

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

〔卷三〕

过去和现在：
中国民事法律实践的探索

014043825

D923.02

17

V3

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



[卷三]

过去和现在：
中国民事法律实践的探索



北航

C1731418

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

D923.02

17
V3



北航

C1731418

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

卷三 过去和现在:中国民事法律
 实践的探索

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 22.25 字数 294千

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)

前 言

从1990年第一次为此书作实地调查开始到现在，转眼已快20年了。最初的计划是撰写从清代到当代的单卷本，但是很快就发现题目实在太大了，因此后来便分卷先写了1996年原版的《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》和2001年原版的《法典、习俗与司法实践：清代与民国的比较》两卷。

作为第三卷的本书则拖了好几年。部分原因是当代民法这个题目，尤其是改革以来的民法，与清代和民国相比，范围要大得多。这当然主要是因为近年来的市场经济和城市化的快速发展，以及伴之而来的大量新的立法。我自己前几年一直以为不太可能形成一本前后一贯的专著，只能围绕原先两卷的一些题目写几篇独立的文章，把它们伸延到今天。近几年就此陆陆续续发表了几篇论文。

出乎我自己的意料之外，最近意识到自己在一系列论文的基础上其实已经逐步形成了比较鲜明的、前后一贯的论点，既是连贯三卷本的论点，也是含义比较宽阔的论点。当然，就研究题目的范围来说，我探讨的只是当代民法的局部，绝不能说是其全面。当代民法不但是个范围庞大的题目，也是个还在扩大和不断变化的题目。伴随全社会经济的越来越复杂化、多面化，只可能

如此。这本书所研究的只是在民事法律制度这个大题目下有意识地选择的一小部分,集中于有限的几个方面,主要是对一般民众,尤其是农村人民,特别重要的一些方面。为连贯成为此书出版,我对已经发表过的一些论文都作了一定程度的修改和补充。

写作过程之中,尤其是个别论文的写作过程中,以下同人和学生给我提出了有帮助的意见:Donald Clarke(郭丹青)、范愉、李怀印、卢汉超、彭玉生、Bradly Reed(白德瑞)、Matthew Sommer(苏成捷)、Preston Torbert、Elizabeth VanderVen(樊德雯)、汪晖、汪洋、Margaret Woo、夏明方、杨柳和张家炎。白凯看了每一篇、章的每一稿。徐安琪在搜集材料方面给了我很大的帮助。巫若枝为我提供了最近几年的离婚案件材料,也是本书关于取证程序改革部分的合作者。董磊明的实地调查研究为我提供了农村社区调解最新近况的材料。在本书写作的最后阶段,国内外的研究生们给了我很多重要的建议和灵感,尤其是李放春、余盛锋和尤陈俊三位,这本书主要是为他们这一代所写。

序

为什么要建立新的中国法律 历史与现实的研究

中国传统法律在近百年中经历了三次极其沉重的打击。第一次是从清末到民国时期,在列强逼迫下,为了重建国家主权而大规模移植西方法律,几乎完全抛弃了传统法律。第二次则是在现代革命运动中,从解放区时期到毛泽东时代,既否定了国民党引进的法律,也再次完全否定了中国的传统法律;前者被认作“资产阶级”法律,后者则被认定为“封建主义”法律。当时,旧传统的方方面面中唯一被肯定的是乡村习俗中的调解。第三次是改革时期,再次全盘引进西方法律,既抛弃了毛泽东时代的现代革命法律传统,也再一次否定了中国的传统法律;“现代”被等同于西方,中国传统被等同于不能适应现代化和市场经济需要的“前现代”或非现代。

经历了这样沉重的打击之后,中国的法律传统等于是被完全从当前的现实隔离开了来:它可能带有历史价值和中华民族的智慧,但它不具有对现实生活的意义;它可能有助于理解历代王朝,但对今天的现代化和市场化日程、对国家新的立法、对人民的实际生活几乎毫无

意义。

在这样的大环境下，中国法律史的研究只可能日益衰落。当今全国各大法学院的课程和研究都只可能以西方的现代法律为主。无论是法理领域还是各部门法领域，所用教材和所作研究都完全以欧美法为主。与蓬勃发展和日益扩张的新法学领域相比，中国法律史日益被边缘化，所起作用日趋式微，在各大法学院所占人员比例越来越小，在青年法学者的培养之中，可以说基本不起什么作用。事实是，中国法律史研究领域今天正处于一个极端的困境，甚或可以说是个绝境。

与现实隔离的法律史领域

经历了三次重击的中国法律史领域，幸存的基本只是完全脱离现实的纯学术研究，主要是思想史和制度史。但是，首先应该说明，在这两个领域的范围之内，不少学者作出了很有价值的贡献，他们对传统的法律思想家、论著、法典、制度设计等都有相当严谨和细致的叙述和梳理，为进一步的研究积累奠定了扎实的基础。有的学者更突出一些重要的概念，比如强调礼仪、道德思想在中华法律系统中所占的地位，指出伦理在法律思想和制度中的重要性；有的强调中国法理中法律和情理的并用，区别于现代西方法律；有的说明了汉代以后中国法律传统在严厉的法家制度之中掺入了儒家仁政、和谐的理想，即所谓法家的儒家化；有的强调中国社会中的调解传统，强调其和谐理念的优越性，等等。当然，其中也有一定民族感情性的表述，强调“伟大”的中华民族法律传统，体现了新民族国家的意识形态。（这里没有区别法学学科和历史学科中的法律史研究。两者虽然有一定差别，但在这里指出的一些基本性质上大同小异。）

但是，总体来说，这样的研究都缺乏现实含义，不能够超越中国传统法律百年来被一再否定的历史背景。受到的打击是如此之沉重，即便是法律史专业的人员，许多也在有意无意中基本放弃了自己对当前现实和立法的发言权。即便是强调今天必须继承伟大的中国传统法律的研究，也多局限于一些宽泛的意见，既没有针对现实或立法需要提出自己的具体的见解，也没有对当前的西方现代主义主流法学提出具体的质疑，结果等于是默认唯有西方法律方才适用于当前的中国。

法学与法律史都长期处于一种非此即彼、中西二元对立的认识框架之中,即一个完全意识形态化的全是非框架之中。当然,来自毛泽东时代的高度意识形态化思维习惯肯定也是一个因素。就连研究人员在研究过去的法律中,也常常很自然地放弃了自己的现实感。多年来,中国法律史研究多倾向于一种为思想而思想的研究,不多考虑到司法实践;或者是为制度而制度的研究,而且仅仅是设计意义上的制度,不是运作意义上的制度,不多考虑法律制度的实际运作。最终几乎等于是一种“博物馆”珍藏品似的研究,缺乏对实践关心,以及对过去和现在的现实感。^[1]

在这样的情况下,有的学者甚至形成某种(或许可以称为)“珍藏品管理人员意识”,一方面,坚持中华法律的伟大;另一方面,坚持中西法律非此即彼的完全对立,也就是说,传统法律与今天全盘西化的立法现实完全无关。所以对于试图跳出这种二元对立框架的研究,以及把中国传统法律从博物馆搬移进现实和现代社会的尝试,有时候难免会直觉地反对,甚或感到是对自己的珍藏品的一种威胁。

在我看来,如此的研究正反映了这个领域的特殊历史背景。说到底,这种学术领域的倾向乃是旧法律传统一再被国家领导者和立法者否定的结果。正因为中国现代的法律几乎完全是从西方引进的法律,新法律代表的是一种没有历史的虚无意识,而旧传统代表的则是一种没有现在、没有将来的历史,这是同一个问题的两方面。当然,也有一些有识之士,已经发出要振兴中国自己的法史研究和跳出这种绝境的呼声,甚至尝试了新的研究路径,但是,就法律史领域整体来说,仍然不可避免地被置于与现实隔离的基本状态之中。

法学今天在认识上和精神上的分裂状态

在现实情况下,当前的法学显示的是一种认识上和精神上双重意义的分裂状态。一是占据主流的所谓“现代”法学,把“现代”法律完全等同于西方法律;同时,研究法律历史的不关心或放弃对现代法律和现实的发

[1] “博物馆”原是美国的中国思想史研究者列文森(Joseph R. Levenson)用来分析儒家传统在中国现代马克思主义思想中所占地位所作的隐喻(Levenson 1965)。

言权。正因如此,两者基本互不对话,互不影响。在研究倾向上,两者同样偏重理论和制度,缺乏对实践和实际运作的关怀。如果我们以人来比喻社会,这等于是一个人完全拒绝把自己的现在和将来与自己的过去连接,把自己分割为截然不同的两个部分。这是第一层意义上的分裂。

另一层意义上的分裂,是感情与认识上的分裂。有的研究人员在感情上认同中国和中华民族,充满爱国精神以及对国家对人民的关怀;但是,在认识上,则完全认同于所谓“现代”法律和法学,认为(或起码不反对)西方现代法律是唯一真正意义的法律。^[2] 鉴于国家领导者和立法者百年以来的意见,大部分的研究人员也只能属于这样的观点。这样,感情和认识对立,形成一种精神上的深层分裂。上面所说的坚持中国法律传统与西方法律的完全对立,以及护卫中国法律的特殊性和珍藏品性,便是这样的分裂状态的一种表现。两种倾向其实是同一“情结”的两个方面。

在这样的现实情况下,中国法律史的研究只可能日趋式微。一方面,法学领域主流完全被源自西方的现代主义意识形态占据。另一方面,法学学界完全自我束缚于传统法律已经完全过时的基本信念,并因此也只能在教学之中面对一代又一代越来越不关心中国传统法律的青年学生。

建立新的视野

首先,应该说,这种分裂状态是完全可以理解的状况,是中国百年来在内忧外患压力之下所导致的状态;但是,同时也要说明,它是个违反我们基本的历史感的状态,是个不正常的状态。历史当然既有断裂也有延续,但是绝对不可能是完全断裂的。好比要了解一个人,绝对不能忽视他前面的大半生。再剧烈的革命,也不能完完全全地割掉过去;再戏剧性的变化,也不可能完全改变一个人——亦即所谓本性难移。

从历史实际的视野来看,中国今天的法律明显具有三大传统,即古代

[2] 列文森(Levenson 1953)55年前便使用这个框架来分析梁启超和“近代中国的心态”(the mind of modern China)。笔者认为如此的分析用于梁启超其实不太贴切,更适合用于五四时期(既是反传统的又是民族主义的)全盘西化的部分论者以及今天现代主义的部分论者。

的、现代革命的和西方移植的三大传统。三者在中国近、现代史中是实际存在的、不可分割的现实；三者一起在中国现、当代历史中形成一个有机体，缺一便不可理解中国的现实。但今天的法学界主流把“传统”仅等同于古代，并完全与现实隔离，又把毛泽东时代的法律传统既排除于“传统”之外又排除于现在之外。也就是说，完全拒绝三大传统之中的两者，要求全盘移植西方法律。

今天，我们不应该接受这样的状态，我们需要更清醒地认识，一个没有过去、没有历史的法律和社会是一个不实际，也不健康的法律和社会。过去的脱离实际的认识是被逼出来的；今天中国已经完全有条件走出这种认识上和精神上的困境，重新认识自己的历史，包括古代和近、现代的历史，不仅是为了要更好地认识过去，也是为了要更好地认识现在和将来。

我们应该承认，上述的困境，部分来源是中国法律史领域的自我束缚所致。要建立真正的自我认识，一方面需要对当前整个法学领域中的西方现代主义进行深刻反思，另一方面也需要对自己领域的研究倾向进行深刻反思。简单地否定自己的历史，对法律采取一种没有历史的虚无态度，乃是今天走到极端的现代主义深层构成原因之一。同时，忽视过去的实践，虚构了一个没有活生生意义的法律史，怎能对极端的现代主义、全盘西化主义进行反思？从没有现实意义的基本前提出发的法律史研究，怎能构成中国自己在法律领域中的主体性？在这样的自我束缚之下，中国法律史研究怎可能不被完全边缘化？

超越本土东方主义

接受百年来对自己的历史的拒绝，便等于接受一种本土的东方主义，认为中国传统只是一个“他者”，只适合用来突出西方现代法律的普适性。^{〔3〕} 在研究中如果只试图说明中国自成系统的法律思想和制度，只为过去而论过去，满足于简单的思想史和制度史，即便是充满民族感情的叙

〔3〕 这里借用的毋庸说是萨义德(Edward Said 1978；中文见萨义德1999)的概念，但是我不同意萨义德的虚无认识态度，认为一切认识最终只不过是一种话语或构造。参见黄宗智(2007g [2003]；2007d)。

述,最终的现实意义也只可能是作为西方现代法律的“他者”。

正因如此,中国今天要走出这个困境,需要推翻现在的这个前提性信念,重新塑造我们对中国过去和现在的认识,建立中国法律史对理解过去和今天的现实的必要性。首先要跳出不顾实践和实际运作的研究架构。如果简单地仅仅着眼于理论,中国法律史在近百年中所经历的确实是一再的巨变和反复。从以德国(经日本)为模范的晚清和中华民国历史开始到毛泽东时代的反封建、反资产阶级法律,再到改革时期的再度全盘模仿西方的经历确实是一个巨变的、断裂的过程,其中古代法律确实似乎不具有任何意义或正当性,而革命的现代传统则在改革时期被置于与清代法律同样的地位。仅从理论和法律条文来看,中国近百年的法律历史确实似乎是一个完全虚无性的变化,没有什么历史延续和积累可言,几乎可以将其比喻为一个性情非常浮躁、易变的青年,谈不上经验和积累,更谈不上历史和传统。

但是,我们如果从法律实践的视角来考虑,近百年的历史展示的则是一个完全不同的图像,其中当然有变迁,但是,也有延续和积累。也就是说,现实有它一定的历史,并且不可脱离历史来理解。实践之所以不同于理论,首先,是因为它具有主体性,不允许简单的全盘移植,而要求在实践中,也在法理中,适应中国的实际,包括人民的意志。其次,实践要比理论宽容。它允许中西合并、相互拉锯、影响、协调、妥协。而法律理论则不然,它要求逻辑上自洽。中国法律史的研究如果限于理论和思想研究,便只可能与西方法律相对立,非此即彼,绝无可能相互并存、相互作用。但今天中国的现实不允许这样简单的选择,既不可能复古,也不可能脱离中国历史而全盘西化。中国现实所需要的,正是共存和相互影响。最后,也是最关键的,是实践法律史的现实意义。脱离了实践,只论理论,便谈不上中西的取长补短,更毋庸说建立可以在现代世界中适合中国实际的、独特的法律。

这里要倡导的是建立一种新型的、关心实践和运作的,即现实世界的中国法律史研究。因为实践历史要比理论历史贴近历史实际,而正是面对历史实际,我们才有可能跳出百年来中国的自我否定和历史与现实隔离的状态。我深信,唯有如此,才可能脱离当前的法史研究绝境,才可能

把中国法律史从博物馆中挪移出来,重建中国法律历史的现实意义,重建中国法律历史在全世界的法学和法律中所应有的地位。本书的主旨便是要阐释和证明这一点,并试图在中国法律的实践历史中探寻能够适应当前需要的、融合中西的自主性和现代性。

同时,应该说明,我提倡的实践历史研究,乃是一种手段性,而不是终极性的建议。突出实践历史是矫枉过正的策略,是针对过去偏重理论、表达和制度,无顾实践和现实的手段;并不是说历史只是实践的历史,或者说唯有实践才是真实的。很明显,实践只是宽阔的历史和现实中的一个部分,它绝对不能脱离理论和表达。它本身既可能是合理的,但也很可能是不合理的。而且,它本身缺乏前瞻性的理想、理论性的洽合,以及精确、系统化的概念。很明显,实践是需要道德理念和理论的前瞻性的,不然,它只可能是回顾性和经验性的。这也是本书特地突出中国的“实用道德主义”思维方式的理由之一。作为具备极其长期的历史生命的传统,“实用道德主义”有一定的优越性,是我们今天可以继承的一面。另外,我的研究一直强调清代法律的基本性质绝不简单在于它的表达,也不简单在于它的实践,而是在于两者的矛盾结合,其中既有张力和冲突,也有妥协和协调,这才是中国法律传统得以长期持续的真正秘诀。我真正要提倡的是在宽阔的历史观和现实感中,确认历史既包含物质层面也有思想层面,既有社会经济结构也有能动,既有制度、也有过程,既有变迁也有连续,既有大的历史趋势也有偶然性和个人的抉择。我们最终需要的是从宽阔的历史视野和现实感来理解中国法律的过去和现在。

我们如果回到法学领域来说,过去的思想史和制度史研究乃是重要的资源。它需要的是从实践和现实的层面补其不足,但这不是要抛弃过去的研究。最终,我们所要的是实践和思想的综合,也就是说新研究和旧研究的综合。这样,中国法律史研究才会在新时代具有真正的生命力。

目 录

第一章 导论:中国法律的实践历史研究 / 001

相对理论而言的实践:美国法律形式主义与其法律实
践历史 / 002

相对表达而言的实践:清代法律 / 003

相对制度而言的实践:男女继承权与其实际运作 / 005

不同于形式主义理论的实践历史 / 006

离婚法实践与法庭调解制度 / 010

第三领域和集权的简约治理 / 012

简约治理下的社区调解制度 / 015

第二章 社区调解的过去和现在 / 018

20世纪20年代到40年代的社区调解 / 020

来自明清时期徽州的另一例 / 029

集体时代的社区调解 / 030

改革后期的社区调解 / 045

民间调解的可能前景 / 051

第三章 集权的简约治理

——以准官员和纠纷解决为主的半正式基层行政 / 056

历史证据 / 057

集权的简约治理 / 067

儒法合一的治理 / 071

当代中国的科层制化和简约治理 / 073

第四章 离婚法实践

——当代中国法庭调解制度的起源、虚构和现实 / 079

毛泽东时代民事法律制度 / 081

历史起源 / 097

离婚法实践与整体的民事法律制度 / 108

第五章 取证程序的改革:离婚法的合理与不合理实践 / 112

从实地调查到庭审调查 / 113

历史环境的变迁 / 115

取证制度在离婚法中的实际运作 / 118

纯形式化的取证运作 / 122

实质性调解的延续 / 124

新形式正义以及形式、实质正义的合并 / 125

两不是的司法权力滥用 / 127

总论 / 128

第六章 民事判决的过去和现在 / 130

大陆形式主义与清代司法 / 132

儒家的表达与清代的法律实践 / 138

大陆形式主义与民国民法的中国式原则及实践 / 140

法律形式主义与当代中国的法庭实践 / 142

法律变革和中国当代立法 / 167

第七章 法庭调解的过去和现在 / 171

清代的调解观念 / 173

清代的法庭实践 / 175

民国时期的调解 / 177

1949年后中国的调解意识形态 / 180

1949年后中国的法庭调解实践 / 183

调解与判决之间 / 192

当代中国法庭调解的性质 / 198

清代、民国和1949年后的中国调解 / 202

中国法庭调解的逻辑 / 204

第八章 中国法律的现代性? / 207

美国法律的现代性 / 208

后现代主义与现代性问题 / 210

中国法律的现代性? / 212

前瞻 / 230

第九章 结论:历史与现实 / 232

引用材料 / 240

附录 进一步的探索:简介 / 258

附录一 中西法律如何融合? / 260

道德、权利与实用的三维体系 / 260

调解制度 / 261

离婚法 / 263

赡养—继承法 / 265

侵权法 / 266

刑讯逼供问题 / 268

刑事和解 / 272

结论 / 279

参考文献 / 281

附录二 历史社会法学:以继承法中的历史延续与法理创新为例 / 285

一、赡养 / 286

二、继承法 / 287

三、家庭一体与夫妻一体 / 290

四、中西法律的并存与融合 / 291

五、家庭主义与个人主义之间的张力 / 292

结语:历史社会法学 / 294

参考文献 / 296

建立“历史社会法学”新学科的初步设想 / 297

附录三 重新认识中国劳动人民

——劳动法规的历史演变与当前的非正规经济 / 301

一、劳动法规的历史演变 / 302

二、全球视野下的非正规经济 / 308

三、中国的农民工 / 309

四、城镇的正规与非正规就业人员 / 313

五、乡村的就业人员 / 317

六、中国的正规经济 / 322

结论 / 323

参考文献 / 325

索引 / 329

表 目 录

- 表 2.1 华北三个村庄的纠纷,20 世纪 20 年代至 40 年代 / 021
- 表 2.2 1950 年至 1990 年松江县民事案件分类及离婚案件所占全部民事案件百分比 / 034
- 表 2.3 甘露村、香山村、华阳桥乡纠纷,1984 年至 1990 年 / 038
- 表 2.4 1980 年至 1992 年甘露村干部处理纠纷实例以及 1990 年华阳桥乡法律事务所处理纠纷实例 / 038
- 表 2.5 河南省汝南县三里店乡宋村纠纷,1992 年至 2006 年 / 046
- 表 2.6 1980 年至 2005 年民间调解纠纷数与民事案件数 / 052
- 表 4.1 离婚案件的结果 / 091
- 表 4.2 1950 年至 1985 年奉贤县民事案件分类表以及婚姻案件所占民事案件总数百分比 / 108