

LAWYER DIGEST

3

律师 文摘



2006 · 第三辑 · 总第二十一辑

主编
孙国栋

要目:

- 张志铭 写在律师“断脐”、“断奶”之后
寺田浩明 超越民间法论
叶道通 法院财政体制之弊
陈宝成 细数劳动合同法立法9大焦点
浙江百家律师事务所 律师执业风险提示研究
谢 丁 一个外资律所的中国攻略
贺卫方 法律教育中的一个悖论：研究《中国法律教育之路》
朱树英 以专业连锁服务为纽带建立总分所良性发展机制
东 来 宪法也可以可爱可亲
徐爱国 名案中的法律智慧

中国法制出版社

3

LAWYER DIGEST

律师文摘

2006·第三辑·总第二十一辑

主编 孙国栋

责任编辑
周文娟

四季·三
卷·第
二十一
辑

ISBN 7-80226-056-6



9 787802 260566 >

ISBN 7-80226-056-6

定价：16.00元

律师文摘

2006·第三辑·总第二十一辑

3

学术顾问 江 平 梁定邦 张思之
邓正来 贺卫方

编辑委员会 王才亮 田文昌 池英花
刘 宇 刘桂明 杜佐东
杨泽延 周荣炽 薛济民

执行编委 谭 礴 刘海蛟 董志军
李海周 孙国栋

主编 孙国栋

编辑 王景智 梁小玲

支持单位 广东华法律师事务所
北京才良律师事务所
北京京都律师事务所
北京易和律师事务所
江苏圣典律师事务所
重庆百君律师事务所
信捷投资担保有限公司
浙江海通联合律师事务所
美国纽约州刘宇律师事务所

图书在版编目(CIP)数据

律师文摘.2006年.第3辑/孙国栋主编.—北京:
中国法制出版社,2006.6
ISBN 7-80226-056-6

I.律… II.孙… III.律师—丛刊
IV.D916.5-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 009314 号

律师文摘

LAWYER DIGEST

孙国栋/主编

经销/新华书店

印刷/北京市清华园印刷厂

开本/787×1092 毫米 1/16

版次/2006 年 6 月第 1 版

印张/11.5 字数/210 千

2006 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80226-056-6 定价:16.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码:100031 传真:66062741

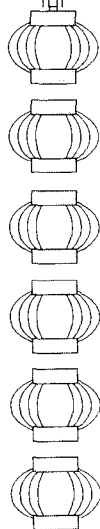
发行部电话:66062752 编辑部电话:66026587

邮购部电话:66033288 读者俱乐部电话:66026596

《律师文摘》理事会成员

(以姓氏笔划为序)

- 于绪刚 北京市大成律师事务所高级合伙人(北京)
王志学 辽宁省四洋律师事务所高级合伙人(沈阳)
孙伏龙 河北省太平洋世纪律师事务所主任(石家庄)
朱元涛 北京市正见永申律师事务所合伙人(北京)
刘文君 广东省经天律师事务所合伙人(深圳)
刘彤海 河南省尊严律师事务所主任(濮阳)
刘建锋 北京市丹宁律师事务所执行合伙人(北京)
许兰亭 北京市君泽君律师事务所律师(北京)
李俊华 上海市建纬律师事务所昆明分所主任(昆明)
张勇 南开大学法学院副教授(天津)
张星水 北京市京鼎律师事务所主任(北京)
杨斌 北京市五环律师事务所律师(北京)
肖树伟 北京市新世达律师事务所合伙人(北京)
陈惠忠 广东省星辰律师事务所主任(深圳)
周强 北京市正见永申律师事务所律师(北京)
欧永良 广东省合盛律师事务所主任(广州)
赵红亮 北京市兰台律师事务所律师(北京)
贺宝健 浙江省海通联合律师事务所主任(杭州)
胡祥甫 浙江省金道律师事务所主任(杭州)
秦兵 北京市汉卓律师事务所合伙人(北京)
徐彬 北京市首信律师事务所主任(北京)
浦志强 北京市华一律师事务所合伙人(北京)
贾承霖 北京市世纪律师事务所合伙人(北京)
梁晨 北京市中瑞律师事务所合伙人(北京)
韩良 南开大学法学院副教授(天津)
彭航 北京市天平律师事务所合伙人(北京)
董箫 河北省世纪方舟律师事务所副主任(石家庄)
谢重基 北京市雍合律师事务所律师(北京)
曾祥一 重庆市索通律师事务所合伙人(重庆)
霍健 中国海洋石油总公司集团公司副总经理(北京)
戴勇坚 湖南省万和联合律师事务所董事会主席(长沙)



写在律师“断脐”、“断奶”之后

在十多年前发表的一篇文章中,针对中国律师从“国家的法律工作者”到“社会的法律工作者”的身份转变,我曾写了如下一段文字:

从理论上讲,把中国的律师业推向社会,使其脱离对国家编制和经费的依赖从而实现与国家权力的“断脐”,这只是一个完整的社会化进程的前一段。社会化进程的后一段则是使律师业在社会中拥有自我发展、自我约束的资源 and 能力。为此,国家权力(特别是司法行政权)应该通过政策和法律的运作,继续为律师业提供尽可能多的扶持和资源,因为“断脐”毕竟不是“断奶”和自力于社会。同时,律师业要“苦练内功”(包括实现高度的专业化,形成职业共同体精神及职业自治自律的机制),并通过广泛的社会参与,求得社会的高度认同;概括地说,这也就是中国律师业的行业化问题。

十多年后的今天,中国律师业的发展已非往昔可比,不仅“断脐”早成定局,而且“断奶”也不断变成现实。律师业已经脱离国家怀抱,难求政府呵护,融入社会大家庭,变得更加自主自立,更有交涉力;律师的生存根基和命脉,已经从政治上的阶级忠诚,转向了参与社会分工、回应社会需要的职业理性。寻根于社会,植根于社会,在社会的广阔天地中根深叶茂,是中国律师业不能不予以清醒认识和自觉行动的主题。在这样一个时刻,这样一个阶段,我们有必要内省,有必要反思,看看我们自己以及我们的周围,看看有哪些情况促进或彰显了这一主题,有哪些情况妨碍或消解了这一主题。

我们有必要审视目前律师业在整体上表现出来的某种涣散和失落,更加关心自己的利益整合和代言问题,关心律师协会的建设,使协会更少官方色彩、官场习气、官样文章,更多地贴近律师,为律师所有,为律师所治,为律师所享。

我们有必要正视律师业内部的分层和分化,更加关心律师群体同质、同心、同命运的问题。从整体上说,中国律师业目前在制度和生活中的根基并不算牢固,可供利用的资源也比较有限,而与此形成强烈对比的是,一些具有先占和后发优势的“大律师”严重的资源个别化、特权化现象,他们的世故

功利、乐于现状、独善其身,严重阻碍了在制度上解决律师资源的共享和公平分配问题,损害了律师业作为共同体的精神品质。

我们有必要在满足社会需要和赢得社会认同方面求得平衡,因为律师业以自己的法律知识和技能为社会服务,参与社会分工,让社会大众觉得你有用,甚至有功,这只是一方面,同样重要、甚至更为重要的是律师的道义担当,是律师的利他主义职业伦理,以及由此获得的律师的社会认同和在制度上的职业特权。历史和现实表明,不关注社会认同,不与社会大众形成良性互动,不仅会遭遇尴尬,而且会面临危险。

我们有必要清楚地意识到律师服务的有限性和对律师作用的过高社会期许的矛盾。律师服务处于法律服务的高端,律师服务必然是一种相对稀缺的产品,相伴而来的则是律师在社会公众视野中淡出的危险。律师业要摆脱在“有用”和“无用”之间做急功近利的判断和选择,知“无用即为大用”之理,在广阔的公共生活空间中充分伸展自己的触角,在中国社会的转型和法治过程中发挥自己的标杆和示范作用。

静以思远,淡而明志,中国律师业的当下和未来,取决于我们对自己生存根本的清楚意识,取决于我们在立足根本意义上的不断反思和努力。

张志铭

2006年6月18日

目 录

卷首语

写在律师“断脐”、“断奶”之后 / 张志铭

学术论坛

法理沉思 001 超越民间法论 / [日]寺田浩明 著 吴博 译

事件剖析 010 小会计何以制造司法系统经济犯罪第一大案

王和岩 康伟平

023 法院财政体制之弊 / 叶运运

027 首例地域歧视案:河南人错失了什么 / 刘 梅

专家说法 032 细数劳动合同立法9大焦点 / 陈宝成 采写

业务进阶

办案规程 037 律师执业风险提示研究 / 浙江百家律师事务所

证据适用 061 刑事案件的证明标准与证据的审查判断

——从几起死刑错案谈起 / 陈殿福

业界瞭望

执业前沿 077 “华尔街律师”的中国竞争者 / 秦旭东

081 一个外资律所的中国攻略 / 谢 丁

他山之石 087 财富的归宿

——美国现代公益基金会的启示 / 资中筠

法学教育 093 法律教育中的一个悖论:研究《中国法律教育之路》

贺卫方

心路历程 098 年轻律师办所记 / 谢 宇

102 穷律师·富律师 / 邱旭瑜

管理之窗

体制创新 106 以专业连锁服务为纽带建立总分所良性发展机制

朱树英

史海钩沉

历史名案	114	冲破种族隔离 争取教育平等 ——戴西·贝茨诉小石城 [美]彼得·伊龙斯 著 上海市政协编译组 译
返回现场	129	从“讼棍”到权利的维护者 ——记中国近代律师制度的确立 / 陈 浩

法苑撷英

随 笔	138	有关“宪法是什么”的迷思 / 王人博
	143	宪法也可以可爱可亲 / 东 来
	145	宪法与穿衣 / 江国华
	149	名案中的法律智慧 / 徐爱国
	154	“三心二意”说律师 ——写在“走进中国律师活动”启动时 / 赵国君
书 评	157	陪审团醒了 ——评电影《十二怒汉》 / 谌洪果
观点汇粹	160	立法应为证人保护铸盾(共6篇) / 何家弘等
人物集锦	163	加尔布雷斯等6人
编读往来	165	律师的身边应当有一本这样的书 / 刘桂明
	167	社会责任——律师的生命 / 王才亮

编 后 记

报刊索引

Contents

Preface

Writing after "Cutting off Umbilical Cord" and "Weaning" of lawyer / by Zhang Zhiming

Academic Forum

Ponderation of Legal Principle

On Overstepping Non—Governmental Law

by Terada Hiroaki[Japan], translated by Wu Bo(001)

Event Analysis

Why a Little Assistant Made the First Case of Economic Crime in Judicial System

by Wang Heyan, Kang Weiping(010)

Drawbacks of the Courts' Financial System / by Ye Doudou(023)

The First Case of Regional Discrimination: what did Henan people lose / by Liu Mei(027)

Expert's Comment on Law

Describing in Detail Nine Prime Focuses about Labor Contract Legislation

by Chen Baocheng(032)

Business Step

Regulation of Handling Cases

Research into the Risk Prompt of Practice of Law / by Zhejiang Baijia Law Firm(037)

Application of Proof

Standard of Testification and Examination and Judgment of Evidence in a Criminal Case

by Chen Dianfu(061)

Lawyer's Outlook

Practice Front

Chinese Competitors of "Wall Street's Lawyers" / by Qin Xudong(077)

The Offensive Strategy of a Foreign Law Firm in China / by Xie Ding(081)

Stones from Other Hills

The Final Settling Place of Wealth / by Zi Zhongyun(087)

Education of Law

A Fallacy in Education of Law: have a research on the road of law education in china

by He Weifang(093)

Course of True Feelings

The Record of a Young Lawyer Running a Law Firm / by Xie Yu(098)

A Rich Lawyer·A Poor Lawyer / by Qiu Xuyu(102)

Window of Management

Systematical Renewal

Establishing the Virtuously-Developing System of a General Law Firm and its Branches
with the Tie of Professional Chain-Service / by Zhu Shuying(106)

Uncovering Historical Anecdote

Historic Case

Breaking down Racial Segregation, Striving for Educational Equality
by Peter Irons[U.S.A.], translated by the Translating and Editing Group of Shanghai
Political Consultative Conference(114)

Returning to Scene

From "the Shyster" to the Defender of Rights / by Chen Hao(129)

Cream in Law Garden

Essay

Deeply Thinking about "What Constitution is" / by Wang Renbo(138)
Constitution may be Lovable and Amiable / by Dong Lai(143)
Constitution and Dressing / by Jiang Guohua(145)
Legal Wisdom in Well-Known Cases / by Xu Aiguo(149)
Half-Heartedly Speaking of Lawyers / by Zhao Guojun(154)

Book Review

The Jury Regaining Consciousness / by Chen Hongguo(157)

Viewpoint of Collection

Legislation should be Making a Shield for Protecting a Witness(6 Articles)
by He Jiahong, etc.(160)

Collection of Personage

Six Persons, including Galbraith(163)

Between Editors and Readers

Such a Book should be at a Lawyer's Side / by Liu Guiming(165)
Social Responsibility—A Lawyer's Life / by Wang Cailiang(167)

Editorial Postscript

The Press Index

目录翻译 屈 新

一、民间法论的昌盛

(一)民间法论产生的背景

近一段时间在中国的法学书籍中经常会见到“民间法”的概念。笔者不清楚此概念首次使用的时间,在众多论著中,民间法论反复引用梁治平的《清代习惯法:社会与国家》(1996年,中国政法大学出版社)及苏力的《法治及其本土资源》(同上)这两本书作为研究的出发点。这两本著作与其说是个别的实证研究,倒不如定位为在两部著作出版时年龄在四十岁左右的精通西洋学说的年轻气盛的学者在其作品中所倡导的一种法学方法论更为恰当。这两本著作宣称摆脱了过去仅仅着眼于研究国家成文法的教条主义法学,强调转而研究民间法律秩序的形成机制的重要性。此种动向在2002年创刊的《民间法》年刊上有所体现(山东人民出版社出版,共422页,《民间法》的第二卷,2003年由山东人民出版社出版并公开发行,共492页)。该书主持人谢晖在《民间法》



[日]寺田浩明 著 吴博 * 译

年刊总序中对本刊的发行宗旨作出如下陈述:

自古迄今,国家法虽为江山社稷安全之必备,然民间法亦为人类交往秩序所必须。故人间秩序者,国家法与民间法相须而成也。此种情形,古今中外,概莫能外。因之,此一结论,可谓“放之四海而皆准”。凡关注当今国家秩序、黎民生计者,倘弃民间法及民间自生秩序于不顾,即令有诤谏之声,煌煌巨著,也不啻无病呻吟、纸上谈兵,终其然于事无补。

民间法研究的主张产生并之所以能在一定范围内被接受,原因可能有二:一是对国家法律一元论和只有通过国家法才能建立更好的法律秩序之主张提出异议;二是对潜藏于主张理性设计的法律思想中的某种乐观主义、精英主义的畏惧或反弹。“正是在这个意义上,中国的法治之路必须依靠中国人民的实践,而不仅仅是几位熟悉法律理论或外国法律的学者、专家的设计和规划,或全国人大常委会的立法规划。”不过,民间法的志向能否做到

* 原载于日本《Jurist(法律家杂志)》(双周刊,有斐阁发行)1258号(专题“中国法秩序与21世纪的全球社会”),2003年12月15日。

** 寺田浩明:日本京都大学法学研究科教授。

吴博:山东大学法学院博士生。

“为通过研究,促进民间法与官方法之比照交流,俾使两者构造秩序之功能互补,以为中国法制现代化之支持”(前引年刊总序“民间法宗旨之二”),能否形成这样一种学问,当然还取决于民间法的概念究竟能在多大程度上明确采取与国家法相对峙的立场。

(二)民间法概念的问题所在

通过对年刊中作为民间法的实例所讨论的几个对象以及逻辑关系的考察可以发现,民间法这一概念所包涵的困难也昭然若揭。在这一系列的论著中经常提到的有以下两个事例:

第一,恋爱中男方将女方强奸,女方父母将男方告到派出所。不过在警察正式逮捕之前,男方父母向女方提出:立即结婚并给予三千元赔偿,要求撤回诉讼、私了此事。女方基本同意,但要求一万元赔偿,双方协商最终以五千元人民币达成一致。双方明知男女均未到法律规定年龄,但通过熟人领到了结婚证。后来,其规避法律的“私了”行为被政府发现,婚姻被宣告无效,男方以强奸罪被正式起诉,并宣判有罪。根据这一事例,朱苏力在《法律规避和法律多元》中指出:“那些潜在的、指导这一纠纷解决的规则为一种‘民间法’——也可以称之为在社会中衍生的、为社会所接受的规则。”

第二,现在已经在全国范围内制度化了的农业生产承包制度等,市场经济的改革措施大多都是由个人和企业、地方官员发起的,这些措施当初都是违法行为或者“规避”当时正式的法律制度及政策的行为,由此推断法律规避有时也具有正当性和有效性。

前一事例,是否可以给民间自发解决纠纷以用武之地,的确是与国家法与民间法相对峙的设问相吻合的研究视角。不过民间存在的这种处理方式,在何种意义上可以称之为法?对此,除“从社会派生出来,又被社会所接受的规则”之外还没有更进一步的说明。然而,现代国家法与社会之间的逻辑关系归根结底是一致的。问题只在于两者的派生与相互容纳,存在着结构上的差异。只要民间法论有足够的正当理由和合理论据,在与国家法相对立的意义上,说明其能与国家法的法理论相匹敌,那么在近代,国家法就是法理论理解的惟一根据。事实上,近代国家的法理念中,当现实社会中的各种实际规则与国家法对立时,就被彻底否定;当两者不矛盾时,其中的一部分内容则被积极地吸收到国家成文法中。于是乎,就会陷入(软着陆)到立法论上的取舍选择中。

后一事例所指明的对象,原本是基层权力依具体情况而提出的政策建议及未经上级批准而实施的冒险性行为。的确,这不是国家中央的立法,但不能简单地称为民间惯例,更何况其也不是自然发生的。并且地方权力一方面也是国家权力的一部分。从此种意义上说,与其说民间法是一个可以替代

习惯法的课题,还不如说是国家立法权所具有的一种特殊分布形态:即最初没有主权性中心的授权,也并非立法权力中心单独发挥作用的产物,但同时其又是现实中国家正当权力的一部分、构成国家法秩序的有机组成。论述者之所以关心这样的现象,也正是因为这最终会成为中央的政策。论述的主题应该始终围绕着国家法的问题、现代中国国家大立法权的实态与近代西洋宪法体制的立法权实态的异同问题。如果将其称为民间法、习惯法,那么本应从正面回答国家法的问题就变得模糊起来。

仅凭一元国家法的单方强行当然不能产生法秩序,并且仅仅依靠一元的理论的确无法把握现实中所发生的全部事情。民间法论所致力研究,无疑是正视事实的,它可在理论上弥补一元法论的不足。但从现状来说,民间法理论还没有成功地确立能与国家法理论一较短长的理论基础,甚至让人觉得有时民间法论反倒成为妨碍深入讨论问题的障碍。

在首倡者之一的梁治平的著作中已存在着民间法用语的模糊、法的性质不明确的问题。其著书中指出国家与社会的概念对比,起源于西洋近代史,对传统中国的分析不能照搬照用,需非常的慎重;而另一方面,官方、民间的对比传统,中国自古有之,故可以使用,于是创造出与官方法相对的民间法用语,以及与成文法相对应的习惯法等现代法学概念相重叠。不过还是尝试一下比较好。改革开放后的国家法与清代国家法对于社会来说具有同样的机能吗?清代,民法确实不具有国家成文法的形式,难道由此就能认为民法与西洋传统法中的“习惯法”具有同样的性质吗?将社会空间分割,并分别冠以法的字眼,虽然对于吸引只关注国家法研究的法学者将其视野投向民间很有益处,但该理论的展开和进一步说明却相当困难。因此,我们需要进一步推进该研究的理论深化。

现代国家法理论的性质大致清晰。在笔者看来,为了解开层层疑团,虽然显得有些迂阔,但还是只能从中国传统法(特别是民法)的存在形式开始论述,除此之外别无选择。

二、传统中国的民法

(一)个别主义内容的普遍主义提示

“情理”作为传统中国民事审判的规范性因素之一,受到瞩目,但这并不意味着它可以同现代审判中的法那样作为人们主张权利及判决的根据。就个别审判来说,现实中存在的是,当卷入纠纷时,为了此纠纷的实质性解决、消除两造关系紧张,在裁判官主持下通过调解作出两造可以接受的一次性判断或合意。显然,这里所寻求的目标,不完全是客观规则的适用,而是通过对双方持有的各种情节以及围绕争议的整个状况进行公平权衡之后得出的

最佳解答,在大多数情形下也就是可以不必牵强而立即实现的解决方案,或者是双方妥协的结果。当然,只要涉及具体情况就可以发现,由于世间没有完全相同的纠纷,所以法官所作出的判断也因现实生活当中纠纷的无限多样而无限分化,或者也应该是无限多样化的。可见把传统中国的民事裁判理解为分殊主义的解纷方式并不是没有理由的。

只是在这里同时还应该注意到,尽管案件的细节各不相同,但并不能认为对案件所作出的判断也一定会因人而异,或者认为这样不同的判断是好事。如下所述,作为制度整体之基础的恰恰相反,尽管不同案件的情节千差万别,与此相对应案情的判断也是千差万别,但面对一个具体的纠纷,公平的人总要综合考虑其中的全部要素,费尽心思得出的结果也应该大致是一样的。也就是说,无论具体的纠纷及进行判断的法官多么的分殊化,但每一个纠纷都自有并且也应该有天下公论作为说法。这里的普遍性要求不是在纠纷类型方面推而广之,而是在判断的统一性方面的伸张。

诚然,要在充分考虑个案所涉及的所有背景性情节上作出判断并使这样的判断得到整个社会的认同的话那是很难的,但不言而喻,这也正是普通人在社会交往过程中所进行的日常性实践。在日常生活中,人们总是根据自己与他人的关系以及周围环境的不同而决定自己在该场合主张自己利益的强弱程度。而且这样的判断还会在与对方的交涉和协调中互相作出细微的调整。实际上,正因为对应该退让的程度或者应该施加压力的分寸存在着一定的社会共识,大部分的社会关系才能够在人们相互妥协中继续进行。不管局外人看来如何的复杂,对于当事人来说,恐怕大致都可以看出事态大体发展的方向吧?既然存在主观、非制度的因素,便不可避免地会存在与人们预期的偏差。如果双方都固执地认为自己的主张才是妥当的,那么无法调和的纠纷自然会转化为公开的诉讼。有关当事人把自己主张的正当性和恰当性(相应地,对方不懂得互让的顽冥性和贪婪性)诉诸天下的公论,这就是诉讼;裁决者对有关问题给予解答并指明何为天下公论,这就是审判。

当然,假如重视个别情况并把该案理解为世上独一无二的,那么所谓公论的具体内容也只能依据当时情形制定出来,并且只有从某人的口中叙述出来才能被公众所知晓。在典型的状况下,事态往往会按照下面的程序而展开。无论如何争论,大部分都是有关于程度的判断。在公开争论的过程中,周围关注的人们的看法会逐步集中,形成一定的行情,也许会有某个人出面代表大家发言,或者裁断者是个平时很有公平道德观念,享有极高威望的人,听了他的发言,周围的人就会认为他的发言最具道理而使舆论趋向一致。并且某个单个的人想抵抗舆论是很困难的。最终,争议的当事人本人也

屈从于这种压力,或者遵从当时的说法,自我觉悟而放弃自己的主张,服从于舆论,从而结束这场纠纷。停滞的日常生活恢复了正常运转,而且纠纷的这种解决方式,在关注该纠纷解决的人当中(作为今后作出细微调整判断标准的一种素材、一种经验)产生的影响就像投石激起的水纹一样逐步扩散开来。

很有意思的是,在这里故意不设置某种能够以强制的方式制止当事人下次进行起诉的制度安排。如前所述,当对民间主体的调解不满时,当事人不屈从于舆论压力,会认为审判主体和周围的人被蒙蔽了,或者大家因畏惧对方当事人的威力而不敢将真正的公论表达出来。由此主张裁判主体、判决内容“循情不公”(偏重于情义而不秉公),也可以把问题提交到更广大的场所。清代国家设立的州县法庭,正是为周边民众寻求公平、无私、有权威的主体为之裁判而设立的(州县地方官通过科举证实其有德,并因本籍回避制度而不受当地缘故的羁绊)。还有一种制度是,对于不满州县长官的裁判,认为其“循情不公”者,不论是在判决前还是判决后,都可以上诉至上一级的府长官、省长官(从官僚制度来看,此种制度还包含着向上级告发下级官僚腐败的意味)。最后还有条道路就是还可以直赴京师,向皇上告御状,由天下独尊的皇上替天行道,阐释公论。

纷争的过程、裁判的过程同时也是通过裁判者在当事人社会形成(或者确认)公论、共识的过程。与裁决方进行教化的契机相对应的是,当事人常常会质疑裁决方体现公论的程度,如是否能够真正地做到大公无私,真正体现公正的内涵。正是由于这种反复的性质(或者欠缺制度性确定力),才可以担保公论性的形象。只有裁决者的自己的结论就是天下公论这样的自负才构成法官裁决的证据,或者相反,只有对于申诉的渠道逐步消失、一个人与公论不断抗衡会被贴上刁顽的标签而孤立化的恐惧,才是削减当事人争讼的欲望并消弭纠纷的最大动力。法官所陈述的分殊主义的解决之所以同时可以被理解为一定意义上的法,其基础在于,法官的判断——不论好坏与否——具有社会性,并且在周围的人不敢为了自己的私利而提出异议这一含意上具有普遍性。

(二)法的存在形态

于是乎,具备因事而异的分殊主义内容的正义同时又为全天下所共有,或者普遍存在的东西可以对应千差万别的个别事件,通过审判者而赋予具体形态,这种不定形的整体状态正是法的存在形态。

即使称之为法,从抽象意义上讲它可以简化为“符合天理人情”的表达,但另一方面,其实质内容如果离开了现实社会生活就无法确定。这里的确有赖于有德者的教化,但这会呈现出法律教化者与被教化者的区别。不过,由于当事人对道德教化的接受,他们之间的紧张关系及他们与教化者之间的

权威落差会转瞬即逝,若其无法在瞬间消失时,便会导致法律教化者和被教化者的角色发生错乱。在这里有些讽刺意味的是,法具有具体形态的大多数时候同时也是以实态存在的。法无论从何种角度来看,都不应占据裁判中个别判断基础的客观存在位置(不是从情理来引出个别的判断,只有细心的判断全体才能逐步充实情理的内容)。这也是最终无法采取一定的规范语言,表现具体内容的原因所在。

不过并没有必要由此过度认为裁判是无原则、无规则的。或许经过长年实践的积累所形成的判断,正如某个人的判断会自成体系一样,整体上会具有稳定性。研究者在原则性的东西基础之上添附伦理的内容,这也就是传统中国所谓《家族法》、《土地法》的实质:即法律既是一种规范性文本,又是一种对社会现实的描述。

(三)立法的位置

通过权力立法所产生的规范及规范的公布也不能脱离这个脉络。立法的正当性基础只能是公论的体现,不过社会也不是一张白纸。若不进行实际的尝试那么最终也不会明白公论何在,形成公论的诸要素,有关于日常礼仪的共识(风俗)已经在社会中按照一定的分布方式而存在。规范公布的效果只能是由既存的事实“重心”的不同来决定,同时具有现存重心的发言者(通过再确认而增加统一度)与促使重心转移的诉求或者导致“移风易俗”这样两个侧面。其有效程度与前面提到的审判过程中进行教化的效果是一样的,如果进行得顺利,人们的意识就会向规范宣示的方向靠拢,统一为公论的形式;但如果立法与重心偏差太多,就会产生对立法者公平程度、公论代表程度的怀疑。

并且只要始终考虑个案的特殊性,大多数一般的说明、原则因其一般性而从最初保持一定的界限。实际解决纠纷的时候,必须在调查全事件的基础上反复考虑是否原封不动地适用其原则(或者即使经过考虑,也要通过反复地整理,原则性的东西才能获得社会的正当性)。而且既然是否适用规范的内容是由地域的情况和情势来判断,那么就不得不限定规范所揭示的空间自由范围。越是广泛的领域,上位规范就越只是一般的指示,具体的内容还要由各地的规范宣示者“因地制宜”地制定。

大体说来,传统民法到底是国家法还是民间法的提法并无太大意义。传统中国欠缺管辖性理论的基础,即一定成员内部规范的客观化以及所依据裁判权力形成的“法共同体”型秩序。所以法从某种角度来看是由皇权统一为一元的,从另外的角度来看,它又被掌握于最末端的纠纷解决主体及法律教化者之中。有关社会规范的定立和实现的全部问题,通过公论标志的体现,人们行动标准的分散状态在每日的运转中得到实体上的统一。在这整个过程,法与权力是不能与之相分离的。