

再论中国法学发展的“十字现象”(下)

——从现代化法律的继受中反思“中国特色”

王冠玺*

(3)从评释“本土资源”的法学论点出发分析“西风东渐”^[54]后发生在中国农村中的法律与文化上的冲突。

第一,中国农村的内在生态与国家关系的说明。

从社会学研究的角度来观察,在理想的状态下,国家进入乡村秩序的方式通常有两种:一是以立法的方式进入,即以国家颁布的法律作为规范基层秩序的标准。在这种情况下,基层组织是执行国家法律的机构,在未经授权的前提下,其不应有立法权,基层组织的工作内容应是贯彻国家法律的实施;二是以仲裁的方式进入,亦即国家不直接干预基层的管制规则,而是在出现争议时,才介入裁定是非。由于裁定的结果必须由基层组织去执行,因此裁定的权威性就不得不极大地依赖执行者。由于这种裁定只有进入的暂时性,其通常只针对单一事件,并且未见得即能成为遵循的范例。在这种情况下,基层组织往往会发展出自己的规则来处理事件,国家对这种情形通常处于默认的状态,当基层组织不能或不想自己解决问题之时,才会考虑“邀请”国家的进入。^[55]

在中国所发生的情形多属于第二类。在这种情形下,基层组织的重要不仅在于它的官方授权地位,而且在于它是一种相对独立的、在某种情况下甚至是一种排他性的管理机构。“相对独立性”意味着除了执行国家法令之外,在乡村的局部范围里,它们往往有着在长期实践中,被默认拥有相当一部分的“立法”与“司法”权。这些权力虽然并不代表国家,但是其权威性却不逊于国家法律。在执行方面,享有相当程度的选择空间,在联系国家进入的方面,基层组织具有“邀请”及“选择”的权力。而“排他性”意味着基层组织的立法和管辖权,并不能轻易地被其他组织或权力替代或废除;即便是国家法律有类此规定,实际上也往往会因为欠缺执行机制或能力而不能发生实际效用。这种情形在乡村秩序中构成了一系列重要的社会建制,它与其他制度(例如:土地集体所有制)共同作用,维系了现阶段基层组织的支配地位。这些社会建制之所以重要,是因为村民的各项“权利”

* 浙江大学光华法学院副教授,本文获哈佛燕京学社(Harvard-Yenching Institute)协助,并为211工程第三期重点建设项目,“转型期法治的理治、制度与实现研究”成果。

[54] 此之“西风东渐”,包括前苏联对中国在体制与思想方面的全方位影响。

[55] 张静:“乡规民约体现的村庄治权”,载《北大法律评论》第2卷第1辑,法律出版社1999年版,第4-5页。

(依据通常的分类,有政治“选举”、财产“收益”、社会“福利”等权利)传统上是由“村庄”而不是由“国家法律”来实现(承担)。^[56]虽然国家法律理应发挥保护村民权利的作用,但这种作用往往仅限于抽象的原则性表述;在具体的实践中,基层(村庄)组织对村民分享权利的界定权力长期受到各界的默认;其结果是在乡村这一个层面里,有关农民权力(权利)的(行政、司法)界定与(司法)管辖,并未由不同的单位(分权)负责,而是紧密的结合在一起。如果村民离开了基层组织的管辖范围,就等于放弃了其原可分享的各项权利^[57](在城市的“单位”里,也有类似情形)。

在北方农村中所谓的“炕上开庭”,^[58]正充分反映了上述现象。村干部的在场,代表了一种与国家正式法律权力不同的另一种结构性知识(地方性知识),这种知识支撑着国家权力和法律在乡土中国的运转。而村干部之所以愿意邀请或配合国家权力的进入,其实背后蕴含着利益交换的因素。村干部为法官提供了许多地方性知识,便利了法官所代表的国家权力的介入,但一般说来法官也会给村干部留点情面,对其就案件所表示的意见给予一定程度的尊重,这就使得村干部的地方性威望得以加强。当然,村干部也完全有可能藉其地方性知识以弱化国家权力在乡土间的运作;在文革期间中国农村普遍发生过的“瞒产多分”的现象就是例证。^[59]如果将时间回溯到民国时期,虽然支配社会运作的原动力有着一定变化,但是调解的状况一样显现出了乡土社会中回应法律的态度,当时负责调解的是乡中的长老,保长因为没有社会地位,所以并不发言,调解的整个过程就是由乡绅来评理。^[60]换言之,乡绅是在综合实情之后,依据道德评判来界定村民的权利。

各地基层组织界定村民各式权利的情形本有一定差距,而国家法律在近年来加强了进入农村的力度,部分地区的部分村民开始将法律当成解决在农村所发生问题的一种新出现的杠杆力量。此外因为村干部的威信普遍下降,所以基层组织维持农村稳定的难度正在增高。实践中,甚且有村干部主动放弃部分界定村民的权力,而将其权力“让渡”给类似市场机制(例如:征地补偿、自留地随意出售……)或基层公安派出所与乡镇政府(例如:邻里纠纷、宅基地分配……)的情形。^[61]虽然基层组织因为在经济方面朝向非集体化发展,一定程度上影响了基层组织的支配地位,但是截至目前为止基层组织掌握界定农民权利的情形仍未有根本性的改变。

第二,因“本土资源”支撑而不受国家法律实质控制的中国农村法治情形实践探索。

保障村民资格(权利)的权威(权力)如果是在基层组织而不是根据国家法律,村民就很难真正受到国家法律的完整保护。在中国的农村社会里,这种例证俯拾皆是:

A、四川某一农村的村民代表会议曾经“否决”了法院的判决,其拒绝让两位已经与本村村民离婚的外来女子继续拥有本村户口以领取补偿金,理由是要保护村庄的公共财产

[56] 同注 55 引文,第 5 页。

[57] 同注 55 引文,第 5 - 6 页。

[58] 同注 46 引书,第 193 - 219 页。

[59] 苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 46 - 49 页。

[60] 费孝通:“无讼”,载《乡土中国》,北京出版社 2005 年版,第 80 页。

[61] 此乃依据浙江省台州市三门县检察院黄磊检察官于其工作辖区所做之田野调查资料。黄磊检察官是浙江大学光华法学院 JM 班的班长,在此特予致谢!

免受外人“贪图”。^[62]

B、陕西的某位男性农民发现其妻在外打工时不守妇道,便将其妻带回老家,在众目睽睽下以硫酸毁其妻容。

若是没有村庄的纵容,一般情形下陕西的这位农(村)民绝不敢如此挑战法律,正是因为有“乡规民约”(本文所指涉的乡规民约,系指因地方仕绅、宗教信仰、成文与不成文的村庄规章制度等内外部因素,所造成的实质性规范力量。这些乡规民约未必具备“习惯法”所须的要件。)的默许,这种暴力行为才得以存在。^[63]因为在中国农民的心中,如果不能先做好一个“我村”的“村民”,亦即做一个在社会关系里大家都接受的村民,^[64]特别是为基层组织所接受的村民,就谈不上什么公民权利。

C、1999年9月广东省高院审理了一件案子,该案被告王秀英是东北农民,曾在珠海打工,1994年被人拐骗至广东农村嫁(卖)给49岁的当地农民郭美南。被告原本不从,但郭美南在其兄嫂的帮助下强奸了被告。被告曾求助于当地派出所,却被怀疑是意欲诈财而未被理睬。该村村民也认为被告既是郭家花钱所买,就应当老实听话。被告在无奈之下怀孕生子,原来也想安稳地过日子;但不堪郭美南兄嫂的长期辱骂,激愤之下将一杯硫酸泼向郭美南兄嫂的两个孩子,同时还伤及了另外五名小学生。最后被告因故意伤害罪被判死缓。依据官方统计,中国拐卖妇女的事件极多,仅1991-1995年官方公布“获解救”的被拐女性即达80,555人。^[65]

在了解了陈桂棣、春桃在安徽实地调查后所撰写的《中国农民调查》内容,与2007年6月爆发的山西黑砖窑事件之后,我们清楚地认识到,许多农村地区违法乱纪的情形已经到了令人发指的地步。类似这样的暴力事件,在一般情形下,村里的干部与村民,甚至是公安单位并非不知道,但多数却都默认这样的情形不断发生。当“里仁为美”在中国已经成为稀缺资源,基本上只反应利益分配、地方保护色彩、实力主义的“本土资源”,怎么还能继续被国家社会所容忍?类此问题的一再发生,正显现出其已经是一种结构性的社会问题;其中一点就是地方上的许多“当今社会现状下”的“本土资源”式的处理争议方式,早已经逾越了道德与法律所能容忍的最低界限;但值得注意的是,论者强调必须从中国的“本土资源”中提炼出具有中国适应性的解决争端的中国式办法的论调,却基于各种原因在许多层面都激起了涟漪,甚至是回响。

第三,中国的“本土资源”与“国家法律”间的冲突与调和方向。

中国即便是在高度工业化与城镇化的村庄里,乡土社会的特征仍然十分明显。本村村民基于各种社会关系所形成的网络,使得外来移民几乎不可能融入当地农村;特别是工商业较发达的农村有着相对丰厚的集体收入,只有本村村民才得以分享利润。村庄的公共事务只是本村村民的事情,与外来移民没有关系。^[66]为了确保本村村民的利益不受影

[62] 中央电视台《社会经纬报导》65期,1997年。转引自注55引文,第14页。

[63] 卢跃刚:《大国寡民》,中国电影出版社1998年版。转引自注55引文,第18页。

[64] 石之瑜:《中国文化与中国的民》,风云论坛出版有限公司1997版,第295页。

[65] 李宏宇:“《盲山》:她们是被卖去的”,载《南方周末》2007年5月31日,D25版。

[66] 王晓毅:“村庄中的外来人——村落之间人口流动的正式制度和非正式制度障碍”,载李培林主编:《农民工——中国进城农民工的经济社会分析》,社会科学文献出版社2003年版,第173页。

响,村庄对村民身份的控制随着经济的发展而愈趋严格。这种情形导致了以下几种结果:一是严格拒绝外来移民申请本村户籍;二是即便某位外来移民缴交了各种规费而拥有了本村户籍,按照法律规定他的权利义务虽应与本村村民一致,但实际上本村村民仍然拒绝承认他的“村民”身份,^[67]他仍然不能享有本村村民所享有的各种权益(其中包括分配宅基地、承包农地、分享村庄集体创收利润,以及参政机会等等)。^[68]只有极少数的外来移民,因为与本村村民结婚、学历较高,并对本村有重大贡献,或是缴交了高达数万以上的规费(类似入股的费用)后,才可能真正享有“村民”待遇。在此要进一步说明的是,各村情形虽然有一定差异,但涉及集体经济分配时,即便是本村村民,也会因其是否系属本集体经济组织户籍之成员、因其是否已婚(男性入赘、女性出嫁)而有不同的分配比例;如其原籍为本村之现非农户口,则会因其是否为离退休人员、下岗、民营企业人员、大专(待业人员)……而有不同之分配比例。

当同一村庄中的成员明显地内外有别时,外来移民既无法参与村委会选举与监督公共事务的运作,也没有得以保护自己权利的有效制度;两种身份不同的村庄成员或群体发生纠纷时,只要基层组织(村委会)公平处理,本村村民便会觉得不公平;因为在这样的客观环境下,“倾斜性的裁判结果”已经成为了本村村民的法期待;而外来移民为了保护自己的权益,必然会发展出一种与之对抗的自我保护机制。由于欠缺公权力与国家法律的干预,外来移民众多的村庄集体械斗的情形非常普遍,当械斗达到一定规模或是发生重大刑事案件时,村庄最终还是必须邀请国家法律的进入。

实际上乡规民约与政府法令的不同,主要在于其治理范围的不同。二者之间既有相合之处,也有抵触之处。那些未能相合的部分,通常各有一个自我发生作用的领域,并且彼此都不愿意让对方进入自己所控制的区域,但又都需要对方来弥补自己的不足之处。例如乡规民约需要官方的支持以显示其权威性,而政府在其治权难以(例如:地处偏远,管理成本太高)触及的地区,则需要乡规民约协助其规范地方秩序。

从政府的立场上来看,乡规民约应该着重在约束自己的共同体,而不是造成地方性的权力垄断,特别是不应该与上级的法律、政策有所冲突,或是将上级的监督排除在外。虽然在近一个世纪以来,政府不断地发现这种现象对其权力基础的危害,也有意识的进行干预,但是成效一直不彰。这种困境并不肇因于当前的法律过于“现代化”而“乡规民约”太过于本土,以致于二者之间的代沟难以弥合。真正的原因在于两个性质上非常相似的管制规范,相互竞争其彼此的管辖地位和范围,一再企图加强或扩张自己的“势力范围”,但政府却对这种状态一直提不出有效的解决办法。^[69]这对国家管理成本的降低、法治化的进程、政令的上传下达,以及在实质上与观念上消弥地方行政垄断、地方保护主义色彩等等,均有极负面的影响。因之,论者强调“秋菊只是想要个说法”^[70]的这种观点,乍看之下是一种维持现状的保守主义,惟其必将大幅增加国家运作的各式成本,致使国家的现代化

[67] 折小叶:《村庄再造》,中国社会科学出版社1997年版,第306页。

[68] 同注46引书,第176-177页。

[69] 同注44引书,第48页。

[70] 苏力:“秋菊的困惑和山杠爷的悲剧”,载注44引书,第23-40页。

进程受到严重窒碍。

在此同时必须注意的问题是,“乡规民约”在许多农村里并未形成文字,其往往只是延续以往的惯常作法,但在此所谓的延续,未必即是完全承袭以前的作法,在实践中会根据当时的各种具体体现况(包括人际关系等各式因素在内)而做调整;而能够进行调整的人,通常是有权力或比较擅于运用“规则”的人。农村往往于分配集体收益时,才会形成相关的文字规定,这些规定通常会以以下三种方式出现:A、针对某次分配所形成的临时性分配方案;B、长期适用的书面分配方案;C、讨论分配方案所形成的会议记录。其中最常见的是第三种方式,这些分配方案主要是参与决策者所制订的,而非完全依据当地的风俗,因此随意性很大。但在这些村干部(甚至是村民)看来,此乃依据《村民委员会组织法》规定依法履行的村民自治事项。^[71]至于《村民委员会组织法》这部法律是否不符法位阶理论或是否抵触公民的基本权利,以及村民是否懂得如何正确适用这部法律,尚不在考虑之列!类此现象其实不仅发生在农村,在城市以及许多单位里均普遍存在。由于中国的法制(法治)建设还在起步中,所以即便有规则得以依循,但因为信息严重不对称,规则模糊,规则可以随时被调整的情形普遍存在,故而群众与领导干部之间,经常存在着信任感较低的现象。

其实只要稍加思考就能知道,即使是到了现代,中国仍有巨大的贫富差距、城乡差距、南北地域与文化的差距。试问要如何细致地照顾各地的法感情,又建构一个符合各地“习惯(乡规民约)的法律体系与法律规定?在司法实践上,民俗习惯具有诸多先天缺陷,例如:因其局部性导致普遍性不足、抽象性导致规范性不足、保守性导致进步性不足、^[72]低效率导致强制性不足等。曾经针对法官们所做的“男方悔亲,女方不返还彩礼;女方悔亲,彩礼全部返还”、“女儿没有继承权”等民俗习惯的问卷调查结果显示,受访法官们若不是意见不一,就是虽然在意见上大致一致,但对于要如何裁判与执行判决,均感到十分棘手。^[73]事实上,想要在中国基层原有解决争端的方法中,发展出既符合现代化要求,又符合各地地域性习惯与法感情的法律体系及法律规定,是毫无可能之事。在当前社会已经进入了巨大的转型时期,各种社会问题已经非常尖锐的时候,论者倡导农村这种既有“乡规民约”的优越性,是令人费解的。

笔者自己其实也认识到,与市场经济相伴的现代化促使人们在更大、更为均质化的空间跨度中交流、交易和交往。各地的规则、风俗、习惯、语言以及文字的不同,必然会阻碍以工商市场经济为基础的社会发展。一个南方人到北方做生意会不知所措,感到混乱和压抑,而小型社会往往是“胳膊肘向里拐”,这也会令外来者感到不公平。当工商经济日益发展,人员流动日益增加,越来越多的人进入其他小区,而发现自己成为受欺负的陌生人之际,社会中的不满也会日益增加。这也正是西欧首先是工商阶级要求“国家统一、法律统一”的真正原因。此外,规则不同也就意味着规则繁多,以致于人们难以记忆或适

[71] 此乃依据浙江省台州市三门县检察院黄磊检察官于其工作辖区所做之田野调查资料。

[72] 藏族、彝族至今还有所谓的“赔命价”的陋俗。参见李可:“论习惯法的法源地位”,载中国人民大学报刊复印资料《法理学、法史学》2006年第4期,第43页。转引自徐清宇、周永军:“民俗习惯在司法中的运行条件及障碍消除”,载《中国法学》2008年第2期,第88页。

[73] 同注[72]徐清宇、周永军文。

应,这时候许多规则就成了一种负担。再者,乡土社会自发性的变革过于缓慢,如果从市场经济的角度来看,就需要削弱,甚至是消灭那些不利于现代市场经济的地方性秩序,要在更大区域内形成统一的、不矛盾的、明确的和普遍适用并因此是可以预测的规则体系。这就是现代“法治”得以生存的最主要的社会经济基础。^[74]同时我们不要忘记一点,依据欧洲的经验,这种改变不但给工商阶级带来了利益,生活在乡土社会的人们也是共同受益者。而且这种利益从本文其他的说明可以得知,不仅仅是商业上的,还包括外来移民的基本人权能够在更大的范围与更高的程度上得到尊重与保护。事实上,欧洲社会几百年来通过“国家政权建设”所解决的重大问题之一即在于此。

第四,中国的社会关系网络与法治意识养成间的辩证关系。

中国的关系网系统是透过人际关系网动态调整而架构起来的,在求取准入进而参与这个关系网运作的过程中,必须付出较诸其他公开运作的交易体系更为复杂的各式成本。^[75]这也就是之所以中国学者所做出的调查,均证明在中国强关系还是比弱关系^[76]要有用的多。^[77]

重庆在2007年发生的史上最牛“钉子户”事件,或许可以视之为是中国法治进步的一个实证;但在香港发生的另一个类似案件,却可以让我们清楚的看出其间的差距。香港一位年愈八旬的农妇,为了一块面积仅12平方英尺(约为1.2平方米)与李兆基名下的恒基集团展开了一场况日持久的争地行动。香港的终审法院在2006年1月5日让这位香港真正的草根阶层农妇获得了胜诉判决。香港的法院并没有给李兆基先生任何情面,这在中国大陆几乎是不可想象的事情。在重庆当最牛钉子户事件被媒体炒作的非常热烈时,全国有从各地赶来寻找媒体帮助的“钉子户”和失地农民;但是在香港,没有人上访,也没有人会哭着把诉讼资料塞到记者手里。^[78]在首都北京,外地来京的工商户倾向于向当地人租用执照经商,而不愿意循正规途径申请在京经商所需的一应文件。其原因除了法律的设计存在明显缺陷致使适用困难外,更重要的原因是当地的商业机构、执法人员与管理部门,均围绕着法律来平衡各方利益。^[79]

当老百姓发现守法的成本高于违法的成本,特别是违法还得到不肖的政府公务员配合时,我们将很难期待老百姓愿意遵守法律。这种情形在中国可谓是源远流长;在帝制时期“词讼之兴,初非美事,荒废本业,破坏家财,胥吏诛求,率徒斥辱,道途奔走,狴犴拘求。

[74] 苏力:《道路通向城市——转型中国的法治》,法律出版社2004年版,第15页。

[75] 周雪光:“西方社会学关于中国组织与制度变迁研究状况述评”,载《社会学研究》1999年第4期,第26-43页。

[76] 美国社会学学者麦克·格拉诺维特(Mark Granovetter),1985年在美国《社会学杂志》发表“经济行动与社会结构:嵌入性问题”中分析,在人际关系网络中,直接的社会关系为强关系,例如亲属关系、血缘关系。间接的社会关系则为弱关系,例如异质性较大的人际圈。弱关系的作用有时较强关系更大,因为在强关系中信息已经流通的很完全,所以信息价值相对不高;但是在弱关系中因为能接触到新信息,其社会资源较丰富,因此可能对当事人的帮助更大。参见张其仔:《新经济社会学》,中国社会科学出版社2001年版,第21、228页。

[77] 肖鸿:“试析当代社会网研究的若干进展”,载《社会学研究》1999年第3期,第1-11页。

[78] 张悦:“你可能不知道的香港”,载《南方周末》2007年6月28日,第10版。

[79] 贺欣:“在法律的边缘——部分外地来京工商户经营执照中的‘法律合谋’”,载《中国社会科学》2005年第3期,第91-103页。

……^[80]一百多年前在中国之所以会有这样多的治外法权,其中一个原因就是中国当时解决争端的方法,外国人难以揣测,难以期待,自然也就难以适用;但时序推展至今,这种现象在中国仍然没有根本解决,诉讼程序规定(包括刑事诉讼法中的强制处分部分),经常未能被司法机关严格的遵守。事实上,在中国法院的实践中,由于政治体制的设置与实际的运作规则,法律程序在很大的程度上被讲究行政级别的行政系统所包含,因此法律程序与案件的最终判决之间的关系比较松散。换言之,政治上的“合法”介入在很大程度上成为司法程序中的一个关键部分。学者将此一制度下的法官比喻为官僚系统里的办事员(bureaucratic clerk),法官的决策必须经过一个像金字塔一样的官僚体系各层的批准后才能产生法律效力。^[81]

农民秋菊所处的世界,其实可以说是中国传统社会的某一种缩影,是一个典型的中国式的熟人社会。^[82]要在中国式熟人社会里面生存,必须投注大量的时间与精力在维系人际关系,这就是在中国生活成本高的重要原因之一。试想如果秋菊一家在村庄里较有影响力,那么剧中的那位村主任的反应当不会是如此。这种现象在中国是一种常识,所有生活在中国的人以及整个社会都深受此影响,这是必须被改革的对象,怎么能以之为界定现代化法律是否适用于中国的衡量标准?如果中国社会能够让秋菊不必刻意去维系与谁的关系,只要依循法律途径,她就能取得一个比她原来所期待的“一个说法”更好的结果时,我们将很难想象,秋菊或是任何一位普通农民将会拒绝这样的新制度。

许多基层干部、基层法官,与少部分法律学者,仅(能)将法律做为调解的一种运用工具;“调解”本身才是解决问题的主旋律,至于在调解过程中要如何“利用”法律,同时平衡地方上的习惯,则万法之灵活运用,均存乎于“高明”的法官与村干部心中那并无严谨法律思维与界限的人生智慧。至于立法意旨,当事人究竟构成何种法律责任?以及如果案件涉及外乡人、城市人、甚至是外国人时,又应如何维持“调解”结果的一致性与公平性,则似乎尚未进入他们的视野。^[83]也正是因为这种现象的存在,使得中国的老百姓虽然已经开始运用法律语言来要求保障他们的“权利”,^[84]但实际上他们所具有的并不是“权利意识”(rights consciousness),而是“规则意识”(rules consciousness)。^[85]论者最奇妙的论

[80] 宋代著名“法官”胡颖所著判决书之一,《清明集》卷四,转引自贺卫方:“中国古典司法判决的风格与精神”,载注 29 引书,第 195 页。

[81] 转引自注 5 引书,第 39 页。

[82] 同注 44 引书,第 23 - 40 页。

[83] 同注 59 引书,第 243 - 263 页。

[84] 参见 Stephen C. Angel, *Human Rights and Chinese Thought* (New York: Cambridge University Press, 2002). 转引自注 2 引书,第 238 - 239 页。

[85] 参见 Von Senger, “Recent Development in the Relations between State and Party Norms in the People’s Republic of China,” in Stuart R. Schram, ed., *The Scope of State Power in China* (New York: St Martin’s Press, 1989): 207. 转引自注 2 引书,第 273 页。

述莫过于不但赞同这种基层“无法”意识,与谈不上继承了传统“礼教”^[86]的解决问题方式,甚至还据之为批判现代化法律有限性的理由。

现代法学是奠基在两千多年来不断积累所得的精辟社会科学成果,研究到深处时,很少有人能同时掌握好几个部门法的精髓或是最新发展,这正是因为法律学科的科学性所带来的必然结果。法学的持续发展已经极大的改变了整个世界的风貌。成功的法律体系与规定的设计,必须将本土化的色彩融入世界共通的法律适用准则,以使各地域的人民对适用这个法律的结果,都能有一致的期待。本文其实并不反对切合当前的中国实情,适度参考英美等国治安法庭的操作办法,让地方上可能开始逐渐恢复出现的乡绅与村一级的干部,在发生极简易的案件时,由他们来主持调解,并赋予其一定的法律效力;甚至在严格的条件与程度限制下,准许他们执行一定的公权力。但这绝不表示在调解中或类似程序中所总结出的经验,即可从中提炼出什么精华而足以代表中国的特色,因而得以替代现代化的诉讼制度与设计精致的实体法律。基层组织解决纠纷制度只能是整体法律制度中发挥功能的一环,并必须得以在当事人,甚或公诉人发动的情况下,被法院所检视。

第五,对“法律继受”与部门法的功能及技术性认识不足所带来的影响与检讨。

论者认为,通过立法的方式继受他国法律是一种“变法”^[87]模式。基于历史的经验,“变法”二字在中国已经有了固定的看法。将“法律继受”以“变法”二字表述,确实一定程度的符合中国(作者按:日本明治维新时期立法也可称之为变法,当时日本社会即有《民法》出,忠、孝亡的说法)的现实状况。论者同时表示法治本身不仅仅是一个逻辑化结构的社会关系,他还需要时间这个内生变量,但是如果论者因此认为“变法”与法治就必然有一种内在的紧张关系,从短期来看,这两者甚至无法兼容,^[88]那么其对现代化法律功能的认识就值得被检讨。

受过严谨的注释法学(也就是使高度抽象的法律语言,能适切地被运用到完全不同的时空环境)训练的学者,对现代化科学的科学性以及其功能会有深切的了解。许多部门法(特别是民商法与诉讼法)的重大功能,在于其精密的科学性与工具性。长期实践精致的部门法,固然会对法治化的推展有积极影响,但若认为当今的中国还不具备法治化的条件,因之不能贸然实施现代化的部门法,就是一种误会。盖论者既然也认为“变法”对中国现代化既然是必须的选择,从长远来看还是惟一的选择。^[89]农村自发性的缓慢变革既然无以有效的响应现代生活,^[90]其变化多赖于外界的刺激,那么藉诸精密的部门法功能以导引活络农村的生活形态,加大农村城市化的步伐就是自然与必要的选择。而从(法律)制度对社会所产生的影响力这个角度而言,正是集体所有权制度将土地与农民捆

[86] 同注 59 引书,第 243 - 247 页中所举江汉平原某一县级市法院一案,其中所适用的“习惯”,何以证明即是该地形之久远的习惯?抑或是民风败坏之后的习惯?以致于明明是“强奸”案件,如果受害人并没有放弃追诉的意思,法官可以置此一重罪而不论,乡民亦可以接受这样败坏礼教之事发生后,采取这样的“从轻发落”。这一个案件同时也说明了,所谓的“习惯”,如果未能在“习惯法”的概念下适用,那么法律就不可能精确、不违反善良风俗,也难以期待其后果;那将使大家都回到那个没有现代化法律的帝制年代。

[87] 同注 44 引书,第 3 页。

[88] 同注 74 引书,第 23 页。

[89] 同注 74 引书,第 23 页。

[90] 同注 74 引书,第 15 页。

绑在一起,致使财产与身份产生了密切关系,因而诱发了一系列难以解决的问题。放弃集体所有权制度,虽然会有新的问题出现,但是在精密的法律设计之下,不但旧有涉及政治、经济、社会以及法律的诸多问题,可以大幅度的缓解,新出现问题的总量与严重性亦有可能得到有效的控制,而这正是现代化法律(特别是其中的部门法)所最能发挥功用之处。

第六,小结。

规范法学其实容易流于发挥意识形态的功能,一般人也易于误认为法律不过就是法条或案例的汇集而已。“法学交叉学科”,例如:法文化学、法人类学、法社会学、法经济学……,反而可以扮演学术思想的功能,因而促使意识形态得以接受学术思想的活水。我国因为政治、经济与社会问题极其复杂,在法学研究的范畴里,也应当极大地借鉴以美国为最高研究水平代表的法学交叉学科所带来的研究方法与研究成果。但是当在我国所呈现的法学交叉学科研究,导致学生(甚至少部分学者)误以为此即法学之主流或本体,使他们在犹不知最基础的法律条文应如何解释,即热衷于以各种“法学交叉学科”的角度来解析社会现象或文艺作品,并以之为时尚或认为此乃“法学中的法学”时,^[91]已足以令我们惊诧及警醒。更而甚者,由于中国整体的法治建设仍不成熟等原因,基层的司法人员在实际的具体办案经验中,发现完全不懂法律的人反而调解能力更强;致使其一定程度的怀疑学习精致的法律(规范法学)的必要性,同时也对所学无用武之地感到沮丧与困惑。在这个时候,论者的见解似乎正能说明这种现象的背后原因,使得基层的司法人员以为找到了这种现象的理论上依据,因而相当程度解决了他们心理上的疑惑,从而获得了回响。^[92]

如果从维护旧秩序的愿望出发,援引符合自己所需的资料以加强自己的信仰,则不能算是严格的法(社会)(人类)(理)学研究。惟其如此,中国自改革开放以来的研究便不免在所谓的“研究”中意识形态化了。然而在此必须强调的是,笔者对论者在学术工作上的执着与认真,均怀着敬意,特别是他们介绍(引进)了一些研究中国法学的方法,拓展了中国法学的研究领域;但是在中国的法学界,非主流法学研究(法学交叉学科)所获致的争议见解如能发挥主流的影响力,则充分说明了中国的法学学术仍不成熟。而且所谓的主体法学研究本身,在中国也必然存在很多问题。但笔者要指出的是,真正更应该负起责任的并不是本文所论及的部分法理学者,而是长久以来源于法学界以外,一直箝制着中国法学正常发展的诸多原因力。

3. 建构一个具有中国特色民法典的法律思维所造成的影响与检讨

(1) 保守乃创新的必经之路——法律概念的成熟与进步——部分《物权法》条文之分析。

王国维曾说:“今之学者于古人之制度文物学说无不疑,独不肯自疑其立说之根

[91] 孙笑侠:“作为职业知识体系的法学——迈向规范科学意义上的法学”,载《现代法学》2007年第4期,第63页。

[92] 此为笔者于2007年5月26日于温州给当地公、检、法与律师系统学生讲授民法课程时,温州龙湾区检察院公诉科张夜尽检察员所提供的见解,并获在场学生的一致赞同。学者刘思达亦有类似见解:“在中国法院的调解过程中,法官最需要的并不是法律知识,而主要是人际技巧与对当地语言、习俗、文化和社会背景的熟悉。调解程序中对法官各种非法律技能的依赖,使司法实践的社会事实成为一个较其正式结构和程序更为灵活,在某种程度上甚至不可预期的过程。参见注5引文,第40页。”

据。^[93]我想这句话至今仍值得我们深思。在西方学术界,一味“趋新”的人往往被同行看作是浅薄的表现;西方人诚然重视“创新”,但是他们同时也承认“创新”之前必然有一个“保守”的阶段,“创新”之后也必然要加以“保守”。人的“创造”永远是以前人的业绩为起点,这便是牛顿“站在巨人肩上”一语的真正涵义。^[94]

由于民法紧密地与日常生活联系在一起,立法者必须通过精密的立法技术,使民法典符合并适于本土社会发展的需要。如何在继受法律时适当地融入本土元素,是一项既重要又困难的工作。民法典中最能显现地方特色的就是《物权法》。在研究其他国家的《物权法》时,往往必须先对相关制度的历史脉络与环境背景进行一定的了解,否则将难以窥其堂奥。境外学者在研究中国《物权法》时,必须先解决的问题就是了解新中国成立后所产生与不断变迁的相关制度。举其荦荦大者,首推国家所有权与集体所有权,而在《物权法》条文中出现的“统分结合”^[95]、“农村集体经济组织”^[96]……等名词,若非进一步了解,也都很难望文生义。或许就是在这样的背景下,当今中国的部分学者,对于“创新”法律有着一定的历史使命感。但可惜的是,有些学者随意创造法律概念,其研究方法与研究结论都很有问题。^[97]这种现象所带来的副作用之一,就是不明就里的学者(特别是境外学者),往往易于误认为中国法律之制订所以未臻精密,主要原因是立法技术不足,而低估了中国确实有着极为不同的国情,以及在立法过程上学者专家们所遭遇到非专业“介入”的影响。

民法的本质属于自治法,自治法追求的是对等的公平,但社会上的交易有千万种,立法者的工作就是从个案的公平中抽离整理出具有普遍性的公平原则,使得自治法能像一套精密的游戏规则,一方面可以对相同的案件做出相同的裁判,另一方面又能反映出个案的差异性。在后立法者于制定法律或著述论说时,不论其所继受的是德国法、法国法、美国法,亦或是自创一个法律体系,最重要的是要能自圆其说、互不矛盾,并能形成体系,否则必然会漏洞百出,适用困难。而依据历史经验与法学常识可知,在继受法律的国家里,通常错误最多的法条或学说,均归属于“自我发明”一类。本文即试以德国民法理论体系为基准,针对我国《物权法》的若干疑义条文,就此“发明现象”举例分析:

第一,《物权法》第29条规定:“因继承或者受遗赠取得物权的,自继承或者受遗赠开始时发生法律效力。继承与遗赠虽然均属法律事实的一种,但继承是依据法律之行为,遗赠是法律行为。继承是依法律而发生物权变动,未经登记,不影响其效力的发生;遗赠系因

[93] 余英时:“前瞻和期待——为中国史开新局”,载《民主与两岸动向》,三民书局1993年版,第53页。

[94] 余英时:“保守与创新”,载《中国文化与现代变迁》,三民书局1992年版,第108页。

[95] 《物权法》第124条中提及的“统分结合”,包括集体和农户两个经营层次。中国的农村集体经济一方面在坚持基本生产资料(土地、农田、水利设施等)集体所有的前提下,实行农户与集体签订合同,承包一定的土地或生产任务(例如:责任田、果园、鱼塘等),承包户根据劳动成果取得劳动收入;另一方面把集体统一经营和分散经营结合起来,宜统则统,宜分则分,故称之为统分结合。

[96] 《物权法》第60、62、63、124条中所提及的“农村集体经济组织”的概念,可以从两个不同的角度去定义。传统意义上的农村集体经济组织,是指在行政乡村范围内,以社会主义集体所有制为主要特征的一种组织形式。而新型农村集体经济组织,则是指以村民为服务对象,以规模经济为特征,满足成员共同经济需求的合作经济组织。现阶段中国农村中的集体经济组织,大多属于典型意义上的传统农村集体经济组织。

[97] 王毅:“对中国民法学学术路向的初步思考”,载《法制与社会发展》2006年第1期。

当事人的意思而生效(债权行为),即使遗赠人死亡,只要未经登记,仍不应发生物权变动的效力。但依据《物权法》第29条显示,自继承或者受遗赠“开始时”(应可解释为被继承人或遗赠人死亡时),继承人与受遗赠人即取得物权。此即混淆了继承与遗赠的不同法律性质,使得债权行为直接发生了物权变动的效力。即便将本条视为系属《物权法》第9条中所指的“法律另有规定的除外”亦有问题,盖物权变动的模式应有统一性,违背法理任意另设规定,徒增困扰矣。

第二,《物权法》第30条规定:“因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或者消灭物权的,自事实行为成就时发生法律效力。至于“不合法建筑”(亦即违章建筑)之效力如何?《物权法》中未见规定。立法者或因虑及不合法的建筑物如允其取得所有权,不但在道德上难以容忍,亦可能变相鼓励民众竞相兴建不合法建筑。因此限定为合法建筑才能取得所有权。这种想法的出发点,虽然朴素,但是却会导致以下几个后果:A、如果不合法建筑不能取得所有权,那么该建筑的权利状态为何?是否须解释为事实上虽然存在,但是权利上不存在?如果事实上存在,但是权利上不存在,这是一种什么法律概念?是否得以融入现行法律体系?B、如果不合法建筑的建筑人不能取得所有权,那么该物是否属于无主物?如果是无主物,那么可否类推适用有关动产先占之规定,亦即以所有之意思,占有无主之不动产,取得其所有权(按,多数国家之立法例均仅规定动产无主物得经先占取得所有权;包括我国在内的许多国家,均不承认不动产有无主物,盖不知其主为谁的不动产,均属国有。极少数承认不动产亦有无主物,并得经先占取得其所有权的国家,就此亦有严格的条件限制。);亦即,经过先占而取得该不合法建筑的所有权?C、如果不承认“不动产无主物得经先占取得所有权,该无主物亦非属国有,则因该不合法建筑,仅是事实存在,在法律上不存在,那么侵占该建筑,显然也不属于侵占任何人的权利,因而除了国家得从公法的角度主张其因系不合法建筑而应拆除外,在民事上,无人能向侵占人请求占有返还,在刑事上,如果没有构成其他犯罪,自不应受到任何法律制裁。但如此一来,是否将诱使暴力侵占者经抢夺而使用该不合法建筑?

实际上,即便是不合法建筑,亦因事实行为而取得所有权。至于该不合法建筑是否得以登记?是否得以移转所有权?或是移转事实上的处分权?以及在公法上将如何处理,都是另一个问题。任意将道德元素置入法律,不但达不到效果,反而会带来更大的混乱!

第三,有关物权的保护,从《物权法》第30条至第38条,除少数规定外,多属应规定在其他部门法中的赘文。其中第36条规定:“造成不动产或者动产毁损的,权利人可以请求修理、重作、更换或者恢复原状。第37条规定:“侵害物权,造成权利人损害的,权利人可以请求损害赔偿,也可以请求承担其他民事责任。这两条规定究竟是属于物上请求权还是侵权行为?如果是属于物上请求权,因其旨在维护物权本身,因之不以过错为要件。但第36条所规定的修理、重作、更换等都是恢复原状的方法,其与第37条所规定的内容,均应属于侵权行为的范畴。如果是属于侵权行为,则无法律原因占有他人之物,固应归还他人,但如发生损害应该赔偿,原则上必须以发生过错为要件,否则即因其不构成侵权行为,而无损害赔偿的责任(包括恢复原状)。因之,第36条规定是否即为侵权行为,仅依条文观察,尚难确定。事实上,侵权行为在大陆法体系中是债之发生的最重要原因之一,其有严谨的构成要件与整体结构,实不宜置入物权法中规定。

第四,《物权法》第191条规定:“抵押期间,抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的,应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有,不足部分由债务人清偿。抵押期间,抵押人未经抵押权人同意,不得转让抵押财产,但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。这条规定有两个问题:A、本条规定的立法目的,在于所有人(抵押人)处分标的物时,如须经抵押权人的同意,则能同时保障受让人的与抵押权人的利益不受侵害。惟世界上大部分民法典都规定不动产所有人在设定抵押权后,仍得自由将其不动产让与他人,惟其抵押权不因此而受影响。盖受让人本可查阅登记资料,或与抵押人商议,以保障自己的利益不受损害。而抵押权因为具有与抵押债权的不可分性与追及性,所有人无论如何转让抵押物,抵押权人的权利均不受影响。抵押人在登记对抗的情形,亦可办理登记以保护其权益。因之,本条之规定不承认抵押权具有不可分性与追及性,并一定程度地违背了债权相对性原则,限制了抵押物的自由转让。其在逻辑思考上与法理上均有重大瑕疵。B、本条规定与《担保法》第49条规定大同小异,惟《关于适用担保法若干问题的解释》第67条已经修订了《担保法》第49条的错误规定;但《物权法》第191条却又重为错误规定,其间变化,令人费解!

第五,《物权法》中许多条文均有“依法”、“依照法律规定”、“法律另有规定的除外”等内容。此种设置方式致使法律的条理化及概括性受到影响,并让人觉得《物权法》似乎仅是基本法,具有一定的过渡色彩,必须经由其他法律的补充才能运作。此乃立法技术不成熟所导致。^[98]

第六,除上述之外,虽经国内外学者多次指证出《合同法》与《物权法》中有诸如:法律体系章节的编排方式不当;合同违约责任设计过于粗糙;无权处分他人之物的规定错误;物权变动模式设计在理论上与实践上的矛盾(其中包括特殊动产在移转所有权时所采的登记对抗主义);国家所有权、集体所有权与私人所有权的区分方式不合理;物权法的实施将导致农民对农地与农舍的低效运用;侵害他人物权的损害赔偿请求权有许多无用的重复规定;口号式的“无害条款”极多等。部分民法学者却置若罔闻。

由于中国在改革开放过程中体制变迁的原因,以及因为注释法学发展滞后,导致对法律概念认识的晚熟,使得其他社会学科的研究者,基于种种原因(包括反智现象)以非法律领域的概念取代了法律概念。但遗憾的是,不仅是一般群众接受了这样的结果,甚至是法律专家也接受了这样张冠李戴式的概念借用。最明显的例子就是对“产权”此一概念的误认(主要是与所有权的概念混淆)与误用。经济学家阿尔钦(A. Alchian)认为:“产权是由社会强制执行的、对资源的多种用途进行选择的权利”,^[99]诺斯则认为:“产权是个人对他们拥有的劳动物品和服务占有的权利”,而“占有是法规规则、组织形式、实施行为及行

[98] 本段有关《物权法》的条文分析,多处参考王泽鉴教授2007年10月10日于浙江大学光华法学院发表题为“中国物权法的制定、解释适用与发展”的演讲内容。

[99] 此一定义出自阿尔钦:《新帕尔格雷夫经济学大辞典》。引自周其仁:“原版序言”,载《产权与制度变迁》,北京大学出版社2004年版,第7页。

为规范的函数。^[100]实际上产权是经济学上的概念,是“一束权利”。^[101]而所有权的意义,在以德国为主的大陆法体系通说中,是指于法令限制的范围内,对物的全面支配的权利(包括占有、使用、收益、处分与排除他人干涉等)。产权人不一定是所有权人,所有权人也未必就一定是“得以享有支配与选择权利的产权人”。

不过“产权”一说之所以在中国被普遍接受,而不仅仅限于经济学领域,其中部分原因与社会的实际情况有关。从20世纪前叶后,中国农村地区所经历的制度变迁多是在暴力革命或国家行政性力量主导下的“强制性变迁”,^[102]其与以市场力量主导的“诱致性制度变迁”的最大不同点在于,在此基础上形成的产权制度安排无法将国家的力量排除在外。如果将国家力量的压力排除不计,即能清晰地看出集体产权所表现的排他性特点,基本上一切附着于土地上的,或由土地所延伸出来的经济权利,都在村社集体产权的范围之内,甚至在村社的土地已经消失的状况之下,原来的土地边界也是为社会所认可的集体产权的界定标准。而集体产权的最终表现是集体成员间的权利分享。而追求利益最大化的理性行为者,其力图为自己争取更大的“蛋糕”份额,也使得集体产权在成员间的分配状况呈现十分复杂的态样。^[103]

从1949年以后直至近年,中国社会确实是不存在所有权,或是说所有权一直只处于一种模糊存在的状态,而在实施集体所有制的农村里,这样的状况尤为明显。例如:A耕地被分配给甲农民承包耕作,在实践上除了甲对A耕地拥有产权之外,由于该村的其他村民、村干部,乃至本村以外的县长等(超越本村以外的人对该集体所有权所拥有的权利,与集体所有制虽无直接关系,但是仍然符合在产权此一经济学概念下的支配与占有状态。)对A耕地都拥有一定程度的支配权利,所以A耕地的产权并不为甲所独享,在A耕地上实际有许多产权人。因而从法律涵摄(Subsumtion)的角度来观察,反倒是似乎应该有近乎“所有权”(以“所有权”代之系求说明方便,实际在此系指分享集体所有加上个人土地承包)权利的人(甲农民),因其“所有权”(A耕地)会因为众多“产权人”(其他村民、村干部、县长等)得以不同程度的支配,该“所有权人”的“所有权”其实是众多“产权人”的“产权”,以致于“产权”此一概念相对于“所有权”而言,更符合社会上的实际情况;而从这个角度来看,社会学者所提出的“关系产权”^[104]概念,一样适用于描述这个状况。

然而《物权法》既已实施,在权利归属已经渐趋明确的法律规定之下,正能逐渐导正社会上对所有权与产权的误用。特别是产权所描述的仅是实际的支配力,是对社会现况的一种中性的诠释;而所有权所表述的内涵则包括了私人财产神圣不可侵犯的绝对价值。退一万步言,或许可以假想中国正因为基于种种历史原因,所以在概念与实际情况下长期

[100] 申静、王汉生：“集体产权在中国乡村生活中的实践逻辑——社会学视角下的产权建构过程”，载《社会学研究》2005年第1期，第113页。

[101] 周雪光：“‘关系产权’：产权制度的一个社会学解释”，载《社会学研究》2005年第2期，第3页。

[102] 林毅夫：“关于制度变迁的经济学理论：诱致性变迁与强制性变迁”，载于R.科斯、A.阿尔钦、D.诺斯等：《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集》。转引自注100引文，第142页。

[103] 同注100引文，第143页。

[104] “关系产权”的定义是：“一个组织的产权结构和形式是该组织与其他组织建立长期稳定关系，适应其所处环境的结果。参见注101引文，第2页。

不存在“所有权”。既然产权这个概念,更能描述当前中国的财产支配状况,为什么我们不能从产权这个角度发展出具有“中国特色”的“产权或所有权”的概念与制度呢?这样的想法的出发点很可能是朴素的,但是这至少必须有一大群精通法学、经济学、社会学和本土知识的专家,共同勤奋工作多年,或许才有机会得到一些真正具有意义的成果。惟其可能性甚低,成本又极高,目前尚无进一步讨论的价值。

(2)对继受先进法律体系与规定缺乏深刻的认识。

耶林曾经说过:“继受外国法律系基于需要,与国家的独立地位无涉。当自己家里的东西更好时,没有人会拿外面的东西;但是只有傻子才会因为草药不是长在自己家的菜园而拒绝使用。”一个民族继受其他民族的文化,其实只是始终不断的、各种文化传播方式的一种而已,而文化的传播正是人类文明继续的基础所在。“继受”之所以容易引争议,或许是因为这个词的字义容易产生误导,以为法秩序本身可以直接被接纳,不需经过同化或改变的过程。实际上“继受”是一种高度复杂、持续演变的文化内化过程。如果认为所谓的“继受”西方现代化法律,就是牺牲了固有的法律文化,那么剩下的争论就只是:这个牺牲是否值得?这个外来物是毒物还是良药?^[105]如果能够认识到继受乃是一种演化过程,就可避免前述认识上的错误,而这个错误正是将法律概念作民族国家式的掌握,然而罗马帝国如今安在哉?

我们观察反对继受法律立场学者之见解时,经常能发现其论述中会隐然假设当面临新制度引进时,国内的状态为静止不动。在此即发生两个谬误:其一,当更优越的制度被引进时,基于理性人的前提,老百姓为什么(或怎么可能)不调整自己的状态使之适于新制度的实施?其二,实际上只要一开继受其他文化的法律,在实践之中社会自然会发生自发地调整。因此论者在研究时所预设的状况,实际上并不存在。简言之,法律的继受除了在于继受其他文化的精髓之外,也在于动态地调整自己社会,使之处于适于接受继受的状态。举例而言,在不过百年之前,中国几乎没有多少柏油路与铁路,运输方式是藉诸动物与人力在黄土路或石板路上移动;但是当西方的汽车与火车引进到中国时,如果中国不建造柏油路与铁路,那么这个更便捷的交通工具,在中国就无法运作。在此例中,动物与人力所隐喻的便是旧秩序(本土资源),而汽车与火车则代表着现代化法律。黄土路及石板路是旧的社会环境,柏油路与铁路则是新的社会环境。既然我们在现代化的过程中,愿意将黄土路与石板路改成柏油路与铁路来适应新事物,为什么就不愿意改变旧有的观念来适应更有效率、更科学化的现代化法律呢?

一百多年前日本在制定民法时,虽因参与制定民法的主要学者因留学国别的不同,而在选取继受法律的对象时争议许久,^[106]但基本上遵循了科学的方法,认真地继受了欧洲的法典与法学理论,^[107]其后又受到英美法很深的影响。^[108]日本的崛起,毫无疑问地与其

[105] 德 弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史——以德意志的发展为观察重点》(上),陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店 2006年版,第 105、107页。

[106] [日]中俊雄、星野英一编:《民法典の百年》,有斐閣 1998年版,第 11 - 22页。

[107] [日]北川善太郎:“日本民法とドイツ法”载《民商法杂志》第 131卷第 4、5号,第 538 - 545页;[日]北川善太郎:“问题提起と日本民法のアイデンティティ4”载《民商法杂志》第 132卷第 4、5号,第 461 - 473页。

[108] [日]松本恒雄:“日本の民法学における英米法研究”载《民商法杂志》第 131卷第 6号,第 739 - 765页。

不断地成功继受发达国家的法律,真正地掌握了现代的法学方法有绝对的关系。耶林曾说,要经由罗马法而超越罗马法。惟笔者在此基础上必须指出,在超越罗马法之前,至少要先彻底明白罗马法是什么。中国首要的工作是向下扎根,向高看齐,一味地想要“创新”,但是这个“新”是否“高”呢?中国当前学术界的问题之一就是少有学者能将“媒介”(professional intermediate agents)这个工作做好。实际上,文化媒介的工作极其不易,媒介不但要深入本土的文化,还要博通国外的文化。否则何能“译唐为梵,通步五天”,以达到玄奘法师所谓“法化之缘,东西互举”的效果。杨联升先生就说过:“‘媒介’,西洋学者视为是一种大学问,非有大学问,不能成为媒介人物,不能发生媒介作用。”^[109]

民法的法典化,从罗马帝国的《国法大全》开始就显示了其惊人的超越体制的特质。事实上,罗马法所发展出来的人法、物法和债法,从概念类型到基本规范,历经拜占庭式的统治经济、中古行会的组织的手工业,乃至近代的国际贸易、重商主义和自由主义,在适用上并无太大改变。继受罗马法而孕育于19世纪的法国、德国和瑞士民法典,同样也在20世纪出现的各种极端对立的社会体制下,成为民事立法的主要参考架构。从远东的日本、中国,到近东的土耳其乃至南美的智利和非洲的埃塞俄比亚,从20世纪30年代的苏联民法一直到90年代的中国民法,以其之间的文化、历史和体制差距之大,对照于其民法内容差异之微,更是令人叹为观止。^[110]

注释法学同时承担了提炼(归纳)和再制(演绎)的双重功能,使高度抽象的法律语言能恰如其份地运用到完全不同的时空环境。只有当民法和社会体制的其他部分,不仅是和平共存,而是能够相互包容,乃至于出“社”入“资”或出“资”入“社”,才得见形式理性精髓之所在。可惜许多学者似乎并未及此层,但这正是民法得以维持体制中立的奥秘。真正需要本土化的,是强制规定背后的价值观,和任意规定所反映出来的交易类型,这些才是决定裁判结果,能否为人民所接受的关键。立法者应该将重点放在概念体系的精确和一贯上,这并不表示民法可以完全排除地域性,只不过考虑的重点并不应在某一规定置于本地时,本地人民的理解及接受程度,而应该是探究这些技术性规范背后的原则,是否已经偏离了这个社会里多数人的价值观。^[111]

三、“中国特色”的探索与继受现代化法律间冲突的分析与检讨

(一)中国特色意涵的探索

近30年以来中国特色这一个名词遍及全中国,并对中国社会产生了巨大的影响。但到底“中国特色”的具体内涵是什么?似乎一直没有共识。笔者于2007年11月在哈佛大学肯尼迪政府学院内所举办的一个讲座中,曾向演讲者(中国某高级政府官员)请教此一问题。他的答案大致是:“有关这个问题,我们必须严格地按照党中央的意旨为其内

[109] 余英时:“中国文化的海外媒介”,载注19引书,第198页。

[110] The mobility of Roman law is geographical as well as historical 类似观点参见 美 亚伦·华特森:《罗马法成功因素》[Alan Watson, *The Making Of The Civil Law* 14, 53 (1981).]

[111] 苏永钦:“私法自治中的国家强制”,载《走入新世纪的私法自治》,元照出版社2002年版,第7-8页。

涵。至于党中央有关“中国特色”的意旨是什么？他并没有进一步说明。

“中国特色”是被创造出来的概念，其最大的功用在于解释为什么中国的现代化发展道路必须与发达国家的不同。实际上，多数的中国人对于法治社会是既无正确的认识，也缺乏生活经验。^[112] 值得特别关注的是，其中有部分人的内心还紧紧怀抱着德政式的思维。有许多人，其中包括既得利益者、希望获得组织（政府）青睐者，以及对于传统既存制度有生活记忆上的历史感情者，都不太能接受他人（特别是境外人士）对中国现行制度或社会现状的批评，这一点特色对于同样有着权威体制生活经验的人来说并不陌生。问题较大的是，有部分专家还会通过学术的途径，悄悄地将部分不合理的现象与规则披上合理的外衣。由此可知，近百年以前陈独秀所关心的民间的旧思想对国体会有不良的影响，至今仍然存在。换言之，“天、地、君、亲、师”这五个字，非常简单扼要地表现了中国一般人的价值系统。^[113] 即便其间通过文革的洗刷，但在根本上没有发生改变。

广义来说，当前社会的潜规则确实也算是一种当下的中国特色，但不能说这就是中国的文化传统，而上升为一种举国必须坚持的某种原则。在判断这一点问题上，我们确实必须很审慎，现象可以被不带评价色彩的去研究，但是从法律的角度来观察，其背后却始终应当有一个当前普世共存的理念，亦即以人性尊严为其中的最重要先验因素。真正的中国传统中，是绝对不乏人性尊严概念的，但其表现方式、内在理路与内涵，确实与孕育出宪政主义下的西方文化有着很大的区别，而这一点区别正是我们所要探索的重点。

中国的格局像是将石块扔入水中所发生的一圈一圈的波纹，每个人都位处于从自己所推出去的圈子的中心，凡被圈子所推及的就发生关系。每个人都有以亲属关系布出去的网，但没有一个人的网所罩住的人是相同的。在乡土社会里，不但亲属关系如此，连地缘关系也是如此。在社会里的人可以用同一个体系来确认他的亲属与邻里，但其所相同者，仅此体系^[114]而已。中国的社会是以“己”为中心，和别人所联系的社会关系，也是从己而出，其就像水的波纹一样，愈推越远，也愈推愈薄。此即涉及中国社会结构的基本特性，就是人伦。所谓“不失其伦”，意在于区别远近亲疏，亦即有差等的秩序。子曰：“为政以德，譬如北辰，居是所，而众星拱之。”《礼记·曲礼（上）》曰：“夫礼者，所以定亲疏、决嫌疑、别同异、明是非也。”^[115]都清楚地说明了“差序格局”的无所不在。

我们一旦明白在中国每个人的社会范围均有其伸缩性，就能明白在中国是如何看待“私”和“公”这个问题。在差序格局里，公和私的分界线并不清楚，也不绝对，站在任何一个波纹环圈里，不管是朝内或朝外，都能解释成是公的。为了较小团体的利益而牺牲较大团体的利益，即便是在当今的中国，也能某种程度地为社会所理解，甚至从心理层面所接受。从另外一个角度来说明，即使中国现在经常运用民族主义来解决中国的内外问题，而且百姓经常是不明就里的通过不一定理性的民族主义形式来表现其爱国精神，但是在此

[112] 这一点看法是笔者在哈佛燕京学社研究期间与在国内的实在生活经验中，从许多杰出的中国学者处所获致的看法。

[113] 同注 49 引书，第 136 页。

[114] 体系乃是抽象的格局，或是与范畴性有关的概念。参见费孝通：“差距格局”，载注 60 引书，第 33 页。

[115] 李念祖：“‘民之父母’与先秦儒家古典宪政思想初探——从上博楚竹书简文谈起”，载《法制史研究》（台湾）2005 年第 7 期，第 82 页。

所谓的民族主义与爱国精神,仍然有可能会为较小的圈子让出路来。中国社会里的“群”的界线一直是模糊不清的,在这种差序格局里,“克己”是最重要的道德品质,而“克群”并非不存在,但远不及“克己”重要。孝、悌、忠、信都是私人关系中的道德要素。孔子虽然提出仁的概念,但这不是一个具有团体性意义上的上位道德概念。也正因此,传统中国的道德和法律,才会依据具体的人、事物与自己之间的关系而有不一的评量标准。孟子强调:“夫物之不齐,物之情也,子比而同之,是乱天下也。”“大义灭亲的事,在中国始终不是最受推崇的事情”。^[116]

西方国家的政策形成有许多种方法,某项政策的出台要不是各个社会利益集团对政府进行游说并彼此折冲的结果(pluralism),就是一小撮社会精英(elite theory)或社会阶级(Marxism)把持国家机器并使国家政策为其小集团利益服务,或是政府各个机构为自己独立的利益,并试图在制定政策时将自身利益最大化(state autonomy theory)的结果。尽管西方社会的政策制定过程中不能说没有利益冲突,但是其以基督教为主的建构社会因素,与儒家思想在本质上与程度上都存在差异,因而“爱有差等”的差序观念难以成为解释其社会结构的理论依据。^[117]

简言之,儒家之重个人,在于重其伦理道德之修养,而实践之方法,则是责成个人各尽其人伦上的义务。个人的伦理道德,必须在人与人的关系之中才能完全发挥。在儒家思想中,难有与任何他人无关的“个人”观念产生,亦难有与任何他人完全“平等”的观念产生。^[118]上述讨论实际上已经对中国是否出现过以人格平等为前提的宪政思想做出了解释。

(二)中国古代思想中的现代化法律宪政思想探询

民国《宪法》在1940年代制订,其虽然揭示了人民的基本权利,但是这部《宪法》还来不及在中国大陆实践,马列主义就席卷了中国。所以严格来说,中国大陆至今没有真正深刻体会过宪政主义与既有文化从冲突到融合之后的社会风貌。

宪法乃规范权力与保障基本权利的根本大法,也是界定个人与国家间基本关系的法律。^[119]宪法所要规范的人际关系,乃是集体构成权力所在的“国”(或古代的“君”)^[120]与个别存在的“人”之间的应有关系。儒家以礼规范身份与人际间的关系,主要在于五伦,先秦周礼之中奉行“礼不下庶人”之原则,与西方近代所形成的宪政主义有本质上的区别。儒家思想中诠释君主与平民身份关系的说法基本上有两条脉络:一是《诗经·小雅·北山》中提及的:“溥天之下,莫非王土;率土之滨,莫非王臣。”一是《诗经·大雅·酌》中提及的:“凯悌君子,民之父母。而“民之父母”这一个概念,尤其普遍。《尚书·洪

[116] 费孝通:“系维着私人的道德”,载注60引书,第43-50页。

[117] 此论点源于哈佛大学东亚语言与文明博士候选人陈松对本文所提供的评论意见。

[118] 马汉宝:《法律与中国社会之变迁》,自刊1999版,第47页。转引自注115引书,第85页。

[119] 吴庚:“基本权的三重性质”,载《司法院大法官释宪五十周年纪念论文集》,司法院发行1998年版,第7-22页。

[120] 中国的“国家”概念自先秦以来是指“以国君为君主与其家臣、家人、客所组成的政治团体”,有时候就是指皇帝本人。参见甘怀真:《皇权、礼仪与经典注释:中国古代政治史研究》,喜马拉雅基金会2003版,第201-202,246-248页。亦有径称之为国君一体者。参见王健文:《奉天承运——古代中国的“国家”概念及其正当性基础》,东大图书公司1995版,第98-133页。转引自注115引书,第48页。

范》云：“五、皇极。皇建其有极，……曰：天子作民父母，以为天下王。”《礼记·大学》引述《诗经·小雅·南山有台》“乐只君子，民之父母”时解释为：“民之所好好之，民之所恶恶之，此之谓民之父母。”《孟子·滕文公》云：“为民父母，使民矜矜然，将终岁勤动不得以养其父母。……恶在其为民之父母也？到了汉代以后，君臣关系则出现了“父子化”趋向。千百年来，社会上因而形成了以“民之父母”来形容君王，以“父母官”来形容地方上的行政首长的习惯与观念。^[121]

“民之父母”的身份并非基于血缘关系而来。1994年上海博物馆所获之战国时期楚国竹书中记载着子夏不甚了解《诗经》中将君王定位为“民之父母”的意义。孔子认为，君王必须做到“五至”与“三无”才能成就其“民之父母”的身份。“五至”分别是“物至”、“志至”、“礼至”、“乐至”、“悲至”，此乃是君王达到民之父母境界的五项施政要领，亦即执政者如能了解事务的道理、人民的需要、礼制的重要、乐政的作用，并能体会人民悲苦之所在，就能处在一种民之父母的地位。“三无”则是“无声之乐”、“无体之礼”、“无服之丧”，说的是民之父母的境界，亦即君王应在有形与无形之中，从道德到实际的施政中为人民的表率，照顾到人民的需要。没有尽到“五至”与“三无”义务的君王，就不配为“民之父母”。而以儒家文化而言，“权力基本上是指涉一种道德地位”。^[122]在此尤为重要，因为不具备如此道德的人，自然不能拥有权力。不过儒家期待君王能达到民之父母的境界，与君王是否能达到这样的标准是两回事。事实上，君王甚至是百姓们都接受了君王的民之父母的身份，君王期待并要求百姓们的尽忠与尽孝，但历史上的经验却充分地证实了一件事，绝大多数的君王并没有履行身为民之父母所应尽的道义责任。

《礼记·中庸》记载：“子曰：天下国家可均也，爵禄可辞也，白刃可蹈也，中庸不可能也。荀子曰：‘有乱君，无乱国。’孟子曰：‘今夫天下之人物，未有不嗜杀人者。’儒家虽不知道中庸境界的难以企及与人君之恶，但始终用的是谆谆善诱的办法，但这种办法似乎从来没有奏效过。儒家一心考虑道德之‘当为’，却忽略了‘绝对的权力导致绝对的腐败’这种人性本质的‘存在’。因之有学者认为孔子的‘成德意识’，是‘乐观主义所凝聚成的道德理想主义’。^[123]这与西方从承认原罪，并想方设法积极监督与有效防治等角度所发展出的政治体制，显然有着根本的不同。

中国两千年以来基本上为儒家思想所支配，即便法、释、道均在不同期间揉合进入了中国的传统文化，但中国人大抵没有逸出以儒家为本的思想范畴。虽然代有大儒不断提出以民为本的思想，但是基本上都不出儒家的固有思想。明末清初的黄宗羲在其《明夷待访录》的《原君》篇中指出：“凡天下之无地而得安宁者，为君也。……然则为天下之大害者，君而已矣。”“天下为主，君为客。在《原法》篇中提及：“有治法而后有治人。在《原臣》篇中提及：“为天下，非为君也；为万民，非为一姓也。”“不以天下为事，则君之仆妾也；以天下为事，则君之师友也。”或许可以推测出，在三百多年前中国曾经出现了近似当代

[121] (宋)王禹偁诗：“西垣久望神仙侣，北部休夸父母官。”(清)王士慎《池北偶谈》云：“今乡官称州县官为父母官，沿明代之旧也。均见《辞海》，“父母官”条(中华书局1996版，第2898页。)转引自注115引书，第50-51页。

[122] 石之瑜：《后现代的政治知识》，元照出版社2002年版，第177页。

[123] 张灏：《幽暗意识与民主传统》，联经出版公司2000版。转引自注115引书，第67页。

宪政体制与基本权利的伟大思想,但不论是在明末清初或是清末民初,这一套思想都没有在社会上真正发挥影响力。而且实际上黄宗羲的论述仍然离不开对圣君出现的期盼;梁启超也指出《明夷待访录》中并没有民主主义的思想。^[124]

在中国的传统思想里,究竟有多少适于建立现代民主宪政国家的成分?这是一个已经谈论了一百多年的问题,如果经过论证,宪政主义是必须选择路径,在中国人当然也可以随着时代的改变而改变想法的事实基础上,那么中国就必须正视这个问题,而不应以“中国特色”作为拒绝法律现代化与让 rule of law 植根于中国的借口。循序渐进的要求国人形成法治化的思维是合理的期待,并且也是在许多华人社会中都被证明实践成功的事情。

四、结论:文化的继受与创新——中国(法律)学者应有的反思

文化虽然永远在不断变动之中,但事实上却没有任何一个民族可以尽弃其文化传统而重新开始。现代的科学和技术在文化上显然具有中立性;经济发展也已证明可以适应于各种不同的非西方化的文化环境。在现代科技的强烈冲击下,每一种文化(包括西方文化在内)都曾经经过一个“传统”与“现代”互相激荡的历史阶段。并且由于各民族的文化背景不同,这种激荡的过程与结局也彼此殊异。换句话说,每一个民族的传统都有其特殊的“现代化”的问题,而现代化并不是在价值取向方面上必须完全以西方文化为依归。把“西化”和“现代化”简单地等同起来,显然是一个错误。^[125]最坏的就是假捍卫固有道统的“反西化”之名,进行“反现代化”之实,以遂行个人私欲。西方法律科学的发展历史,其实比其工业发展的历史长远的多,当中国在赞叹西方世界所造出的工业产品之时,却至今没有深刻地体认要认真学习西方(法律)制度文明的精粹。从清朝末年的自强运动至今,中国在面对西方文化精粹所表现出的矛盾与犹疑不觉的态度,正是中国的发展尚难以致使社会臻至“和谐”状态的重要原因之一。

以民法为例,民法典的制定是基于“法典化的理念”(Kodifikationsidee)而来;就是将涉及国民生活的私法关系,在一定原则之下做通盘完整的规范。^[126]欧洲的民法运动方兴未艾,最大的一部分是以统合为目标(欧洲联邦的民法典),个别国家有的是彻底翻新(荷兰),有的是追求转型(前社会主义国家),其共同面对的则是全球化之下美国法的强大影响。中国的民法典很难,也不应摆脱这样的公转,虽然她也不可能放弃其在亚洲以及中国自身的自转。^[127]立法者若能以全球视野,将目光巡弋于内外之间,多方比较,深入考察,所谓中国的特色即可自然浮现。无必要地强求不同,只会降低体系的理性,提高运作成本。^[128]笔者相信,中国有部分法学家心存超越于各国法律制度或学说之现状,以期能更深一层地理解并进而制定出比较完美的中国民法典。但是陆象山曾言:“大抵有基方

[124] 石元康:《从中国文化观论现代性:典范转移》,东大图书公司1998年版,第334-335页。

[125] 余英时:“试论中国文化的重建问题”,载《史学与传统》,时报出版公司1982年版,第168页。

[126] 王泽鉴:《民法总则》,王慕华发行2000年版,第24页。

[127] 苏永钦:“民法典的时代意义”,载《迈入二十一世纪的两岸私法》,元照出版社2004年版,第58页。

[128] 同注127引书,第81页。

筑室,未闻无址乎成岑。很显然地,法学家只有在彻底地掌握了既有成果之后才能超越既有成果,“超越”并不是“跳过”。

古人说:“礼乐所由起,百年积德而后兴也。近代中国正是缺少这样一个“积德”的阶段。但问题不完全是政治社会的不安定,以致学术工作无从循序渐进所造成。更重要的是多数文化运动的领导人物仍然摆脱不了“学而优则仕”的传统观念的拘束,因此不能严守学术岗位。在其潜意识里,政治是第一义的,学术思想是第二义的;学术思想本身已无独立自主的意义,而是为政治服务的事物。胡适日记曾提及:“傅孟真说:孙中山有许多很腐败的思想,比我们陈旧多了,但他在安身立命处却完全没有中国人的坏习气,完全是一个新人物。我们思想新,信仰新;我们在思想方面完全是西洋化了;但在安身立命之处,我们仍旧是传统的中国人。所谓的“安身立命之处”即是现代西方人所说的“终极关怀”(ultimate concern),也就是价值的根源。^[129]傅斯年先生的这一段话,值得我们深思。

本文所提及的“公有制经济型思维”和“本土资源”的论述,这两个面向实际上与我国当前的两个意识形态支柱,亦即“马列共产主义”和“民族主义”相为表里;而建构一个具有中国特色民法典的法律思维与诸多立法(例如:《物权法》),则是这两个意识形态所造成的具体影响之一。许多问题应当从历史的角度来看待其合理性,以今日之是觉昨日之非,对某些情形而言是不负责任的,但是对中国特色的过份强调,乃至走向极端,就有可能在夸大不同人群和文化的差异性的时候,降低(甚至是否认)了人类价值和行为模式所具有的共通性部分。^[130]质言之,我们对“中国特色”四个字要小心注意,它不能被用于掩饰某种企图;譬如说“中国特色”的法律,可以既悖离西方现代化法学的最核心要素,但是又能到达甚至超越西方现代化法律的境界。中国对于专制统治并不陌生,在某个角度来说,也不能不承认中国的特色里,有着嵌入了中国的文化的专制因子;甚至全然的民主体制,在中国这样的当前状况下,应当怎样显现其与西方国家之不同,但却具有现实意义,一样能严密地维护人权、降低管理成本,提升效益等议题,亦非不能讨论。但真正重要的关键在于,必须以理性的方式参照真正专家的意见,在合乎理性的思维下治国,这才是获致理性与科学结果的保证。

(责任编辑:刘馨)

[129] 同注 49引书,第 139页。

[130] 此论点源于哈佛大学东亚语言与文明博士候选人陈松对本文所提供的评论意见。