

北大

法律

评论

第3卷·第2辑



Peking University Law Review

本期要目

■ 强世功

权力的组织网络与法律的治理化

侯健

言论自由及其限度

■ 谢鸿飞

现代民法中的

“人”

■ 沈 岢

制度变迁与法官的规则选择

■ 舒国滢

从美学的观点看法律

■ 彭小瑜

古代罗马宪法制度及其汉译问题

● 法律出版社

北 大 法 律 评 论

Peking University Law Review

2000 年·第 3 卷·第 2 辑

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

北大法律评论.第3卷,第2辑/北大法律评论编委会
编.-北京:法律出版社,2000.10

ISBN 7-5036-3159-7

I.北… II.北… III.法律-研究-中国
IV.D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 65382 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/陶松

责任校对/杜进

印刷/北京宏伟胶印厂

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/11.25 字数/290 千

版本/2001 年 1 月第 1 版 2001 年 1 月第 1 次印刷

印数/0,001—5,000

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

电子信箱/pholaw @ public. bta. net. cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3159-7/D·2879

定价:18.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

编辑委员会

汪庆华 邓海平 魏双娟 杨 柳 李红海 凌 斌

刘晓春 郑 芳 丁春艳 章永乐 廖美香 陈 实

本期执行主编

杨 柳 汪庆华

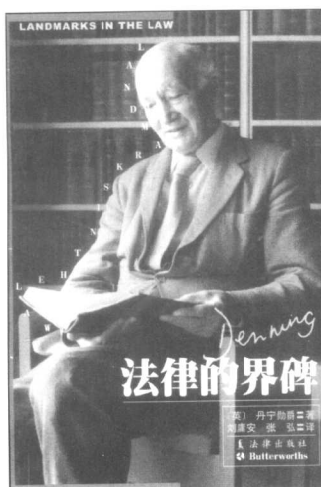
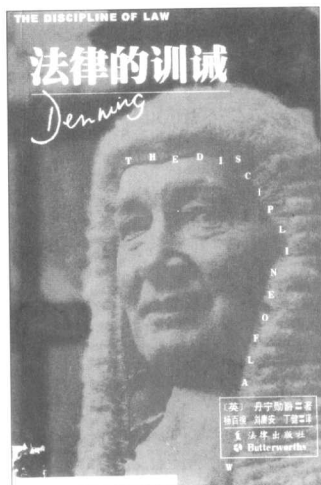
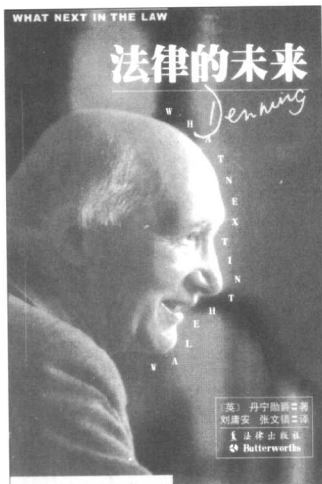
《海商法研究》

《海商法研究》是北京大学法学院海商法研究中心主办的定期出版物，从1999年创刊以来，现已出版三辑。

《海商法研究》设有专论、论坛、学位论文、新书评介、海外视角、海商动态和北大课堂等栏目，广泛吸收来自于立法机关、海事法院、运输公司、保险公司和教学研究机构等各行业的投稿，力图反映我国海商法领域最新的学术成就和实践动态。

《海商法研究》倡导理论联系实际和遵守学术规范，以言之有物、论点鲜明为标准审查论文内容，以注释严谨、行文流畅为标准审查论文形式。《海商法研究》由海商法界乃至整个法学界的知名专家、学者如芮沐、朱曾杰、吴志攀、司玉琢和尹东年等教授任学术指导，由北京大学法学院郭瑜博士任执行主编，并由北京大学法学院的优秀学生协助编辑完成。自第一辑出版以来，已在海商法界引起相当反响，对我国海商法的研究工作起到了积极的推动作用。以后该出版物将每季度出版一辑，必将继续扩大其影响。

《海商法研究》热忱欢迎各界朋友投稿。通信（邮购）地址：北京大学法学院海商法研究中心（邮编100871）。网址：mlrc@263.net。本书可通过各大书店购买，全年4辑订价共80元（含邮费）



《北大法律评论》第3卷·第2辑(总第6辑)

目 录

论文

- 强世功 权力的组织网络与法律的治理化…………… (1)
侯 健 言论自由及其限度…………… (62)

评论

- 谢鸿飞 现代民法中的“人”…………… (128)
沈 岍 制度变迁与法官的规则选择…………… (159)
陈兴良 犯罪:规范与事实的双重视角及其分野 …… (204)
王小能 刘德恒 中国内地与香港两法域私法
冲突与应对…………… (230)
丁 利 新制度理论简说:政治学法学理论的新
发展…………… (276)
舒国滢 从美学的观点看法律…………… (300)

书评

- 彭小瑜 古代罗马宪法制度及其汉译问题…………… (314)

案例分析

- 苏号朋 王涌 于洋 恒升(远东)电子计算机集团诉王
洪名誉侵权案模拟法庭辩论…………… (326)

论 文

《北大法律评论》(2000)

第3卷·第2辑·页1—61

Peking University Law Review

Vol. 3, No. 2, 2000, pp. 1—61

权力的组织网络与法律的治理化*

——马锡五审判方式与
中国法律的新传统

强世功**

Abstract

There are two opposite kinds of approaches to the studies of mediation characterized by the *Ma Xiwu's Judicial Mode* in 1940s communist China. One, based upon historicism, maintains that importance of mediation in the legal system of communist China exhibits the continuance and extension of traditional legal culture in the history. The other, based upon functionalism, emphasizes the breakup of traditional legal culture and the modification of mediation by communist ideology.

Based upon the reflection and criticism of these two kinds of

* 本文初稿宣读于“中国乡村社会的法律”研讨会(1999年1月31日),感谢范愉和李康在会议上对本文所作的评议,感谢朱苏力、李猛和赵晓力在讨论中给予的启发。本文的写作获得“中国基层司法制度及其运作”课题组以及北京大学国家社会科学基金的支持。

** 北京大学法学院讲师(100871)。E-mail: jiangshg@law.pku.edu.cn; jiangshg@263.net.

approaches, with some new materials, the article brings forward a new approach of relation/event based upon 'archaeology' and 'genealogy' in the sense used by Foucault to this topic. In this way, the article put the *Ma Xiwu's Judicial Mode* as an incidental historical event into the power relations in the transformation from traditional empire to modern nation-state in China. In the process of state-making, the state law transplanted from the West met the resistance from the indigenous customary law exemplified by marriage law. In order to settle such troubles, the Communist Party used various power techniques and constructed an 'organizational nexus of power' so as to put its power into the rural society. Therefore, the incidental mediation practice was integrated into the nexus of power as a special kind of governmental art. In the competition between legal discourse regarding law as autonomous system and political discourse regarding law as efficacious instrument of governance by the Party, state law was eventually subject to the governmentality as an instrument, which constructed the heart of new legal tradition. In this new tradition, the aims of law are not social justice but the Party's policies, not settling disputes but modifying and governing the society. It is in this tradition that we could understand the difference between the rule of law in the West and the rule by law in contemporary China.

中国共产党的法律传统形成于陕甘宁边区政府时期,^①这一时期所发明的马锡五审判方式以及由此推动的人民调解成为中国共产党法律制度中影响最为深远的主要传统之一,^②这一传统直至今天依然影响着中国的司法实践。^③一般说来,对于陕甘宁时期的调解制度的研究存在两种流行的主张。一种,我称之为“文化延伸论”。这种理论认为,马锡五审判方式所推动的调解运动不过是中国传统法律中受儒家伦理影响的“无讼”思想的体现和延伸,因此,在这个意义上,中国共产党的法律实践继受了中国古代的法

① 从编年史的意义上,我们往往将中国共产党的法律制度的创生与中国共产党的诞生联系在一起。但是,如果我们将法律不是理解作为一种关于法律的主张或者法律条文,而是理解作为一种稳定的、常规化的、在实践中运作的制度,那么,中国共产党的法律制度实际上是在陕甘宁边区才开始形成的。

② 在中国历史上,调解往往指的是绅士或者地方精英自发组织的纠纷解决方式。但是,近年来关于司法档案的研究表明,晚清地方司法官员在判案的过程中也采用非正式的纠纷调解。(Buxbaum, D. C., 1971, Huang, Philip C. C., 1993)而在中国共产党的法律传统中,调解主要有两种方式,一种是人民法院在审理民事案件中依照法律(从前的《调解条例》和现在的《民事诉讼法》)进行的民事调解;另一种是基层政府专门设立的各种调解组织,比如调解委员会和乡镇司法所主持的人民调解,这是国家采取的一种准司法的纠纷解决方式,它介于民间调解和民事调解之间,司法协理员按规定要受法律专业知识的培训并要制作调解案卷。正是由于国家对民间调解的介入,使得原来所谓的家族或地方精英组织的调解成为不再受到鼓励的“私了”。因此本文中所谓的调解指的是马锡五审判中的司法调解和政府组织的人民调解,而不讨论真正的民间调解。

③ “在人民法院发展史上对审判旧模式的突破已经有三次,第一次始于抗战时期的马锡五巡回就地审判,其最终为我国诉讼法所确认;第二次是解放战争时期诉讼外调解的产生与发展,确立了人民调解的制度和组织形式;第三次是80年代初人民法院围绕‘以防为主、打防结合’的工作新思路,积极参与社会治安综合治理”。(山东省潍坊市中级人民法院研究室,1994:34—37)其实,这里所谓的三次突破仅仅是出于表述上的方便,实际上就司法工作而言,三个阶段的思路对于法院来说都是以调解为核心。历史上形成的调解制度作为一种司法构造对当下中国司法实践的影响,参见范愉,1999。

律传统。^④ 另一种刚好与此相反,我称之为“文化断裂论”。这种理论认为中国共产党所推行的人民调解制度与中国历史上的调解传统在性质、权威依据、目的和手段等方面存在着截然不同(Fu Hualing),它差不多成功地“改变了调解的过程和功能”,“政治功能强烈地渗透在调解中,以至于指导着调解人对纠纷的看法以及用来解决纠纷的标准,从而调解的政治功能遮蔽了其解决纠纷的功能。”(Lubman,1967:1278.)调解已被发展为一种社会动员的工具,一方面是为了解决纠纷,另一方面是提高群众的政治觉悟和意识,以此来贯彻党的主张、维持社会秩序、实现对社会的重建。(Lubman,1967;Johnson,1982)

这两种不同的理论主张其实建立在不同的理论研究方法之上。一般说来,主张“文化延伸论”者采用文本分析的方法,尤其侧重于对法律和政策文本的分析,通过这种分析将共产党采取的调解制度区别于西方或者苏联的法律而显示了法律文化中的独特性。而主张“文化断裂论”者采用功能主义的分析方法,这种功能

④ 在美国汉学家中,持这种观点的学者认为调解制度是中国的社会主义法律制度区别于苏联的社会主义法律制度的重要体现,因此调解制度正是“传统的文化价值”和“中国特色”的体现(Cohen,1966;Palmer,1989)。这些观点在80年代的比较法律文化的研究中也颇为流行(梁治平、齐海滨等,1988:146—156)。

当然这种看法不仅是学术界的流行观点,也是目前官方主导的法律意识形态(其实,学术界的观点往往基于这种主流意识形态)。担任最高人民法院副院长的唐德华(1999:39)指出:“民事诉讼中的调解,是我们人民司法制度的优良传统。”任建新(1997:363)在担任最高人民法院副院长时曾经对外指出:“协商和调解”是中国人解决民事纠纷的传统方式,这种解决方式在平息争纷、维护家庭和社区的和睦方面起了积极的作用。在新民主主义革命时期,解放区政府就发扬了这种传统,完善和发展了人民调解制度。新中国成立后,国家特别强调人民调解制度的重要性。

主义的方法将调解制度看做是实现中国共产党政治功能的工具,^⑤由此导致对调解的形式、调解的技术、支撑调解过程的社会组织结构以及调解的政治功能的关注(Lubman, 1967)。

但是,正如主张“文化延伸论”无法细致区分共产党的人民调解与传统调解采取的不同的策略和技术,主张“文化断裂论”亦无法解释为什么以“矛盾”和“斗争”的哲学思想为核心的共产党的意识形态尽管与儒家传统文化截然不同,竟然会采取传统的以和解为核心的调解手段?事实上,意识形态中的“斗争”哲学不是体现在调解实践中,而是体现在“批斗”这样的法律实践中(强世功, 2000b)。调解制度为什么不是在瑞金时期而是在延安时期才会发展起来?这种在中国法律史上运用娴熟的调解技术,如何就变成了一种全新的发明呢?这些问题显然不能简单地归结为意识形态或者政治策略。^⑥

这些问题的提出意味着我们对“陕甘宁边区的调解制度”的研究提出了新的问题和要求。它们首先要求我们不是把它作为普遍性的法律实践来加以处理——无论是作为体现文化传统的普遍

^⑤ 许多著名的汉学家都坚持这种“功能主义”(Lubman, 1967; Lubman, 1997; Alford, 1984; Li, 1979)。Brady(1982: 9—10)将美国汉学家对中国法律制度的研究分为五代主张不同的学者,其中陆思礼(Lubman)和李浩(Victor Li)就是主张“功能主义”的第四代学者的主要代表人。有关美国对中国法的研究,参见苏亦工, 1996。

^⑥ 按照 Brady(1982)划分,研究中国法律制度的五代美国学者分别为“合作者”、“冷战者”、“法制论者”、“功能主义者”和“马克思主义者”。尽管这些学者在对待中国的个人态度或理论态度上各有不同,尤其是“功能论者”摆脱了“冷战者”对中国的仇视和“法制论者”的西方中心主义色彩,对中国采取一种同情、理解乃至借鉴的态度来研究中国所特有的调解之类的非正式制度。但是,在理论框架上,即使是“功能主义者”也没有摆脱“冷战思维”的意识形态影响。他们将调解制度与共产主义的意识形态以及共产主义的社会制度联系在一起,将这种法律传统看做是简单的政党组织精心设计的产物,从而在理论上陷入了“政治决定论”的误区中,忽略了他社会因素对调解制度的影响。

性,还是作为制度构造的普遍性^⑦——而是作为一个独特性的“历史事件”来对待,尽管这种特定的历史事件产生了普遍的效果。如果我们在“知识考古学”的意义上理解“陕甘宁边区的调解”,这就意味着我们要将哪些要素和它放在同一个知识地层上加以考察、分析^⑧,是把它和儒家传统下的民间调解放在一起来分析,还是和共产党的意识形态、组织技术等等放在一起来分析,还是和日本的调解实践或者美国的 ADR 运动放在一起来分析,等等。其次,对这种具备特殊性的“事件”的分析不能采取一个简单的化约主义的理解,将“事件”理解为一系列更宏大的要素的产物或者结果,比如“文化延伸论”将其理解为“历史”或“文化”的产物,“文化断裂论”将其理解为“政治意识形态”的产物;但是也绝不是采取一种孤立的方法来认识“事件”,毋宁说采取的是一种“关系/事件”的分析方法,^⑨将“事件”和围绕事件、构成事件的一系列权力关系结合起来分析,这种方法具备了“谱系学”(福柯,2000a)的某种特征。正是通过对权力关系的分析,使得“事件”与总体权力关系的“配置”(dispositif)(德勒兹,2000)发生了关联。正是基于这种“考古学”和“谱系学”方法上的考虑,本文通过对一些档案和文献材料

⑦ 这种制度构造的普遍性主要体现在将中国的调解实践与日本的调解实践、人类学研究中揭示的其他非西方社会中的调解实践、以及新近在美国兴起的 ADR 运动放在一起,从而在于与“审判”相对立的意义上来理解中国的调解制度。参见:季卫东,2000;王亚新,1999 和 范愉,1999。

⑧ 这里所谓的“知识考古学”是指福柯的分析思路,关于对这一思路的清晰表述,参见 Delueze, Foucault。

⑨ 关于“关系/事件”的分析方法在社会理论中的地位,参见李猛:1996;关于这种分析方法在法律社会学中的运用,参见强世功:1997;赵晓力:1997。

的考察,^⑩ 将“陕甘宁边区的调解”放在中国从传统帝国向现代的民族国家转型的过程中加以分析和理解,从而揭示它在中国的现代性意义,并试图对上述问题给出一个初步的阐释和解答。

本文的第一部分分析了从传统帝制向现代民族国家转型的过程中,随着国家政权建设在中国的展开,整个社会的权力关系的格局发生了根本性的变化。在这个过程中,新型的西方法律制度也开始深入到乡村社会,并陷入到困境之中。正是在这种困境中,以调解为核心的马锡五审判方式出现了。第二部分分析在国家政权建设的过程中,中国共产党如何利用种种权力技术塑造并构筑“权力的组织网络”以培养新式的地方精英,从而将权力的触角深入到乡村社会,并由此发动群众,试图实现对中国社会的根本性改造。马锡五审判所带动的调解运动正是和上述权力要素放在同一个“地层”上加以分析和考察。马锡五审判方式作为一种偶然的司法实践之所以取得巨大的成果,并成为共产党的法律原则或制度的象征,就在于这种司法技术与权力的组织网络结合在一起,产生了一种独特的效果,成为一种新的权力组织技术。第三部分围绕马锡五审判方式的种种话语实践和非话语实践,分析调解这种独特的权力技术如何被纳入到新的权力机器或“配置”之中,成为共产党治理社会的重要工具,从而导致了法律的治理化,创设了中国法律的新传统。第四部分着重分析了作为中国法律新传统的法律治理化问题。在此,法律的目的既不是通过审判来实现社会正义,也不仅是通过调解来平息纠纷,而是在解决问题的过程中贯彻党的路线、方针和政策,实现共产党改造社会、治理社会的目的。在最

^⑩ 需要说明的是,在对延安时期法律制度的研究中,最大的障碍就是档案材料的匮乏。尽管本文使用了一些以前没有使用过的档案文献,但是,本文并不是简单地在“历史学”的意义上使用这些材料。本文关心的不仅仅是这些材料所反映的事实,更主要的是将这些材料作为话语来研究,研究支配这些话语的权力关系和权力机制。

后的结论中,我们又回到前面所讨论过的方法问题上来,揭示出我们在理解今天中国的法律制度中,如何面对作为标准模型的西方法治理论,以及这种法治构想在法律治理化的权力配置中发生的畸变,指出只有在这种法律的新传统中,我们才可以理解中国法治建设在当前所面临的种种困境。

一、国家政权建设中法律的困境

从戊戌变法、清末新政、晚清修律直至辛亥革命和五四运动,中国在国家层面的合法性重建基本上已完成了。马克思主义和三民主义等多元的意识形态取代了儒教一统天下的局面;移植而来的西方法取代了中华法系而实现了法律在总体框架上的现代转型;宪政基础上的政党民主政治取代了封建科举,实现了公共领域内交涉者的多元化。总之,合法性重建实现了由封建帝国向现代民族国家的转型。(强世功,1997)但是,在国家转型初具雏形的时候,无论是意识形态的合法性政治,还是官僚理性化的权力建制,都仅仅停留在国家层面上,或者说停留在“大传统”的层面上,而广大的民间社会,尤其乡村社会,仍然是由传统的文化和制度作为一种“小传统”而统治着。^①因此,国家政权如何伸入乡村,或者说现代国家如何在传统的乡村社会中建立起合法性并与此同时实现对传统社会的改造,就成为现代中国的主要问题。

(一)国家治理背景下的法律冲突

在乡村社会的层面上建立合法性的过程实际上就是蒂利所谓的国家政权建设(statemaking)的过程(Tilly, 1975),即国家“试图

^① “大传统”与“小传统”的概念是由 Redfield 对“文明社会”(civilized society)和“民俗社会”(folk society)的区分中引申而来的。参见 Leslie, 1968。

支配、控制或破坏相对自治的地方社会结构,试图扩大它对地方资源的支配,并且在国家的支持下发展新的建制。”(杜赞奇,1994b:348)。然而在中国,以治理为目的的国家政权建设与以发展为目的的国家现代化紧密地联系在一起,从而增加了国家政权建设的负责性。这一点尤其体现在晚清新政以来的乡村自治、乡村建设和乡村革命等运动之中。^⑩

国家通过政权建设实现对乡村社会全面治理的过程中,其首要的目标集中在治安和财政这两项根本任务之上,其次包括教育、文化和习俗的革新方面。^⑪在这一过程中,以解决纠纷为目标的司法制度本身并不构成一项独立的任务。换句话说,新型的西方化的法律制度在乡村的建立必须服从国家治理乡村社会这一首要任务,它只有在国家治理中找到自己的位置,才能有效地发挥自己的功能。

尽管国民党和共产党在对待法律的总体策略上存在着差别,^⑫但是在一定时期二者所信奉的都是现代的法律理念和法律制度,比如男女平等、婚姻自由和保护权利等观念,以及刑事与民事相区分的建制等等,从某种意义上讲,这一套法律制度和法律理

^⑩ 杜赞奇(1994a)敏锐地触及到了这种复杂性,他所提出来的“国家政权的内卷化”概念正显示了国家政权建设在中国与西方的不同境遇。

^⑪ 综观晚清以来的著名的河北翟城村村治、定县村制、山西村制等,虽然规定了村民选举村长等,但其宗旨在于“唤起国家意识”,以便有效地完成组织纳税、维护治安、平息诉讼、协助征兵、管理户籍、划定村界、丈量土地、清查人口、兴办教育等公益事业。参见杨天竞,1931;杜赞奇,1941a。由此可见,晚清的地方自治不过是在传统的保甲制观念中加入了许多现代化的内容,是保甲制的现代变型。

^⑫ 总的说来,在法律制度的建设方面,国民党的司法制度强调专业化:“坐堂办案”,这种总体策略无疑与国民党所采取的官僚化的精英主义路线是一致的,这都被共产党批评为“官僚主义”和“教条主义”。与此相反,正像我们所熟知的那样,共产党所采取的总体策略就是群众路线。

念是从西方法移植而来的,^⑤这与乡村社会传统的男尊女卑、亲邻先买权之类的习惯法是完全背离的。因此,在国家政权通过制度化的组织网络伸入乡村社会时,国家法也就与乡村社会的民间习惯法遭遇了,它与民间法处于一种陌生的相互隔膜之中,缺乏一种共同信守的理念或文化基础。因此,在中国法律制度的现代性问题中,不仅仅是两种不同法律制度而且是两种不同的法律知识体系和法律文化的冲突,这种冲突一直延续到当代的法律实践中(梁治平,1997b)。

由于国家法是随着国家政权进入乡村社会的,它在与民间习惯法的交涉中处于强势地位,但这种强势是逐步确立起来的,而且这也并不意味着民间法总是被动的、消极的,有时它也可能是积极的,从而抵制着国家法。在陕甘宁边区的司法实践中,这种冲突尤其体现在土地和婚姻两个领域,本文下面试图以婚姻法为例来分析这个问题。在婚姻领域中,国家法与民间法相互冲突尤其体现在买卖婚姻以及由此引起的种种问题中。1939年颁布的《陕甘宁边区婚姻条例》明确规定:“男女婚姻以本人之自由意志为原则”,“实行一夫一妻制,禁止纳妾,禁止包办强迫及买卖婚姻。”但是,在传统的婚姻习惯中,买卖婚姻如同一夫多妻制,同样是天经地义的。这种习惯和共产党所主张和倡导的婚姻自由发生了根本的冲突。

(二)买卖婚姻与彩礼

1942年,赤水县政府二届二次议员大会通过“严禁买卖婚姻”法律议案。但在该法律议案的实施中,政府发现“暗中偷卖、偷买

^⑤ 尽管共产党的诸多法律制度是在实践中发展起来的,比如刑法制度(Griffin, 1974)。但是从法律的总体框架而言,共产党的法律模式无疑是按晚清法律移植所形成的西方模式来安排的。尽管在意识形态上可能接近于社会主义法系,但是就法律技术和架构而言,无疑属于大陆法系的传统。