

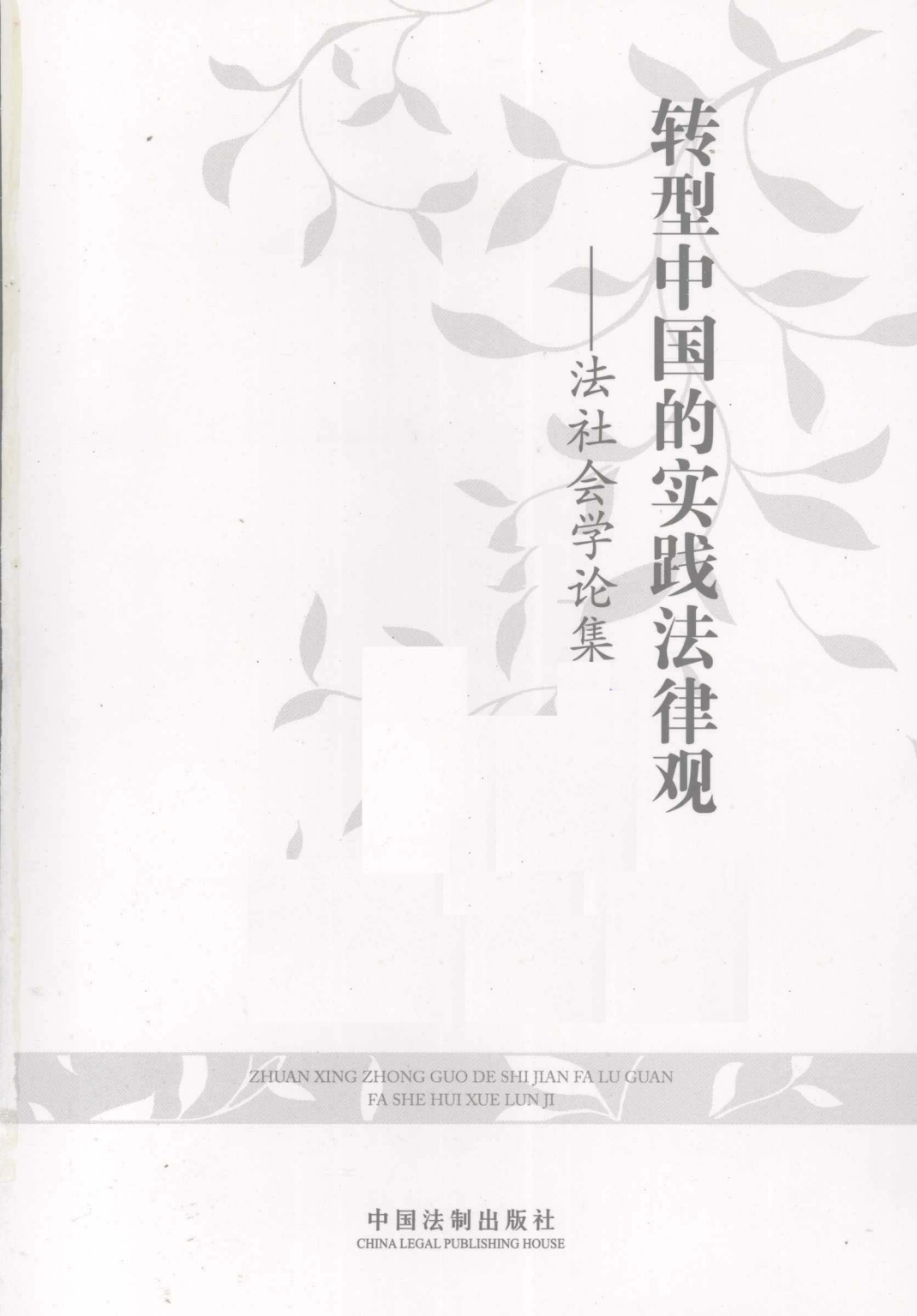
转型中国的实践法律观

——
法社会学论集

郑永流
著

ZHUAN XING ZHONG GUO DE SHI JIAN FA LU GUAN
FA SHE HUI XUE LUN JI

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



转型中国的实践法律观

——
法社会学论集

ZHUAN XING ZHONG GUO DE SHI JIAN FA LU GUAN
FA SHE HUI XUE LUN JI

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

转型中国的实践法律观：法社会学论集/郑永流著.

北京：中国法制出版社，2009.4

ISBN 978 - 7 - 5093 - 1197 - 4

I. 转… II. 郑… III. 社会法学 - 文集 IV. D90 - 052

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 055660 号

转型中国的实践法律观：法社会学论集

ZHUANXING ZHONGGUO DE SHIJIAN FALUGUAN; FA SHEHUIXUE LUNJI

著者/郑永流

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2009 年 4 月北京第 1 版

印张/9 字数/160 千

2009 年 4 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1197 - 4

定价：28.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfs.com>

编辑部电话：66067024

市场营销部电话：66033393

邮购部电话：66033288

西方微言与中国大义（代序）

“昔仲尼没而微言绝，七十子丧而大义乖。”班固之断语虽有些言过了，然今人确也再难复现孔子“诗三百，一言以蔽之曰，思无邪”之景象。这并非后学才力不逮，实则时过境迁，传统话语不能尽显现代生活方式。于是乎，西方微言乘虚而入，占尽风流。百年来欧风美雨的洗礼，已使它成为国人思辨时的“前理解”，纵是言说所谓“学术本土化”，多半也是在西式叙事框架里游刃。

就法律而言，鉴于包装在西方微言外壳中的国家制定法，在社会生活中常常不那么有效，有志者力倡法律本土化，进而要厘定中式法律话语体系，以体察中国本土大义，立意高远。窃以为，一种话语，实是隐于其中的价值之生成，问题使然，正如有识者言：有了真问题才有真学问，也即才可能以微言识得大义，要害在此。

当代国人所处的社会极富兼容性，前现代的、现代的、后现代的问题杂陈并立，致使传统的中式微言和现代的西方话语，都有适与不适之两面性。相应地，在法的形式上，寓于传统中式微言中，所谓习得的民间习惯法和以现代西方话语表现出的，所谓学得的国家制定

法，均有不及之处。究其缘由，原是民间习惯法得以安身立命的旧有生活关系，朱颜大改；而国家制定法之不适，既在于它不能兼及性质相异的全部问题，也因其基本体系和主要价值原则的外来性，受到本土文化的抵制，更不可忽略的还有民众普遍的非理性抗拒。

许是一种能兼采传统民间习惯法的实际有效性、现代国家制定法的普遍公正性的当代民间法为理想中“人”，惜其生成有待时日，而社会又不可一日无规则，三种法律样式皆有难言之处。基于“现代性”正日渐成为现实生活之主流特性，市场之手不断将人们从昔日脉脉温情的熟人社会，推入一个身心两分的陌生人社会，社会生活关系前所未有地趋向复杂化，权衡之下，在逻辑上大体能与之相应的国家制定法这种微言，似乎更能识得日益为人所首肯的，诸如个人自由、社会民主、普遍公正等现实生活之大义。退而言之，既然不能“而今迈步从头越”，置国人百余年来的公共选择于不顾，悉数推倒重来，那么，遵循一种相对善的既存规则，“骑驴找驴”，方能在游戏中创立新的规则与新的话语。

《人民法院报》2001. 3. 26

目 录

西方微言与中国大义(代序)	1
---------------------	---

本体与方法

知者乐水 仁者乐山	(3)
-----------------	-----

事实与规范	(9)
-------------	-----

——评季卫东《当代中国司法思维方式的特征》

雕阑玉砌朱颜改	(21)
---------------	------

——写在邓正来《中国法学向何处去》之将尽处

闪进法学大门的时代使者	(26)
-------------------	------

——谈系统科学方法在法学中的运用

法律社会学研究对象之我见	(34)
--------------------	------

社会变迁与法

法律与发展	(47)
-------------	------

——九十年代中国法哲学的新视点

20 世纪末中国法律面临的挑战	(61)
-----------------------	------

法的有效性与有效的法	(85)
------------------	------

中国经济变迁中的多元秩序	(138)
--------------------	-------

——以经济法为例

法律要迎接新的技术革命的挑战	(155)
论生活之趋向,窥美国之法制	(165)
——评《大趋势》	
学术自由及其敌人:审批学术、等级学术	(176)

乡村社会的法

农村变革中法律的地位及发展道路论纲	(195)
以制度推进制度	(205)
——安徽省阜阳试验区乡镇企业破产制度试验研究报告	
中国农民法律意识的现实变迁	(222)
——来自湖北农村的实证研究	
中国农村基层执法模式初探	(243)
村庄治权 赖何生存	(251)
——《乡规民约体现的村庄治权》初读	

实践法律观

从规范法治观到实践法治观	(263)
——从养路费案观察中国法治之道	
转型中国的实践法律观	(270)
——2007年12月8日在中国政法大学法学院 新年论坛上的演讲(节选)	
后 记	(280)

本体与方法

知者乐水 仁者乐山

当选定本文的这个主题时，不禁又记起了费孝通先生在其《乡土中国》开篇中给读者讲述的他初次出国时，如同万千出远门的人都要经历的一幕：临行前，他奶妈偷偷地将一包用红纸裹着的东西塞到了他的行李箱底下，并避开人群对他说，假如在外水土不服，老是想家的话，可以把那纸包的东西煮一点汤吃。这东西就是灶上的泥土。不知费先生曾将这灶土煮吃了没有，但身心上的水土不服、文化惊诧想必他是体验过的。

人有不服水土之虑，那么一种制度、一种文化是否也有外出闹肚子之不适呢？说白了就是，当我们上上下下对厉行法治一致称是时，可否想过这西域渐来的东西能服中国的水土吗？这知者能乐山吗？

西方的长期经验表明，在所有不好的治国方案中，法治不失为最好的一种（柏拉图语）。然而，这一经验的证明过程却是十分的漫长。从观念上看，它始于古希腊，其制度基础，则是从十一世纪起开始建造的，即使是作为一种社会事实，法治也存在了二三百之久。在人们的眼里，岁月已将法治淘洗成西方文化借以区别于其他文化的主要标志之一。如果这种论断尚能成立的

话，那么，将法治移到中国或将德治礼治植入西土，既不可轻言，也不可与你学习我的制陶技术，我引进你的大学制度同日而语。作为文化，它们各自有着不同的生存发展条件。

孔子说：“知者乐水，仁者乐山。知者动，仁者静。知者乐，仁者寿。”这大抵是指见多识广的人与宽厚仁义的人各自的喜好、处世态度及命运不同。岂料冯友兰先生从中解读出古代中国人和古代希腊人的不同，并对中西文化的差异作了一番追根求源的地理水土的考察（《中国哲学简史第二章》）。

这就是，中国为大陆国家，民以农为本，以土地为生。土地是不动产，不仅死不能带走，且生也难挪动。寒来暑往，祖祖辈辈，繁衍其上，也尽享其乐。与此相应，一套严整的家族制度便滋长出来，父子有亲、夫妇有别、长幼有序是其要义，国家社会不过是家的扩大，于是君臣义如父子，朋友信似兄弟。世人都尽五常之本份，便为爱人，天下也就达到了仁。不仅如此，这黄土地还孕育了以颂扬自然为中心的文学艺术和以直觉顿悟为特征的哲学。

而那希腊人生在海边，以商为本。商之要害是交换，财产多为动产，需要流动，人就结城而居。杂居使人失去家庭依赖，大家都立于一个平面，谁也不比谁高出一个等级，协调人际关系的另有一套。为畅其货，人们不得不标新立异，创新工艺，科学便发达起来。又从商业账目的抽象数字中建立起假设的概念，知识论就是由此发端。

据冯先生的诠释，一言以蔽之，这一土一水，一农一商，遂在根本上分别了中西文化。自此，中西便各走了各的路。这种说法虽不免文化地理决定论之嫌，但地理环境在文化生成之初无疑起着主导的作用，古希腊人首倡法治莫不与此相关，当然其中还有许多中间环节。而文化的承继与发展，虽非地理环境所能左右，但却要受独特的社会环境的制约，这大概要算社会水土吧。据此，伯尔曼在《法律与革命》、泰格和利维在《法律与资本主义的兴起》中，从两种完全对立的立场，为人们道出了作为法治之制度基础的西方法律形成的若干非西方社会所不具备或不同时具备的条件。

在伯尔曼看来，宗教是了解西方法律传统形成的关键。具体就是，自一〇七五年开始所发生的教皇格列高利七世与神圣罗马帝国皇帝亨利四世之间的授职权之争，俗称教皇革命，是统一教会法产生的原动力。从统一教会法中新生出一系列法律制度和理论：契约法、信托、法人制度、济贫法、债务人权利和破产原则、改造罪犯理论、代理与委托、遗嘱继承与遗嘱检验程序，以及诚实信用、实质公平和纠正偏弊等衡平法三大理论。当时尚处于分立状态的世俗世界——帝国的、王室的、封建的、庄园的、商人的和城市的的社会及其法律，是在部分对教会及其法律的摹仿，部分与之抗争中逐步发展并走向统一的，最终形成了近代西方国家和法律。可以说，脱离了宗教这个传统，便不能理解今日西方之法。

与之不同，泰格和利维则走笔于十一至十九世纪八百年间商人与封建领主、城市行会和中央君主之间较量

的角斗场。他们透过威尼斯东方贸易的兴起、英国清教徒革命和光荣革命、启蒙运动、法国大革命和拿破仑法典制定等重大历史事件，展现给人们资本主义兴起与发展对法律的冲击与影响这样一幅经济法律史画，其中两人又浓墨描绘了作为西方近代法核心要素的契约走向自由、产权脱离社会其他因素而成为一个纯“个人”与“物”之间的关系的变化历程。

事实上，有兴趣者还可以从其他许多作者，如萨维尼、梅因、梅特兰等那里发现别的一些西方社会和法律所独具的条件。在经历近千年的诸多因素、事件及至革命的合力作用下，法律在西方不仅被发展成为一套处理社会事务的有效的技术性手段，更变成为一种涉及人的感情、直觉及至整个社会的信仰的东西。法律犹如信奉。伯尔曼更是看重真正的宗教与法律之间的隐喻关系，甚至断言没有对炼狱的恐惧和对最后审判的希望，西方法律传统就不会存在。也许将伯尔曼与泰格、利维综合起来要公允一些，即，是宗教和资本主义，或主要是它们二者，将西方法律，进而将法治变成了人们的信奉。

说到此，显然，当人们离开了传统、历史、经验去谈论输入或输出法治时，无论他们的动机是神圣的还是不可告人的，着实于事无补。人们可以将诸如代议制、公民基本权利的法律确认、行政的合法性、法律至上、独立的法院提供司法保护、国家权力运用的可计算性与可预见性、分权制衡等法治的一部或全部内容写进宪法与法律，或像前埃塞俄比亚皇帝塞拉西那样，请来当代

最著名的比较法学家——法国的达维德，为埃制定出一个超过了法国民法典和德国民法典的、堪称世界上最完美的埃塞俄比亚民法典，也编纂几本最优秀的刑法典、公司法典来，但这一切无不显得是从本本中“学”社会技术，而离从事实与经验中“习”得的内心信奉相差远矣，到头来难免塞拉西民法典被束之高阁，只在少数几个大城市用一用之不幸。订一纸契约不难，但要人们不急时也去烧一柱香却不易，而一改“举性以见理”为“援理以释性”，则如从走兽到飞禽之变。

正是法治尚不被国人奉为内心信仰只权作富国强兵奔向现代化的社会技术，才演绎出众多令人不解、南辕北辙的故事：讲究自觉渐进的法治，其贯彻却要靠运动并与干部的政绩挂钩；这边在大声疾呼某事某某事“亟待立法”，那边又在热烈企盼更多的英雄劳模问世；昨日还是火得不能再火的股市，一夜之间只因一篇评论员文章而一泻千里；铆足了劲要搞自治的是那些较穷的村民；三乱四乱原是出于那些执法部门的红头文件；打官司成了打关系；找法律不如求上级；破产法几乎自身也要破产了……

法治在中国的命运，犹如礼治在西方，当初莱布尼兹、伏尔泰、海德格尔曾力倡儒学西渐，但终因这方水土养不了那方人，只是留下了文化交流史上的不少美谈，未触动多少西方人的社会生活。这倒印证了练气功者的一句行话：信则有，不信则无。但对法治而非气而言，要能信，与其说是意志与决心，不如说是经验与体会使然。

当代中国社会具有极大的兼容性，这是中国人治国经验体会发生的渊源，由于经验过程太短，积累不足，在这种经验中将滋生出什么样的真正为人所信奉的治国方略，一时尚无法给出令人满意的回答。不排斥法治成为公共选择的方略之一，但它决不是唯一的选项。这种方略，更有可能是法治与别的什么治混成的，正如解纷不必全仰仗于诉讼，还可以依靠仲裁、调解、协商一样，只因为，乐水者知，乐山者仁。

《读书》1998.6

事实与规范

——评季卫东《当代中国司法思维方式的特征》

谢谢，大家晚上好。谢谢大家的鼓励。为什么这么说？我接到法律思想网的邀请，邀请我来做季卫东先生这篇文章或者是这个演讲的评论人，的确是非常犹豫的。因为在座的有的同学了解我，我对司法这个领域并不熟悉，尤为重要的是，我特别不习惯在大庭广众之下来谈一个很专门的问题，我觉得季卫东讲的问题不太适合在大庭广众下进行交流，它只是一个沙龙当中的话题，而我更习惯在后面一种场合。

为什么这么说？因为有很多信息不对称性，下面我的评论大家可以听得出来，我是以他的文本进行评论，而在座各位又没有拿到他的文本，没有提前阅读他的文本，尽管季先生刚才的演讲在我看来还是比较清晰的，但是毕竟和阅读有一些距离，这样我的评论可能你们不知道我到底说的是什么，因为我主要是依据这个文本做出来的评论。但是我又接受了这样一个邀请，基于这几点理由，季先生的文章主要还是社会学的视角，我既从事法哲学也搞法社会学，所以还有一点点自信。第二个理由就是思维方式，我更多是从法律方法角度切入进

去；第三点他的内容里面涉及到与西方思维方式和司法或者是法律的思维方式这样一个对比，我自认对西方还了解一些，所以基于这三点理由接受了这样一个邀请，三比二，三多一些，所以我就接受了。

下面我就按照我预先准备的，按照文本当然尽量结合他的演讲，或者是用一个大众化的话语来做一个阅读读后感。我是从三个方面来说：第一，季先生说了什么。尽管你们可能认为这是一个多余的话，但是我认为不是多余的，因为我下面的评论主要依据他说了什么。第二个大的问题就是季先生如何说，说得如何，这是一种评论，依据我的总结作出的一种评论。第三个大问题就是我如何接着说。

首先说季先生说了什么？请允许我做一个总结。我觉得他说了三个问题：

第一个问题是对当代中国司法思维方式的特征进行了描述，同时更多的结合了中国的传统文化做了这样一个总结。在他文章第一、二、四、五部分涉及到这个问题，当然你们没有看到文本可以忘掉这样一个数字；

第二个问题是现代西方，他用的是西欧，但是我想他也可能是讲西方，他说的是现代西欧司法思维方式以及和中国的对比，这是第三和第四部分；

最后一部分或者是最后一个问题就是如何处理严格适用法律与司法性立法的关系，这是他的原话，但是转换为法官造法也可以，如何处理严格适用法律与司法性立法矛盾的总体思路，这是在第四、五部分中提出来的。我作为读者认为季先生说了三个问题。