不是韦伯所认可的法律公理。它不重逻辑而重实用、不重抽象原则而重实际效果。在实际运作中，它要求的是紧密连接经验事实，而不是抽象法律逻辑的运用。这些都是韦伯所认定为实体主义的特征。

它今天在中国法律制度中与从西方引进的形式化法律共同存在，并且与其形成一种相互补充和辅助而不是相互对立和排除关系的现实，也许是对韦伯的理论最好的挑战。中国真有必要像韦伯提倡的那样把民事法律制度完全在逻辑上整合于一个自我封闭、排除不同逻辑的形式理性主义吗？

在韦伯的理想类型建构中，像中国现今这样把形式主义和实质主义混合是不可接受的。他虽然承认实体主义法律也可以是“理性”主义的（“实体理性主义”是他建构的四大理想类型——形式非理性、实体非理性、实体理性、形式理性——之一）。但是，在这点上韦伯的思路并不十分明确，因为在他的理论中，“理性”主义概念既包含系统性和可预期性，更包含形式逻辑性，而中国今天的调解制度在他眼中肯定只具备前者而不具备后者。无论如何，在韦伯眼中，它肯定不是形式理性的理想制度。对韦伯来说，即便是经历了相当高度形式理性化的英美普通法传统也具有

很不理想的实体主义成分——他尤其不认可其陪审团制度,认为它违反了形式理性法律制度依赖掌握专业知识、词汇和逻辑的专家的优良特征。他认为,依赖由普通人民组成的陪审团只可能导致非理性的后果(Weber 1978:889f)。

这里我们也许能够窥见韦伯形式理性主义的偏激性、狭窄性。在他关于法律史的宏观叙述中,他完全没有从以下的角度来考虑到英美普通法:它与其说是实体主义的,不如说是实体主义和形式主义的混合体。它其实源自两者之间的长期拉锯。一方面,它是一种重经验轻抽象法理的“判例法”,特别强调之前的判例在法律制度运作中的关键作用;但另一方面,我们上面已经看到,历史上美国普通法经历了兰德尔(作为哈佛法学院院长)那样极力把法律形式理性化的演变,结果树立了所谓的法律“古典正统”。虽然如此,我们还要看到兰德尔的哈佛同事霍姆斯(Oliver Wendell Holmes, Jr.)所代表的、占据到与“古典正统”几乎同等地位的法律现实/实用主义,它也是近乎主流的传统。两股潮流事实上长期并存、拉锯,可以说共同造就了美国的法律体系。两者之间的关系具体地体现于长期以来举足轻重的最高法院的九名大法官之间的分歧和拉锯。

我们如果借用韦伯自己的“形式主义”和“理性主义”两大理想类型范畴来反思他的历史叙述,便可以看到他所总结的这两种“主义”的结合其实造成了一个具有特别强烈的封闭性和普世要求的传统。正如韦伯指出,“形式主义”“非理性”源自巫术时代,一方面高度非理性,但另一方面则特别强调高度形式化的仪式,因此显然是具有高度封闭和排他性倾向的传统。而“理性主义”的核心则在于演绎逻辑,它固然是极其精确严密的思维方法,但也具有强烈的自以为是绝对真理的倾向,自以为可以超越时空、自以为乃是普世的真理。两种传统的汇合事实上造就了高度封闭、排他的法律专业化团体。而后者则正是韦伯所特别认可的,把他们称作是捍卫和组成形式理性主义法学的主要“担纲者”(韦伯 2005:167~173)。

但后者也是韦伯自己指出的形式理性法律所面临的最严重危机的肇因。他敏锐地指出,20世纪初期法律制度所面临的主要问题是其高昂的律师费用,造成劳动人民不能和资本家同样依据法律来维护自己权益的