

清华法学

TSINGHUA LAW JOURNAL

“中国司法传统与现代性研究”专辑
第十辑

清华大学出版社

清华法学

THE CHINESE LAW JOURNAL OF TSINGHUA UNIVERSITY

《清华法学》编辑部地址：北京市海淀区清华大学法学院 100084

第10期

清华大学出版社

清华法学

TSINGHUA LAW JOURNAL

“中国司法传统与现代性研究”专辑

第十辑

清华大学出版社

北 京

内 容 简 介

本书为“中国司法传统与现代性研究”专辑,旨在现代性的关照下梳理中国传统司法,阐明中国传统司法的方法论意义与主要特征,对特定国家的司法历史作深入的探寻,追寻司法背后的文化根源,而收古今关照、东西镜鉴之效。同时,本辑还刊发了一组其他专论,涉及“再造礼乐神州”与民国时期清华大学法学教育等内容,兼具思想性与可读性,相信会引发读者无限共鸣。

本书适合法学研究者与法科学生阅读,对于法律职业共同体及关心中国法学之其他有心人士,亦有参考价值。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13501256678 13801310933

图书在版编目(CIP)数据

清华法学·第十辑,“中国司法传统与现代性研究”专辑/许章润主编. —北京:清华大学出版社,2007.2

ISBN 978-7-302-14537-0

I. 清… II. 许… III. 法学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 005081 号

责任编辑:方 洁 张德军

封面设计:汉点公司

责任校对:宋玉莲

责任印制:孟凡玉

出版发行:清华大学出版社

<http://www.tup.com.cn>

c-service@tup.tsinghua.edu.cn

社 总 机:010-62770175

投稿咨询:010-62772015

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座

邮 编:100084

邮购热线:010-62786544

客户服务:010-62776969

印 装 者:清华大学印刷厂

经 销:全国新华书店

开 本:170×255 印张:19.5 插页:1 字数:374 千字

版 次:2007 年 2 月第 1 版 印次:2007 年 2 月第 1 次印刷

印 数:1~3000

定 价:36.00 元

本书如存在文字不清、漏印、缺页、倒页、脱页等印装质量问题,请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话:010-62770177 转 3103 产品编号:024143-01

清华法学

第十辑

目 录

“中国司法传统与现代性研究”专辑

专题研究：中国司法传统与现代性

- 1 [美]黄宗智/ 中国民事判决的过去和现在
- 37 [美]黄宗智/ 中国法庭调解的过去和现在
- 67 [美]黄宗智/ 中国法律的现代性?
- 89 邱澎生/ 由商人讼案看明清中国的司法场域与法律思维模式

论 文

- 111 刘承勰/ 对价原则的历史解读：源泉与原因
- 144 许德风/ 论法人侵权——以企业法为中心

评 论

- 171 萧 瀚/ 再造礼乐神州
- 179 陈 煜/ 作为民族精神的中国法律史学——一种文化的视野

译 文

- 190 [西班牙]卡洛斯·佩雷斯·巴盖罗著 孙雅婷译/ 万法之法
- 199 [美]艾伦·C. 麦克尔著 王亚凯 付立庆译/ 宪法性无罪原则——严格责任合宪性的判例与规则

- 240 [美]威利斯·L. M. 里斯著 郝婷婷译 李旺校/ 法律选择:规则还是方法?

旧文新识

- 255 徐道邻/ 中国唐宋时代的法律教育

资 料

- 262 高润恒/ 美洲国家担保交易示范法
275 王进文/ 民国时期清华大学法政教员著述目录汇编初稿

书 评

- 297 柯 岚/ 於兴中:《法治与文明秩序》



中国民事判决的过去和现在*

[美]黄宗智

黄宗智(Philip C. C. Huang),美国加利福尼亚大学洛杉矶校区历史系教授、中国研究中心创办主任(1986—1995年),中国人民大学长江讲座教授与清华大学人文与社会高等研究中心高级研究员。《近代中国》(Modern China)、《中国乡村研究》创刊编辑。主要著作有《华北的小农经济与社会变迁》(此书获1986年美国历史学会费正清奖)、《长江三角洲的小农家庭和乡村发展:1350—1988年》(此书获1992年美国亚洲学会列文森奖)、《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》以及《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》(英文原作分别由斯坦福大学出版社于1985、1990、1996、2001年出版)(四本书均有中文版)。

在儒家和中国共产党的表达,以及现代主义的一些理论预设的影响之下,中国过去(清代)和现在的民事法律实践中的判决实际长期显得面目模糊。按照儒家道德理想,普通人之间的“民事”纠纷应当通过民间调解而非法庭判决来

* 本文由我的博士生杨柳从英文原稿译成中文,谨此向她致以衷心的感谢。译稿经我自己几次校阅,基本准确。本文集中讨论民事法庭判决;其姊妹篇《中国法庭调解的过去和现在》集中于民事法庭调解。Kathryn Bernhardt, Bradley Reed, Matthew Sommer, Preston Torbert 和杨柳在本文修改过程中提出了有益的批评意见,在此致谢。这两篇关于古今法庭判决和法庭调解的姊妹作的主导问题是怎样既批评西方中心主义而又不陷入简单的本土主义,既批评现代主义(并采用后现代主义的许多洞见)而又不陷入简单的(后现代主义的)认识虚无主义。也可以说,怎样超越西方/中国和现代/传统的非此即彼的二元话语框架来寻找中国自己的现代性。

解决;与此类似,中国共产党有关调解的意识形态强调法庭应当以调解为主,并宣称这种制度优越于西方的对抗制;最后,从西方大陆法传统下的现代主义形式主义立场来看,中国的民事法庭一向不是根据普遍的法律原则来裁决案件的,因此也没有真正意义上的民事判决。

有必要先解释一下“调解”和“判决”这两个词在本文中的用法。“调解”在英语和毛泽东时代以前的汉语中,主要含义是通过第三方的促成或介入而达成自愿的和解。^①但是,在毛泽东时代的民事法律制度中,“调解”逐渐涵盖了“调处”的含义。在此之前,解放区的一些地区曾经将两者区分得很清楚,后者主要由行政机构施行。^②与调解不同的是,调处更具高压,更可能违背争议者的意愿。而1949年之后,两者之间的这种区别不再存在。

至于“判决”,人们当然可能对这个词^③有不同的理解,本文这里主要作为法庭调解的对词来使用,区分妥协性的调解和根据法律的判决及裁定。前者不产生“是”与“非”或者“胜诉”与“败诉”之分,后者明确分出“是/非”或“胜/败”。

下文将要谈到,1949年后中国的法庭实践,同时包括了调解和判决以及介于这两个范畴之间的活动。因此本文及本文的姊妹篇采用了两个附加范畴:“调解式判决”和“判决性调解”,前者对应于那些虽然具有调解的形式但实质是判决的案件,后者对应的则是那些带有判决成分但主要性质是调解的案件。这些用法在具体的案例讨论中会更加清楚。不用说,使用这类标签时常常会遇到困难,因为实际案件的相关特征并不是一目了然而是在“灰度的渐变”中呈现出来的。但是从概念上讲,区分判决案与调解案的“试纸”是看争议的解决是否违背一方当事人的意愿而强加的。本文集中于中国民事司法制度的判决领域,调解则分别讨论。

以往的学术著述中,调解比判决得到更多的关注,本文的姊妹篇吸取并讨

① 19世纪的案件档案中,“调解”可与“调处”、“说合”等词互换使用,比如,“经亲友调解/调处/说合”。此前的用语包括“调停”、“说合”和“和解”。[日]诸桥辙次:《大汉和辞典》,第十卷,504页、485页;第八卷,971页,东京,大修馆书店,1955—1960。

② 例如,晋察冀边区1944年的一份指示非常明确地区别了“村调解”与“区政府调处”。韩延龙、常兆儒:《中国新民主主义时期根据地法制文献选编》,第三卷,640~643页,北京,中国社会科学出版社,1983。其中的分别正是本文此处对“调解”与“调处”的区分。对照之下,中央陕甘宁边区则在“民间调解”之外使用了“行政调解”和“司法调解”这两个术语,预示“调解”的用法扩张之来临。韩延龙、常兆儒编:《中国新民主主义时期根据地法制文献选编》,第三卷,630~633页。

③ 古汉语用的是“断”、“断案”、“断定”,以及“判”、“判案”、“判决”等;现代汉语中则主要用“判决”。[日]诸桥辙次:《大汉和辞典》,第五卷,648页;第二卷,233页,东京,大修馆书店,1955—1960。

论了那些成果。^① 这里从问题的另一端切入,致力于描绘清代以来民事法律制度中更具判决特征的那些成分。以往对判决的研究成果在下文相关之处讨论。

案件档案向我们显示了中国法庭实践的情况,本文的研究表明这些实践与儒家和中国现在的表达以及形式主义的预设有显著的差异。有关清代的情况,我参考了收集到的 628 个案例,它们来自于三个县保存下来的档案,即四川的巴县档案、台湾的淡水-新竹县档案和首都顺天府的宝坻县档案;有关 1949 年以后的情况,我使用的抽样案件是来自北方 A 县和南方 B 县的共 336 个民事案例,并补充以对松江县法官和该县华阳桥村(自 20 世纪 80 年代后期称“甘露村”)的当事人及干部的访谈材料——我曾经在这个村做过长期的田野调查,当时是为了写作那本出版于 1990 年的关于长江三角洲小农经济的书。^② 当代的案件档案因为直到最近才可能得到,对它们的讨论将相对详细。

本文首先回顾法庭的各种判决性质的“实践”(即相对于表达的行动、相对于理论的实践),以区别于儒家和中国现在的表达以及形式主义的理论预设。目标之一是对现在和过去的中国民事法律制度中的判决领域,包括那些旨在指导法庭活动的成文规则(有别于那些旨在表达道德理想的抽象原则),作一个概述。此外,本文也试图阐明呈现于法庭实践中但尚未被言说出来的某些逻辑。无论是清代还是当代的中国法,强调调解的官方表达与采用判决的法庭实践始终结合在一起,这是个值得特别关注的问题。在我看来,这种矛盾的共容展示了贯穿于从清代到乃至改革时期的所有变迁之中中国法的特殊思维方式。这里之所以特别指出这一点,是因为这种特性很容易淹没在各种显眼的变化之中。

① 例如,Jerome A. Cohen, “Chinese Mediation on the Eve of Modernization”, in 2. 1, *Journal of Asian and African Studies* (April, 1967), pp. 54~76; Stanley Lubman, “Mao and mediation: politics and dispute resolution in Communist China”, in 55 *California Law Rev.* (1967), pp. 1284~1359; *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, chap. 3, Stanford, CA: Stanford Univ. Press, 1999; Hsiao Kung-ch’uan, *Compromise in Imperial China*, Seattle: School of International Studies, Univ. of Washington, 1979; Michael Palmer, “The Revival of Mediation in the People’s Republic of China”, (2) *Judicial Mediation*, in *Yearbook on Socialist Legal Systems* (1989), pp. 145~171; Donald Clarke, “Dispute Resolution in China”, in 5. 2 *Journal of Chinese Law* (1991), pp. 245~296.

② 收集这些案例时,我有意识地按相同间距抽样:A 县,分别从 1953、1965、1977、1988 和 1989 年各抽取 40 个案例,B 县,分别从这些年各抽取 20 个;另有 40 个 1995 年的案例,用于了解离婚条件有所放松的九十年代的大致情况(因为新档案还需保密,这里隐去两个县名)。在这 340 个案例中,有 4 个因残缺不全而放弃,因此实际上用到的共 336 个。其中 200 个是全卷完整的影印件,包括对当事人公开的“正卷”和不对外公开的“副卷”,“正卷”中有对当事人及其亲属和邻居的询问笔录,以及法庭调查记录和法庭主持的会谈记录;“副卷”则包含一些对当事人不公开的材料,比如法庭与当事人工作单位领导的会谈记录,以及由审判长审查完所有案件材料后撰写的仅在法庭内部传阅的“结案报告”。其余 136 个案例来自于档案馆的手写摘要和概要。更全面的说明见,Philip C. C. Huang, “Divorce law practices and the origins, myths, and realities of judicial ‘mediation’ in China”, in 31. 2 *Modern China* (April, 2005), pp. 152~153; 中文见[美]黄宗智:《离婚法实践:当代中国法庭调解制度的起源、虚构和现实》,见《中国乡村研究》,第四辑,2 页,北京,社会科学文献出版社,2006。

一、大陆形式主义与清代司法

马克斯·韦伯清楚地指出,现代西方大陆法形式理性主义传统之基石在于法律完全是从抽象的普遍的权利原则得出的。^① 1900年的德国民法典是一部典范性的从个人的各种权利(即有关债权和物权、结婚与离婚以及遗产继承的权利及义务)出发的民事法律。^② 后来,德国的这部法典成为1929—1930年国民党民法典的范本,并由此也在一定程度上影响了当代中国的民法。

韦伯进一步廓清了形式理性主义法律之中这类普遍原则与个案推理之间的关系。“每个具体的司法判决”都应当是“一个抽象的法律前提向一个具体的‘事实情形’的适用”。而且,“借助于法律的逻辑体系,任何具体案件的判决都必定可以从抽象的法律前提推导出来”。^③

在韦伯看来,形式主义的司法推理,是理性的现代法律有别于其他类型法律的最关键因素,尤其是有别于工具主义和实质主义的法律,工具主义法律服务于(世袭)统治者的意志,实质主义则“依靠伦理的、情理的或政治的原则而不是普遍性的规范来裁量”案件事实。实际上,即使是英美普通法的(韦伯称之为)“经验主义司法”也不同于大陆形式主义的理性化法律推理。在韦伯看来,普通法传统下,司法判决“不是依据理性化概念下的前提,而是通过利用‘类推’并依据对具体‘先例’的阐释”而做出。^④ 这种判决方式(连同对陪审团制度的依赖)赋予了普通法强烈的非形式主义和非理性化的特征。^⑤

韦伯对形式主义大陆法的特征描述,尽管无疑用的是一种理想型的方式,但的确有助于厘清这种法律传统的概念基础。进而它也提供了一面镜子或参照系,帮助我们澄清其他法律类型与之非常不同的概念方法。与此同时,韦伯的比较类型学隐含的现代主义式的和欧洲中心主义式的思维偏向也是值得注意的问题。从这些类型出发,人们易于得出结论认为,清代法律中只有具体的、个别的规范,而没有形式主义法律必备的抽象的普遍性规范;人们也会仓促地

① Max Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, Ed. Guenther Roth and Claus Wittich, trans. Ephraim Fischhoff et al. 2 vols, Berkeley: Univ. of California Press, 1968/1978, pp. 844~848, p. 656, p. 976.

② The German Civil Code. Trans. and annotated, with a historical introduction and appendixes, by Chung Hui Wang. London: Stevens & Sons, 1907.

③ Max Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, p. 657.

④ Max Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, pp. 844~848, p. 656, p. 976.

⑤ Max Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, p. 891.

误认为清代很少有民法,比如Derk Bodde 和 Clarence Morris^①就未能摆脱这种成见,尽管他们这部著述本身质量很高;人们还会轻易地按表面的含义和主张来理解儒家的表达,比如滋贺秀三^②坚持认为,清代法庭没有通过适用法律条款而做出的真正意义上的裁判;沿着同样的思路,William C. Jones^③认为1949年后的中国根本就没有民法,而只有行政措施,直到进入80年代,随着市场开放和资本主义改革以及对西式法律的采纳,才开始具有真正的民法。

其实,清代法律尽管不像西方大陆形式主义法律那样,以抽象的普遍性权利原则为出发点,但它实际上包含了大量的指导司法判决的法律规则——只不过是出于与现代法律形式主义立场很不一样的思维方式。清代法律不是从独立于且高于事实情形的抽象原则出发,而是基于事实情形本身来制定法律条款;抽象原则被有意识地具体表达在示范性的事实情形之中,而几乎从来没有从中抽离出来单独表达;抽象原则不以明文规范的形式出现,而通常是通过列举具体的事实情形默示出来,这类具体的事实情形通常是用违反默示原则的行为来说明的;随着时间的推移,相关律条下新出现的其他事实情形则会以详尽的“例”的形式补充进来,“例”的创制经常发起于相关负责官员就实际案件提交的奏折题本(颇像英美普通法的“先例”)。

清代法律与大陆形式主义民法之间的差异,并不在于前者缺乏用以指导判决的法律条款,而在于其坚持将概念体系扎根于以解决实际问题为本的各种事实情形规定之中。清律从来没有意图抽象出普遍有效的法律原则,相反,它似乎假定只有与实际的司法实践相结合,抽象原则才可能得到阐明,才具有真正的意义和适用性。

因此,清律从来没有以抽象的形式,像1900年德国民法典或以之为蓝本的1929—1930年国民党民法典那样,提出财产权神圣不可侵犯的原则。^④相反,它是通过具体的情形以示范的方式阐明财产“权利”原则的,且几乎都是对各种违反该原则的行为的惩罚性规定。因而,欺诈性地将他人土地或房屋当作自己的财产出售受到的惩罚是“笞五十”,“每田五亩、屋三间,加一等,罪止杖八十,

① Derk Bodde and Morris Clarence, *Law in Imperial China, Exemplified by 190 Ch'ing Dynasty Cases*. Cambridge, MA: Harvard Univ. Press, 1967.

② [日]滋贺秀三:《清代诉讼制度における民事的法源の概括的检讨》,见《东洋史研究》,第40期,第1卷,74~102页,1981。

③ William C. Jones, "Some questions regarding the significance of the general provisions of civil law of the People's Republic of China", in 28.2 *Harvard International Law Journal* (Spring, 1987), pp. 309~331.

④ 如《中华民国民法典》第765条:“所有人于法令限制范围内得自由使用收益处分其所有物并排除他人之干涉。”

徒二年”(律 93:“盗卖田宅”);^①同一律条下,“侵占他人田宅”以及“虚(写)价钱”也会受到惩罚。然后,又增加了许多“例”将这一默示财产原则扩充适用于其他相关的事实情形,例如,“僧道盗卖寺观田地”(律 93:条例一)、“子孙盗卖祖遗祀产”(律 93:条例四)、“家奴盗卖伊主田产房屋”(律 93:条例五),等等。

有关财产继承的律条起首就规定了对“父母在,子孙别立户籍分异财产”行为的惩罚。由此看来,几代同堂的家庭与已婚兄弟们同居的复合家庭是法律坚持主张的道德理想。然而又在“例”中规定:“其父母许令分析者,听”(律 87:条例一)。这一实用性的条款旨在适应父母在世而分家普遍存在的社会实践(已婚兄弟妯娌之间的现实矛盾无疑是这种实践的主要起因之一)。然而,最初的道德理想仍然保存,仍然被置于这条主律的起首,而例在向现实让步的同时再次重申了这个理念。

有关儿子对父亲的土地继承的律,首先规定了对不顾及父母意愿擅自使用家庭财产的儿子们的惩罚,接着规定“尊长应分家财不均平者”也应受到惩罚(律 88:“卑幼私擅用财”)。同样,“子孙不能赡养父母”(律 338)也是通过惩罚性规定表达了子孙对年老父母的赡养义务。总之,无论是子孙的继承权还是他们对年老父母的赡养义务都不是通过抽象原则提出来的。

清律对债务的处理也采取了同样的方式,将其放在有关高利贷管制的条目下(律 149:“违禁取利”)。该律首先明确指出对收取高于国家规定的最高 3% 月利率的放贷者予以惩罚:“每月取利,不得过三分,……罪止杖一百”。合法借贷的偿还乃是其后的关注:“负欠私债违约不还者,五两以上,……罪止笞四十;五十两以上,……罪止笞五十;百两以上,……罪止杖六十。”合法债务必须偿还的原则仍然是默示于具体行为及其惩罚措施之中。

婚姻方面同样如此,婚姻的缔结基于双方家庭的诚信婚约是一个默示原则,法典没有将其抽象化,而是通过对将已有婚约的女子“再许他人”、“有残疾者,妄作无疾”(律 101:“男女婚姻”)等欺诈行为规定惩罚措施而表达这一原则。尊重婚约也是一个默示原则,通过对“期约未至而强娶”、“期约已至而故违期”等行为规定惩罚措施而表达出来。

不仅民事领域,刑事领域的法律原则同样是通过示范性的事实情形表达出来。例如,Jennifer Michelle Neighbors^②指出,清代的杀人罪共分六等,全凭动机这个很难琢磨也是十分抽象的范畴来区分:最严重的是“谋杀”,例如用毒杀

① 所引清律均引自[清]薛允升:《读例存疑重刊本》,黄静嘉编校,五册,台北,中文研究资料中心,1970年刊印。律的编号从黄静嘉编校本。

② Jennifer Michelle Neighbors, *Criminal Intent and Homicide Law in Qing and Republican China*, Ph. D. diss., Univ. of California, Los Angeles, 2004.

人;其次是“故杀”,譬如在极其愤怒的时刻有意杀人;再次是“斗殴杀”,与人斗殴之中杀了人(并视所使用的武器的不同性质而区别);再次之是“戏杀”,譬如在拳击比赛之中无意杀了人;更次之的是“误杀”,譬如在玩火或者玩射箭的时候杀了人;最低的是“过失杀”,是出于无意的,譬如在山坡上拉车失去控制而因此无意杀了人。^① 法典中没有对动机作任何抽象化表述,但通过事实情形的列举明细了动机的不同故意程度,并严格地据此规定相应的刑罚等级。

相比之下,以现代西方大陆形式主义法律为范本的民国法律,只规定了故意杀人和过失杀人(“故杀”和“过失杀”)这两个抽象化类别,而没有对动机作详细的等级划分。^② Neighbors 进而指出,在实践中处理杀人案时,民国时期的法官们实际上常常援用了清代的区分,用来弥补从德国法移植过来的“故杀”和“过失杀”两分法的不足。^③

而且,清代的法律还依靠类推方法来涵盖法典中没有列入的事实情形。薛允升编撰的晚清律典中列出了 30 条比引律。比如,“义子骂义父母,比依子孙骂祖父母”(比引律 27,即律 329 的类推适用)。同样根据类推原则,对“发卖猪羊肉灌水”或“米麦插和沙土货卖”的惩罚,“比依客商将官盐插和沙土货卖律”(比引律 3,比依律 141;“盐法”第十款)。这种类比的方式使默示于具体事例中的原则得以扩张适用。自始至终,问题的关键都不在于没有原则或规定,而在于清代法律坚持主张抽象原则不能完全独立于具体事例而孤立存在。换言之,清律表明了一种认识论上的坚持,即抽象概念与实践的不可分离性,尽管它同时也承认后者的无限可变性导致不可能在法典中穷尽列举之——也正因为如此才求助于类推方法,而类推原则本身又是通过 30 个具体的比依适用情形来阐明的。这类以事实为出发点指导司法判决的法律条款,数量相当庞大。

应当看到,清代法律的认识论态度固然不同于现代形式主义,但也不同于后现代主义,例如近年来在中国法律学者中很有影响的 Clifford Geertz^④ 的理沦。Geertz 在《地方性知识:事实与法律的比较透视》中比较了现代西方法律和一些其他地方的前现代传统法律,用来说明分割事实与法律乃是现代西方法律的一个特征(在他看来,几乎是一种怪僻)。一般传统法律不会像西方形式主义

① [清]薛允升:《读例存疑重刊本》,黄静嘉编校,第五册,第四卷,849~857页,台北,中文研究资料中心,1970。

② 当代西方法律对杀人罪主要在有预谋的谋杀罪、有动机的杀人罪和无动机的杀人罪之间做出区分(在美国,通常分别称之为一级谋杀、二级谋杀和三级谋杀)。

③ Jennifer Michelle Neighbors, *Criminal Intent and Homicide Law in Qing and Republican China*.

④ Clifford Geertz, "Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective," pp. 167~234, in Geertz, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, New York, Basic Books, 1983.

那样把抽象原则提得非常崇高以至于脱离事实,而会坚持维护抽象原则与事实的联系。在这一点上,我完全同意 Geertz 的分析。现代西方法律受主流形式主义影响很深,即使是经验主义倾向很明显的英美普通法,也基本接受了形式主义的思维方式,援用了形式主义的权利原则,并将之置于远远高于事实的地位。

但是,Geertz 质疑现代主义时所采取的认识论立场和清代的立场是完全不同的。Geertz 的观点立足于一种后现代主义认识论:怀疑一切“所谓事实”,认为一切所谓事实最终只不过是人们的一种构造。Geertz 因此把所有认识比喻为美国法庭上的敌对的律师,双方各执一词,各为聘雇自己的顾客说词,根本就无所谓真实不真实,就好比受雇的枪手(hired gun)可以为出钱的雇主杀人。这个比喻很好地说明了 Geertz 本人和后现代主义对待事实的基本态度。但清代法律的认识论和 Geertz 的立场正好相反,它的出发点是事实的真实性:正是因为相信事实的真实性,才将法律原则寓于其中。清律不会认为欠五十两债违期不还只不过是一个不可验证的构造,它要求法官明辨真伪,明判是非;也绝对不会认为法庭只不过是一个双方律师争辩而无可验证真实的场所。^① Geertz 的立场其实是一种认识论上的虚无主义。清代法律家,凭他们的思维方式,会认为 Geertz 的观点不符合实际,甚至无聊;如果以清代的法律思维方式来批评现代主义,它反对的只是脱离于事实的抽象原则和抽象逻辑,以及对它们的过分依赖,而不会像 Geertz 式的后现代主义那样怀疑事实本身的真实性。

这并不是说,中国帝制时期的立法仅仅是回顾性地纯粹着眼于以往的事实经验或者只考虑解决实际问题。它同时也包含了强烈的前瞻性因素,显而易见,儒家说教主要是对社会的应然所说而不是对实然所说。譬如,帝制法律对于民事案件(即“细事”,意即“小事”)的观念,首先强调的是这些案件按道理根本不该发生,因为有品行的人不会自降身份卷入这类纠纷或诉讼;如果纠纷确实发生了,也应该由社区或宗族中的有德长者调解处理;而在实践中,如果这类纠纷最终成了官司,县一级地方衙门就会全权处理,不会麻烦上级官府。甚至可以说,儒家道德观念在帝制时期中国法律中扮演的角色,某些方面类似于形式主义权利原则对基于先例的英美普通法所起的作用。两者均在某种程度上结合了理想和实际考虑。当然,差别在于,中国法中的这种结合——我称之为

^① 即使是西方的法庭,其实也是从这种确认事实的观点出发的:两造的律师确实是完全为雇主说话的“枪手”,但这并不表示法庭之中没有真实性可言,法官和陪审员们的职责正是要鉴别真伪。要是法庭真的只不过是 Geertz 比喻中的那种状态,那可真的是全无公正可言了。要是知识真的是像 Geertz 说的那样,我们做历史的也就不必要参考什么原始文献、上什么档案馆了,做社会科学的也完全没有必要做什么实地调查了。

“实用的道德主义”^①——并不强求以法律推理的方式将所有的司法判决都归入其道德前提之下,而这种法律推理方式是韦伯式的法律形式主义所坚持的。

二、儒家的表达与清代的法律实践

儒家道德君子应当以“让”和“忍”来应对纠纷,这种观念处于法律的儒家建构的核心位置。如上文指出的,按照这种逻辑,卷入一场纠纷或诉讼,本身就是道德修养未到理想境界的一种体现。普通人之间的民事纠纷在官方看来是“细事”。在一个由道德君子组成的社会里,这些纠纷根本就不应该发生。即使最终诉诸正式的司法程序,法庭在整个审理过程中仍然会把社区或宗族的调解当作优于法庭诉讼的解决办法。最后,即使纠纷无法通过调解解决,法庭也仍然要合乎理想地进行道德上的教育和说服,好让诉讼当事人自愿地接受裁决。要求做到当事人自愿接受裁决的设想体现为仪式化的程序——当事人必须出具“甘结”(表示自愿服从裁决、结束诉讼)。^②

正是基于这些儒家的表达,滋贺秀三提出了颇有影响力的学术观点,认为传统中国法庭从事的仅仅是一种“教谕的调停”而不是依法裁判。在滋贺看来,中国法在概念上立足于“情”、“理”、“法”的三合原则——“情”即基于儒家慈悲之心的怜悯和同情,亦即“仁”;“理”即同时支配着自然和社会的道德原则,亦即“天理”;“法”即国家制定法。他认为这三者是协同运作的,并构成了法律条文的真正来源(用滋贺本人的术语即“法源”)。法庭的主要指南是儒家的“仁”和社会的各种道德原则,相对而言制定法条文本身只占微小的角色(滋贺将法律条文比作飘浮在大海里的一座冰山)。调解,或曰“教谕的调停”,是这种法律和治理的立场的具体表现。^③

虽然滋贺的分析阐明了官方意识形态的逻辑基础,但他过分依赖儒家的道德主义表达,因而忽视了中国民事法律制度的另一关键性维度:即以实际问题为目的的成文法律规定以及按照这类规定而做出的判决和裁定。清律固然包含儒家道德说教,但也并不回避“细事”诉讼的现实:它具有数量可观的指导司法裁决、供地方衙门作法律上是非判断之用的成文法规。

再者,清代的司法活动中显然也有许多其他的实际考虑。地方官要处理的积案太多,“教谕的调停”所必需的说服和道德教育工作(譬如,像毛泽东时代的

① [美]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,第八章,上海,上海书店出版社,2001。

② [美]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》。

③ [日]滋贺秀三:《清代诉讼制度における民事的法源の概括的检讨》,见《东洋史研究》,第40期,第1卷,74~102页,1981。

法庭所为)因费时甚巨而实际上难以实行。而且,那些固执地要求以正式程序开庭处理纠纷的当事人往往都是些最顽固的人,他们经受住了民事法律制度中固有的反对诉讼的道德-意识形态压力,并且拒绝了具状呈控几乎必定会触发的进一步的民间调解。儒家的假定是争议的双方往往都至少有某种程度的过错,与此相反,这些不愿妥协的诉讼当事人时常是真诚地认为自己单方面遭到了不法侵害或者确信对方违反了法律。因此,在这种情况下,地方官一般按照成文法直接判决,而诉讼当事人此时出具的甘结一般只不过是仪式化了的形式。

我在1996年的书中使用了来自三个县总共628个清代的司法案件,来证明清代的法庭几乎从来没有以滋贺描述的那种方式进行调解。在进入了正式听审程序的221个案件中,^①绝大多数都是根据法律当庭裁决的:170个案件(占77%)是直接做出判决;另有22个案件(10%)是裁定双方均无明显的违法行为;还有10个案件(5%)是下令进一步调查。221个案件中仅有11起是命令当事人接受法庭以仲裁的方式得出的妥协方案。滋贺对“教谕的调停”的分析以及诉讼当事人出具“甘结”表示接受裁定这种仪式化的要件,可能会诱导我们设想清代的法庭是以道德教育的方式来说服当事人“自愿”接受裁判的,但上述案件没有一宗是这种情况。^②在后来的一本书中,通过清代与民国的比较,我对有关的法律条文作了更加详细的研究和说明。^③

简言之,案件档案显示出来的情况是,当“细事”闹到庭审时,一般说来县官实际上是直接根据法律裁决。清代著名法律家汪辉祖明确地说明调解乃社区和宗族所为,而法庭所为则是判决,是根据法律对是与非做出不容含糊的判断(因此会造成诉讼当事人之间持久的仇恨,不如民间和解可取)。^④其他法律家,包括刘衡、陈庆门和方大湜,也同样强调了明辨是非的判决的重要性:一来是为了遏制讼棍们的唆讼行为,二来确保法律得到维护。^⑤

按照大陆法的形式主义逻辑,儒家理想与清代实际司法行为似乎是相互矛

① 其他案件大多数都是具状呈控之后通过民间调解解决的。剩下的407宗案件中,31%的案件(126宗)由当事人申请撤诉而终止,因为社区/宗族调解(126宗中的114宗)或者当事人本身之间的和解(126宗中的12宗)已经成功地解决了纠纷。[美]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,226~227页,表A.3;另外65%的案件(407宗中的264宗)在档案中没有任何结果而中止,原因是诉讼当事人既没有申请撤诉也没有禀求正式开庭,我们可以推测很多是因为民间调解成功或当事人彼此达成和解后没有人不厌其烦地回衙门销案。[美]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,116~117页。

② [美]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,226~227页,表A.3;第77页。

③ [美]黄宗智:《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》,上海,上海书店出版社,2003。

④ [清]汪辉祖:《学治臆说》,见于《丛书集成》,16页,上海,商务印书馆,1939;[美]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,194~195页。

⑤ [美]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,195~196页。

盾的;然而对于中国的法律家们来说,这里并不存在逻辑上的洽合问题。儒家说教阐明的是法律制度的理想,而实际运作则容忍实用规则和判决,即使它们有可能与儒家理想相背。在中国的法律推理中,儒家理想表达的显然是一种应然世界的图景,而法典中的实用条款和法官的判决行动,则回应的是这些理想难以鞭及的现实生活情境。实际的现实决定着某些行动,恰如儒家说教持续指向一个理想世界的图景。一个韦伯式的形式主义者的确可能会将清代的司法行动与英美普通法的“经验主义司法”的某些方面等同起来看,认为它比较强调经验主义和实用主义。

三、大陆形式主义与民国民法的中国式原则及实践

西方帝国主义扩张的同时也带来了西方的法律制度,尤其是欧洲大陆形式主义法律,使中国帝制时期的法律制度及其思维方式受到了挑战。和工业化一样,现代西方法律似乎也是一种不可能被抵制甚至不可能被质疑的现代性的一个主要组成部分。从1898年戊戌变法以来,中国的政治家和知识分子普遍深切感到中国不仅仅军事力量而且法律制度也落后于西方。他们以为,西方民族国家变得强大首先是因为它们的法律体系;而日本明治时期对西方的法律和制度的引进,则解释了为什么日本能够在甲午战争中令人震惊地击败中国。

不仅如此,帝国主义本身也促成了这种态度。帝国主义严重伤害了中国主权,而它所主张的“治外法权”的部分理由就是假定了中国法律制度落后。要重新获得国际上的完全主权地位,中国不得不引进西方法律来证明自己走现代化道路的决心。这种动机充分显示在民国时期的立法之中。

在普通法和大陆法这两种现代西方法律模式之中,民国时期的立法者们选择了后者。国民党立法首脑人物胡汉民的观点可能最简洁地解释了这种选择的原因,他认为在大陆法那里,法典对于习惯有至上的权威;普通法则立足于习惯的形式化,这种制度下,先例甚至优先于成文法。中国则正因其习俗之落后(这点是立法者们在帝国主义面前痛苦地感觉到的),当然必须选择前一种模式。胡汉民以及民国时期大多数其他法律家实际上都毫不迟疑地选择了大陆法。在胡汉民看来,德国法是西方所能提供的最新也是最好的范本。^①因此,民国时期的中国民法非常类似于大陆民法。1929—1930年的国民党民法典和它的主要原型1900年的德国民法典(其权威英译本出自王宠惠之手,而王宠惠是国民党中央政治会议指导民法典起草小组的首要法律专家)一样,从各种抽象

^① 胡汉民:《胡汉民先生文集》,847~848页,台北,中国国民党中央委员会党史委员会,1978;[美]黄宗智:《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》,62~64页。