

中国古今的民、刑事正义体系

——全球视野下的中华法系

黄宗智

摘要 本文从“正义体系”的整体来重新思考中国古今的非正式（民间）正义体系和正式（国家）正义体系，特别强调民事正义体系和刑事正义体系的相互依赖、交搭和互动。然后，将其与“世界正义工程”（WJP）的“法治指数”所采用的框架相对比，借此论证古今“中华法系”与现代西方法律的异同，以及中国的调解体系与西方的非诉讼纠纷解决机制（ADR）的差异。中华法系今天不仅在中国也在其他主要的东亚文明国家起到重大的作用，应该破除一些影响较大的盲点和误区，探索一条超越中西、古今二元对立分析框架的道路。

关键词 中华法系 非正式正义体系 正式正义体系 非诉讼纠纷解决机制 世界正义工程

作者黄宗智，史学博士，中国人民大学法学院讲座教授，加利福尼亚大学洛杉矶校区历史系教授（荣休）。

DOI:10.16094/j.cnki.1005-0221.2016.01.001

引言

“中华法系”作为人类历史上的五大法系之一，^①与西方法律的一个关键不同，是把民事正义和刑事正义视做一个交搭的互动体，同属于一个各部分相互作用的“正义体系”。长期以来，中国的法律思想一贯认为，不涉及罪行的民间“细事”纠纷，应该优先由社会自身来处理，国家机器要在社会自身不能解决的情况之下方才介入。这是儒家关乎“仁政”和（可被称作）“简约治理”^②的一个重要组成部分，被表达为“礼”，或者是礼化的法，而不简单是法。以往的论者多关注到

* 感谢白凯、高原、景风华、尤陈俊、张家炎和朱景文的细致阅读和建议。

① 学界一般把西方大陆法系、西方（英美）普通法系、伊斯兰法系、印度法系和中华法系并称为世界五大法系。马克斯·韦伯关于西方“形式理性”法律形成的历史以及其和世界其它主要法系的不同论述，迄今为止仍然影响最大。参见 Max Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, edited by Guenther Roth and Claus Wittich, trans. by Ephraim Fischhoff, et al., Berkeley: University of California Press, 1978 (1968), pp. 641-900.

② 参见[美]黄宗智：《集权的简约治理——中国以准官员和纠纷解决为主的半正式基层行政》，《开放时代》2008年第2期，第10-29页；[美]黄宗智：《清代以来民事法律的表达与实践：历史、理论与现实》（第3卷），法律出版社2014年版，第3章，第56-78页。

— 1 —

(汉代)成文法的“儒家化”，主要是其等级化(尊卑关系)^③和道德化，^④但相对忽视了其非正式正义方面，即优先由社会自身的道德观念和习惯来处理民间细事纠纷。正因为如此，成文法才会保留其(自秦代以来的)“以刑为主”的特色。如此关乎非正式(民间)正义的抉择，绝对不是有的论者所谓的“前法律(pre-legal)”、“前国家(pre-state)”或“原始”的(正义)体系(“primitive”[justice] system)，而是由汉代高度发达的法律体系和国家政权有意识地作出的抉择，甚至可被视作一种“后(法家)法律”的选择。

虽然如此，其后，由于社会本身常常不能仅凭其非正式的纠纷解决机制来成功地处理所有纠纷，因此也需要一定程度的国家权力介入。起码从唐代以来，历代律典实际上逐步纳入了越来越多的关乎民间细事的内容。然而，成文法律一直维持了原先的基本框架，即以处理罪行为主，也因此表达层面上把关乎民间细事的条文大多加上了刑罚的包装，但绝不是全部，而且在司法实践中，处理民间细事其实多不用刑。与西方现代的大陆法系相比，中国古代的成文民事法律固然显得比较稀薄，但配合整个非正式纠纷解决体系来理解，则无疑组成了一个作用极其庞大的民事正义体系。

本文采用的“正义体系(justice system)”一词中的“体系”所表达的含义，要比“制度”宽阔，因为“体系”不仅包括“制度”，更包括其理论和实际运作(实践)。“正义体系”则比“法律体系”宽阔——“法律体系(legal system)”一词很容易被限定于“正式”的成文法(法典)(positive law或codified law)及其运作，从而忽视“非正式”的、具有维护正义、解决纠纷之重要作用的不成文体系，特别是民间社区(尤其是村庄)、宗族组织等的调解体系。后者在中华法系中扮演着特别重要的角色，不是现代西方主要基于正式化(形式理性化)法律的一般理论所能理解。当然，“正式”和“非正式”两大部分之间，还存在有着庞大的中间和相互作用的“第三领域”。^⑤因此，我们更需要掌握非正式正义体系和正式正义体系之间的交搭性和互动性。

有清一代，关乎正义体系之实际运作的材料，要远多于之前的历代王朝，再加上20世纪的实地调查口述史资料，我们不仅能够掌握其法律的表达/话语层面，也能看到其整个正义体系的实际运作层面，由此重新思考法学界过去的一些关乎中华法系的盲点和误区。这些盲点和误区主要包括：(1)由于只考虑到律典而忽视了非正式正义体系，故而以为中国古代的正义体系只有刑法而没有民法；(2)以为即便有民事法律，它也是由刑罚所主宰的，不可和(西方)现代的民法(私法)相提并论；(3)即便是抓住了上述中国正义体系的主导思想，但由于缺乏对其实际运作的认识，看不到其非正义体系的实际作用，也看不到其与成文法律体系之间的交搭和互动；(4)基于上述原因，也看不到来自两者互动的历代成文法的演变。

进入现代，中国采纳了西方法律的“民法”、“刑法”话语，故而似乎和传统法律完全断裂、隔绝。有的论者因此得出“现代化”等于“全盘西化”的观点。但实际上，即便是在当今的中国，其正义体系在实际运作中仍然延续了之前的基本设想——即尽可能由社会自身的非正式正义体系来

^③ See Ch'ü Tung-Tsu, *Law and Society in Traditional China*, Paris: Mouton, 1961.

^④ 参见马小红：《中华法系中“礼”“律”关系之辨正——质疑中国法律史研究中的某些“定论”》，《法学研究》2014年第1期，第171-189页。

^⑤ 参见[美]黄宗智：《清代以来民事法律的表达与实践：历史、理论与现实》(第1卷)，法律出版社2014年版，第5章，第91-111页。

处理民间的纠纷，并且依然把民事正义和刑事正义视作一个相互搭接的连续体，两者相互关联并相互作用。国家仍然继续采用民间调解，以及一系列介于民间调解和国家正式正义之间的半正式制度和方式。同时，在当代的表述和理论层面上，更明确地说明，要凭借非正式（和半正式）正义体系来减轻国家正式正义体系的负担。其逻辑是，民间的非正式调解机制能够使民间的矛盾最小化，从而避免许多矛盾激化为诉讼或刑事案件。这其实是对中国古代把社会调解机制视作优先于正式法律体系的现代化表述。它和中国古代的思维之间具有明显的连续性，仍然把民事正义和刑事正义看作一个搭接和互动的整体。

有的学者忽视了中国现今正义体系的这些非正式方面，或者认为其只是一个落后的制度，最终必须被消除，因此也看不到当今中国的正义体系和其古代的正义体系之间的延续和关联。本文力图论证，只有认识到中国非正式正义体系的历史和演变，才能够认识到“中华法系”的特色及其在世界各大法系中的位置，尤其是其与如今已经大规模引进的西方正式法律理论一条文一话语之间的异同。若没有如此的理解，便不可能真正认识、理解当今中国的正义体系整体，更不用说设计既具有中国特色也具有充分现代性的正义体系。

与中国不同，现代西方的大陆法系和普通法系长期以来都习惯于高度的形式化和程序化。因此，我们如果仅从现代西方法学理论框架来检视中国的正义体系，很容易忽视中华法系高度依赖非正式正义体系的特点。在这方面，西方最近几年兴起的“世界正义工程”（World Justice Project，简称 WJP）及其所主持的衡量、排列全球 102 个国家与地区的“法治指数”（Rule of Law Index），便是一个例证。世界正义工程明智地采用了较为宽阔的“正义”范畴，不限于成文法律。这与笔者这里所用的“正义体系”概念基本相符，并且同样比较关注其实践，强调需要从使用者（普通公民）的视角来衡量“法治”。这是它的优点。但是，世界正义工程所采用的“法治指数”的计算，迄今只纳入了八个正式正义的一级“要素（factor）”，完全没有把非正式正义纳入其指数。虽然如此，世界正义工程已经看到并承认非正式正义的重要性，并已经决定要将“非正式正义”范畴纳入其“法治指数”的计量，将其补加在原先设定的八大要素之上作为第九要素。^⑥ 世界正义工程以后如果真地将“非正式正义（informal justice）”范畴纳入其指数，无疑将会是一个重要的进步，对正确理解、衡量中国的正义体系整体具有深远的意义。但是，截至目前（2015 年的“法治指数”），世界正义工程仍然困扰于怎样把这个“非正式正义”要素纳入其量化的全球比较之中，怎样把其与不太重视非正式正义的西方国家之间建立起量化的可比性。^⑦ 它仍然没有把已经初步建立起来的“非正式正义”的估量数据纳入其“法治指数”的计算和排列之中。在这个问题上，显然还需要一个探索过程。

目前，一个显然的障碍是很多中西方学者错误地倾向把西方近几十年来兴起的非诉讼纠纷解决机制（Alternative Dispute Resolution，简称 ADR）简单等同于中华法系的非正式正义。本文将论证，清楚掌握两者间的不同，才能更符合实际地理解中国和其他具有深厚“东亚文明”传统的国家（特

^⑥ See World Justice Project, *Rule of Law Index 2015*, World Justice Project, 2015; Juan C. Botero & Alejandro Ponce, "Measuring the Rule of Law", World Justice Project Working Papers Series, No. 001, 2010, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1966257&download=yes, accessed July 2015.

^⑦ *Supra* note ⑥, *Rule of Law Index 2015*, p. 160.

别是日本和韩国)的正义体系,才有可能作出与西方正义体系更精确的比较。

一、中华法系中的民事部分与刑事部分

(一) 非正式正义体系与正式正义体系

对于法律史研究来说,清代与之前的历代王朝的一个重要不同是,清代具有较丰富的关乎实际运作的资料,它们使得我们不仅能够看到其成文法律,更能看到其诉讼案件档案;同时,也能看到其非正式正义体系,不仅看到其“礼”或“和谐”的理念,更能通过20世纪社会调查的口述史资料看到其实际运作,由此得出更真实的关于正式正义体系和非正式正义体系的整体图像。

我们首先要认识到,古代正义体系中的律典之所以会“以刑为主”,是因为它能够凭借其庞大有效的非正式正义体系来解决大部分的民间细事纠纷。有充分的史料让我们看到,在清代与民国时期,几乎每个民间社区都具有一个调解体系,凭其来解决民间细事的纠纷。一般来说,是由纠纷双方都尊重的社区或宗族人士出面斡旋于两者之间,要么促使一方认错和赔礼道歉,要么促使双方互让和妥协,借此来“息事宁人”。同时,经过长时期的司法实践,历代法典本身也早已逐步纳入了一定比例的关乎民间细事的条文。这是成文法在实际运作中应对社会变迁而作出的补充,为的是更好地处理一些社会本身所不能解决的民事纠纷。

譬如,秦汉以来,中国便已形成诸子均分家庭财产的社会惯习。^⑧根据清代的详细资料,我们可以看到,一般的家庭都会先把家庭的财产拆分为几个相等的部分,然后采用公平随机的办法(如抓阄)来确定哪个儿子继承哪一份,并由亲邻或(村庄中)有名望的人士(如村长或“首事”)见证,立定文书(注明土地的具体界限和房屋的具体划分)来证明各个兄弟的所得部分。长久以来,这一直是个有效的做法。对此,明清成文法只简单地表示认可,说明“其分析家财田产……,止以子数均分”(例88-1),^⑨并没有提到惩罚。

从上述分家的实例中,我们也可以看到,财产权利在习惯和法律中是不言而喻的。长期以来,在民间社会的土地继承、租佃和买卖关系中,其实一直都稳定运作(没有稳定的产权,何言继承、买卖、租佃)。固然,《大清律例》没有用正面的表述来确认财产权利,只规定“盗卖田宅”——包括“盗卖,换易,及冒认,若虚钱实契典卖,及侵占他人田宅”等——是要受到惩罚的,其轻重伴随涉及的土地面积而定(律93)。^⑩在实际运作中,国家正式正义体系是维护这样的不成文“权利”的。这是无可置疑的事实。我们要认识到正式法律体系是以非正式正义体系为给定的前置条件,这样才能看到两者的结合组成了比较完整的关乎民间财产权利的正义体系。

^⑧ 研究者多使用“习惯法”一词。笔者认为,我们需要区分被《大清律例》接纳和维护的惯习(如诸子均分和典权)、没有被其纳入的惯习(如土地交易中的亲邻先买权)以及被其拒绝的惯习(如“田面权”)。第一种可被称作“习惯法”,第二种、第三种则应该简单称之为“习惯”。其实,最简洁的方法是简单使用“成文法”和“习惯”两词。更详细的讨论,参见[美]黄宗智:《清代以来民事法律的表达与实践:历史、理论与现实》(第2卷),法律出版社2014年版,第11-13页;注⑤,第2页。

^⑨ 参见[清]薛允升:《读例存疑》,黄静嘉重校,成文出版社1971年版,第2册,第259页。本文对《大清律例》的引用,系根据黄静嘉对薛允升此书的重新编校和其所补加的律、例编号。

^⑩ 参见注⑨,《读例存疑》,第2册,第275页。

又譬如，“多代同堂”一直是儒家关乎家庭组织的一个重要理念。虽然如此，在实际生活中，已婚的兄弟妯娌多难免会闹矛盾，故而在父母去世之前便需要分开。在《大清律例》中，我们可以看到，成文法说明了要维护大家庭的理念——“凡祖父母、父母在，子孙别立户籍、分异财产者，杖一百”（律87），^⑪但后来考虑到社会的实际需要，在此律之下的第一条例中，补加了“其父母许令分析者，听”（例87-1）^⑫的条文。我们可以从清代的诉讼案件和民国时期的口述史料中看到，民间的已婚兄弟，其实大多在父母在世的时候便即分家。以上的例子，正好既说明了古代成文法所表述的理念，也说明了其在面对社会实际惯习之后所作出的调整。这里所阐明的是，两者之间，也就是正式正义和非正式正义之间的互动和联结。

正是如此的民事正义体系和刑事正义体系的联结，赋予了儒家礼—法并用的正义体系以具体的、实际运作的内容。无论是在概念层面上，还是在实际运作层面上，如此的民事、刑事两大正义体系的并存、互补和互动，乃是中国正义体系（和儒家“简约治理”）的关键。忽视其中的任何一方，便不可能理解另一方。非正式民事正义体系是正式刑事正义体系的先决社会条件。若缺乏这种关联，中华法系便不会维持“以刑为主”的成文法体系。看不到此点，我们便不可能理解“以刑为主”的成文法律体系的真正意义，也不可能认识到中华法系的特点。

有的论者之所以认为中国古代没有民法，^⑬正源自其没有认识到古代的非正式正义体系与正式正义体系之间的互补和关联。其实，中华法系一直处理了大量的民事纠纷，大部分由社会的非正式调解机制来解决，其所不能解决的小部分，则由被纳入了以刑为主的成文法中的民事条例来处理。两者实际上共同组成了一个庞大的民事正义体系。

也有论者认为在中国古代的正义体系中，完全谈不上任何“权利”。其实，中国古代即便没有“权利”的话语或表达，在许多方面其实具有其实际。以上我们已经看到，中国古代长期以来一直具有稳定的土地房屋财产权，在租佃、买卖和继承中显而易见，既受到民间惯习的保护，也受到正式法律体系的保护。例如在继承方面，中国古代社会其实严格遵循诸子均分的习俗和法律条文，乃至几乎完全排除了一个父亲剥夺其任何一个儿子的继承“权利”的可能性。成文法还补充说明，如此的规则“不问妻妾婢生，止以子数均分”（例88-1）。^⑭我们可以从清代的案例中看到，不少关于儿子相对义子，和“妾婢生”的儿子相对正妻生的儿子，通过诉讼来维护其应得财产的“权利”。事实是，中国古代的法律虽无“权利”之名，但在其正义体系的运作之中，具有相当于维护不少权利的实际。

坚持将古今中外截然划分，拒绝考虑其相似和交搭之处，使人们既误解了中国的过去，也误解了中国的现在。在反对现代主义的意图之下，实际上反而强化了现代主义，硬把现代中国逼进古今二元隔绝和中西二元对立的框架之中。只有考虑到中国古代民事正义体系之全部（包括其非正式体系和正式体系，以及其实践和话语两个方面），我们才能看到中国当代的法律体系和其古代法律体

^⑪ 同注⑨，《读例存疑》，第2册，第259页。

^⑫ 同注⑨，《读例存疑》，第2册，第259页。薛允升注：“此条系《明令》。”

^⑬ 俞江对此论点作过有用的梳理和叙述，参见俞江：《关于“古代中国有无民法”问题的再思考》，《现代法学》2001年第6期，第35-38页。

^⑭ 同注⑨，《读例存疑》，第2册，第259页。

系实质上的延续性。忽视古代的现代性以及现代的古代性，便不可能真正理解其中的任何一方。打通对中国古今认识的关键在于，既不能陷于简单的现代主义，也不能陷于简单的“文物主义”。

笔者之所以用“文物主义”(antiquarianism)来形容将中西古今对立的观点，是因为它说到底乃是一种博物馆意识，要求“还原”其珍品，原封原状地展览。那样的观点，其实既把其与当时的社会环境和实际运作隔绝，也把其与当今的现实隔绝。如今中国的法史研究之所以处于脱离现实的困境，正来自如此的“文物主义”。正是在那样的错误认识下，法史学界基本放弃了关于当前立法问题的发言权，也放弃了“中华法系”在今天全球法学界中的发言权。如今的主流观点甚至简单地认为中华法系“已经解体”，^⑮ 一举切断了古今的历史连接。

(二) 表达与实践

“法律儒家化”也意味着国家法律表达和话语的高度道德化，即便司法实践多与那样的表达和话语有所背离。《大清律例》中的“律”所表述的多是道德理念，而“例”则多是指导具体法律实践的条文。我们也可把“例”理解为斡旋于道德化表达/话语和社会实际之间的成文条文。

上文已经说明，清代(相对)丰富的档案材料，配合20世纪实地调查得来的农村口述史资料，使我们能够看到非正式正义体系的运作以及其与“以刑为主”的正式正义体系之间的交搭和互动。关乎民间细事的纠纷[譬如，民间的分家和继承纠纷、婚姻纠纷、买卖土地(包括典卖)纠纷、债务纠纷等]，大多可以通过民间调解来处理。但是，也有一部分的纠纷无法仅凭民间调解机制来完全解决，双方坚持其立场而拒绝在调解人的斡旋之下认错和道歉或互让和妥协，因此使矛盾激化而“闹上公堂”，要求政府正式机构来强制性干预。国家的正式制度迫不得已而必须介入。长期下来，国家成文法逐渐根据实践经验而设定了一系列民间细事法则。

譬如，明清法律均允许迫不得已而典卖土地的人在期限届满后“备价取赎”。这是得到法律认可的民间习惯，既是一种保护穷人的惯习，也是(儒家)道德化的国家成文法律。法律就此在其律条中规定，“若典主托故不肯放赎者，笞四十”(律95)。^⑯ 但是，有清一代，伴随其社会经济变迁，有的地方地价不断上涨，因而导致有的出典土地者凭借威胁要回赎土地而向典主讨要“找贴”(即原典价和市场现价的差价或其一部分)，不然便回赎；有的更伴随地价的进一步上升而一再讨要如此的“找贴”。面对那样的社会现象，雍正八年(1730)定例规定只允许“凭中公估找贴一次”(例95-3)，^⑰ 而乾隆十八年(1753)更规定，没有注明“绝卖”的典契，超过三十年，“概不准找赎”(例95-7)。^⑱ 这两条新例都是司法官员凭借实践经验而提出的建议，之后被正式纳入成文法。它们是成文法律适应社会变迁和实践需要而添加例条的实例。之后，社会习惯便因新定的成文法而改变。^⑲ 这两条新例说明的是，在法律道德表达/话语和社会实际之间出现张力和矛盾的时候，

^⑮ 例如李贵连：《近代中国法律的变革与日本影响》，《比较法研究》1994年第1期，第24-34页；张晋藩：《中国古代民事訴訟制度通论》，《法制与社会发展》1996年第3期，第58-59页。

^⑯ 同注⑨，《读例存疑》，第2册，第280页。

^⑰ 同注⑨，《读例存疑》，第2册，第281页。

^⑱ 同注⑨，《读例存疑》，第2册，第283页。

^⑲ 苏州沈氏家族1659年至1823年间的土地交易记录簿，提供了一个清楚的例证：截至1729年，在55份账目中，有28份有两次以上的找贴；在1744年至1823年间的488份账目中，则只有5份带有找贴。参见洪煊椿：《明清苏州农村经济资料》，江苏古籍出版社1988年版，第90-145页；注⑳，黄宗智书，第2卷，第73-74页。

司法实践会先在其间斡旋，而后促成成文法的修改/补充，最后更促使社会惯习本身改变。^{②①}

再譬如，无子夫妇为了自己老年的赡养，根据习俗和成文法会选择一个嗣子来赡养自己并承继宗祧。明清时期的法律条文原先规定，嗣子应是被继承人的一个侄子，“先尽同父周亲，次及大功、小功、缌麻”（例 78-1）^{②②}，是为所谓的“应继”人选。但在社会实际中，有的侄子不一定和被赡养人（孀妇）相处得好。因而，为了适应现实需要，乾隆四十年（1775）定下新例，规定“无子立嗣，若应继之人平日先有嫌隙，则于昭穆相当亲族内，择贤择爱听从其便”（例 78-5），^{②③} 即所谓“爱继”。这也是法律通过长期的实践之后，回应社会现实而创立新条文的实例。用如今的话语来表述，这是新的民事立法也赋予了孀妇一定的选择嗣子的“权利”。之后，无子的孀妇逐渐享有越来越独立的选择嗣子的权利，直到民国时期的大理院在其司法实践中完全将此当作法定权利。^{②④}

正是如此的成文法变迁，逐步丰富了《大清律例》的“民事”内容。清代晚期，在《大清律例》的“户律”门下关乎民事的关键四章（“户役”、“田宅”、“婚姻”和“钱债”）中，共有 46 条律和 130 条例，^{②⑤} 等于是一部具有相当规模的“民法”。正因为如此，才有可能在进入民国后最初近二十年中，在（从西方移植的）新民法典尚未拟定之前，仍然沿用《大清现行刑律》中（废弃了刑罚包装）的“民事有效部分”作为国家的制定民法。由此，我们可以看到《大清律例》和中华民国《民法》之间的延续性（特别明显的是新法典对“典权”的援用，这是作为其范本的 1900 年的《德国民法典》所完全没有的独立一章）。如果清代没有相当丰富的成文民法的积累，中华民国不可能沿用其“民事有效部分”长达近二十年之久。

同时，实践法史的视角更使我们看到，法律的“儒家化”不仅是（瞿同祖所特别突出的）等级化，即一种狭义的“礼”，强调的是不同等级间的尊卑关系，^{②⑥} 或（马小红所论证的）道德化，即广义的“礼”，^{②⑦} 也不仅是本文前面强调的非正式民事正义体系的确立，而且还是后来的平民化。伴随雍正开启的开豁贱籍（例如“乐人”和“雇工人”）等级之后，平民和贱民之间的区分显著弱化，不同等级逐渐趋同（虽然父母子女和夫妇之间的尊卑关系依旧）。^{②⑧} 到 19 世纪，瞿同祖所特别强调的等级关系，在中国的法律体系（即成文法和其实际运作）之中已经不再占据中心地位，法律已经相当高度“平民化”。^{②⑨} 至此，法律已经从原来主要参照上层社会的生活而立法，转为主要依据一般老百姓的生活而立法。这是一个若仅从法律文本或思想和制度来考虑无法看到的历史演变。我们需要同时考虑到表达/话语和实践，才能够看到这些相当根本性的变化。由此，才能够认识到“中华法系”从汉代中期到帝国晚期之间的变化。

同时，只有区别实践和法律条文，我们才能够看到民事正义体系和刑事正义体系之间的互动作

^{②①} 详细论证，参见注⑧，黄宗智书，第 2 卷，第 5 章，第 59-79 页。

^{②②} 同注⑨，《读例存疑》，第 2 册，第 246 页。

^{②③} 同注⑨，《读例存疑》，第 2 册，第 248 页。

^{②④} 参见[美]白凯：《中国的妇女与财产：960-1949》，上海书店出版社 2007 年版，第 2、3 章，第 39-80 页。

^{②⑤} 参见注⑨，《读例存疑》，第 2 册，第 231-315 页，第 3 册，第 397-402 页；亦见注⑧，黄宗智书，第 2 卷，第 18 页。

^{②⑥} *Supra note* ③, *passim*.

^{②⑦} 同注④。

^{②⑧} 参见经君健：《清代社会的贱民等级》，浙江人民出版社 1993 年版，第 35-40、228-232 页；亦见注⑤，第 62-63 页。

^{②⑨} 或称“小农化”，参见[美]白凯：《中国妇女史中的明清之际转型？来自法律角度的检视》，尤陈俊译，[美]黄宗智、尤陈俊编：《历史社会学：中国的实践法史与法理》，法律出版社 2014 年版，第 27-53 页。

用。其实，中国历代（成文）法律的历史变迁的主要动力，不在其基本理论框架（如联结非正式正义与正式正义），因为它在汉代中期伴随“法律儒家化”的确立之后便基本定型，之后的演变动力其实更多是来自长期积累的实践经验，按照实践需要而制定成文法。例如有清一代，主要体现为律文的基本不变和例条的应时增补。

在这里，我们还需要看到尚未被正式订立、正在形成中的法律。譬如，18世纪到19世纪上半期，伴随人口增长而导致日益紧张的人地关系和社会危机，贫苦人家买卖妻子的行为也日益频繁。对此，刑部逐步形成了斡旋于法律条文与社会实际之间的立场，在1818年说明，不再把丈夫因贫穷所迫而出售妻子视作违反“买休卖休”律（“纵容妻妾犯奸”律367）^②的“犯奸”行为而惩罚。其后，在1828年的一起案件中，刑部作出了更明白的解释：在“赤贫待毙”的穷人中，如果妻子为了生存也自愿被卖予别人为妻，法律不该视作犯奸行为而对或出卖她的本夫加以惩罚。^③这是刑部在司法实践层面上适应社会变迁的一个实例。

根据苏成捷（Matthew Sommer）搜集的272起案例（主要来自四川巴县，也包括四川南部县和直隶宝坻县）中的175起由县官明确断案的关乎卖妻行为的案例，卖妻诉讼多源自要么是本夫在卖掉妻子之后，进一步勒索后夫，因此导致纠纷，要么是妻子或娘家反对该项买卖，因此诉诸衙门。苏成捷搜集的材料显示，衙门对那些案件的判断关键，在于被卖妻子/娘家是否确实反对被卖：如果没有反对，县官一般会容许该项“买卖”成立，但如果妻子或其娘家反对，县官则不会容许，会判定让被卖妻子回归娘家，也会惩罚本夫（掌责轻罚）。当然，也会惩罚“成交”之后无理勒索的本夫。同时，苏成捷发现，仍然有几件（来自刑科题本的命案类的）案例还是依据原来的“买休卖休”律（而不是刑部所采纳的新立场）来断案的。^④这些例证，其实正好说明了成文法及其实践在变动之中所呈现的矛盾状态。从中我们可以看到清代的正义体系回应日益严峻的社会危机，在司法实践中对成文法进行的修改，以及新条例（可能）形成的过程。

从这里我们可以看到，坚持要用所谓的历史原有的话语来讨论司法实际，与坚持只能用现代的话语来描述或贬低中国古代法律，同样是狭隘的观点。事实是，古代和现代的中国正义体系的实际运作，不仅与西方现代的话语既相悖也相符，也与中国自身的古今话语既相悖也相符。要理解中国古代的正义体系，我们需要同时考虑成文法和司法实践，把两者看作一个统一整体之中的组成部分。关键在于认识到其实际，并予以最可能精确的表述，而不在于简单选择古代或现代的话语。坚持只能够用古代话语来讨论古代司法实践，其实是一种极端的、狭隘的话语主义——我们是否认为话语和实践必定是一致的？或者话语才是最终真实？我们该如何来表述其与实践的背离？我们需要做的是，看到正义体系整体是由表达和实践两者合并组成的——亦即我所谓的“说的是一回事，做的是一回事，但合起来又是另一回事”。如此，方有可能掌握正义体系整体的实际内容和性质。

（三）道德与实用

连带相关的，是道德理念和法律的实用性运作之间的微妙关系。其间，既有张力和矛盾，也有

^② 参见注⑨，《读例存疑》，第5册，第1087页。

^③ 参见[清]祝庆祺编次、[清]鲍书芸参定：《刑案汇览》，第3册，成文出版社1968年重印版，第1395页；亦见注⑧，黄宗智书，第2卷，第148-149、158-159页。

^④ 参见[美]苏成捷：《清代县衙的卖妻案件审判：以272件巴县、南部和宝坻县案子为例证》，陈熙远、邱澎生编：《明清法律运作中的权力与文化》，台北中研院、联经出版公司2009年版，第362-364、366-367、384页。

演变和相互适应。我们在上面已经看到，中国古代法律的一个基本概念是，由社会自身根据其道德价值观来处理民间的“细事”纠纷，不得已方才依赖国家正式体系来处理。这是一个基于道德理念的想法，包括“和”、“仁”、“让”、“忍”等可以被视作“礼”所包含的价值观。同时，中国古代法律也有非常实用性的一面，例如承认不是所有细事纠纷都可以在民间解决，必要的时候国家要凭借成文法律和正式正义体系介入（但尽可能由其基层的机构来处理——即“州县自理”）。而且，国家法律可以按实际需要而补加、修改成文法律来应对社会实际。这也是我所谓的“实用道德主义”——既包含崇高的道德理念、也包含实用性的适应社会实际维度的古代正义思维。^② 一个好的例子是上述关于分家的立法——律文规定的是不分家的儒家理念，而例文确立的则是如果父母亲允许便可以分家的实用规则。

其实，非正式正义和正式正义的有机结合是“实用道德主义”的最佳例子。前者依赖的主要是道德价值而不是成文法律，在实际运作中，迄今仍然主要以儒家的“黄金规则”——“己所不欲，勿施于人”为主导原理，^③ 而后者依赖的则主要是成文（比较形式化）的法律。从这个角度来考虑，前者主要源自儒家道德理念（“仁”、“和”、“礼”），后者则主要源自法家思想（“法”、“刑”），当然，也包含后来在“儒家化”下所纳入的道德理念。因此，“实用道德主义”所表述的，也就是中国法史学界长期以来一贯强调由儒、法结合而组成的古代法律思想（“阳儒阴法”），也是汉代上半期“法律儒家化”概念所表达的核心。当然，也是我这里所要表达的“非正式”正义和“正式”正义相结合的概念基础。

这就和马克斯·韦伯所论析的长时段西方法律中的“形式理性”化十分不同。马克斯·韦伯认为，现代西方法律的形成过程，是（伴随现代社会日益世俗化的大潮流）逐步把道德价值排除于法律体系之外。这是因为，在他的分析中，道德是特殊性的，与普适的形式化逻辑截然不同，而法律原则和制度必须做到由普适的形式理性一以贯之的地步，由此才会具有高度的常规性和可预测性，而特殊化的道德介入法律，则只可能导致法律之外的因素的介入，特别是统治者权力的介入，最终只可能导致违反法律逻辑的、不可预测的、特殊和偶然的——也就是“非理性”的结果。^④ 对马克斯·韦伯来说，即便是英美的普通法系，也带有一定的非形式理性化因素，特别是其所依赖的由非法律专业人士（不懂法理和逻辑的人）来组成陪审团的制度。^⑤ 因此，如果用马克斯·韦伯所建构的“理想类型”来理解中国礼法合一、高度道德化的正义体系，最终只可能把其认作“实体非理性”的体系。^⑥ 马克斯·韦伯虽然提出了“实体理性”的理想类型，^⑦ 但他其实并没有真正把其当作一个重要的类型。在其对西方现代的形式理性法律的形成历史过程的论述中，他基本上把非西方的各大法系都视作“实体非理性”的，与现代西方的“形式理性”法律构成一个截然对立体。^⑧

据此，从上述关于马克斯·韦伯的论述的总结中，我们也可以看到现代西方法律所带有的强烈

^② 参见注⑤，第165-171页。

^③ 参见[美]黄宗智：《道德与法律：中国的过去和现在》，《开放时代》2015年第1期，第75-94页。

^④ 参见注①，第654-658、809-901页。

^⑤ 参见注①，第889-891页。

^⑥ 参见注①，第845页。

^⑦ 参见注①，第656-658、868-870页。

^⑧ 参见注⑤，总序，第1-18页，以及第9章，第179-191页；赖骏楠：《马克斯·韦伯“法律社会学”之重构：观念论的力量和客观性的界限》，同注②，黄宗智、尤陈俊编书，第396-431页。

的正式化和形式主义化倾向。马克斯·韦伯根本就没有考虑非正式的民间正义。即便是在其对（基督教）教会法的分析中，所突出的也只是其“形式理性化”的趋向，并没有认真考虑“神父”在其教区中所起的作用，包括调解。^③

由此可以见得，马克斯·韦伯所建构的理想类型和其关乎历史的叙述，一如后现代主义者所批评的那样，是带有一定的“西方中心主义”倾向的。对他来说，中华法系（以及伊斯兰和印度的法律体系）说到底只是个“他者”，其所起的作用主要是作为关乎西方法律叙述的陪衬。

在美国的“古典正统”法学理论传统中，马克斯·韦伯的形式理性主义观点得到最清晰和集中的表达，其代表者是1870年至1895年间任哈佛大学法学院院长的兰德尔（Christopher Columbus Langdell）。兰德尔特别强调，法学和法律应该像欧几里得几何学那样，从几个普适“公理”（axioms）出发，凭借演绎逻辑而得出一系列的普适“定理”（theorems）。^④他本人，在其所发表的极其有限的著作中，试图将上述方法直接用于合同法。^⑤更重要的是，在他开设的课程中，一贯强调如此的方法，由此对美国的法学界整体起到了塑造性的影响。虽然如此，兰德尔的理论自始便受到其法学院的同事霍姆斯（Oliver Wendell Holmes）的质疑和挑战，后者开启了美国第二主流的法律思想，即法律实用主义（legal pragmatism）。^⑥

现代西方法律的前提性个人权利总则，其实明显与基督教关乎个人灵魂的永恒性有一定的关联，但在马克斯·韦伯的心目中，它是一种不言自明的公理（而不是特殊的道德价值），其余的都可以凭演绎逻辑推论出来。如上所述，在他的论述中，道德是非理性的，是要从“形式理性”法律中排除的。但中国的正义体系则既包含“和”与“仁”的儒家道德理念，也包含法家的比较形式化的法律，与马克斯·韦伯偏向单一面的“形式理性”十分不同。两者的联结，可以说比单一依赖“礼”或“法”、道德或逻辑、非正式或正式正义，具有更灵活地适应社会变迁的弹性，更能兼顾实用。“中华法系”之所以能够长期成为包括日本和朝鲜在内的“东亚文明”（“East Asian Civilization”——一个美国高等院校课程如今普遍采用的历史范畴^⑦）的正义体系典范，可以说一定程度上是源自如此的结合的特征。

更有进者，这里提倡的是不仅要看到非正式正义体系和正式正义体系、实践与法典、道德与实用性的双维，更要看到其交搭和相互作用。实际上，非正式正义体系和正式正义体系之间存在由两者的交搭和互动所组成的庞大的第三领域：非正式调解一直以来都会考虑到正式法律，在一定程度上，后者是前者运作的一个原则性框架，并且在其历代历史演变中，纳入了越来越多回应实际需要的民事条款，两者之间显示了相当程度的交搭。而且，两者还处于半制度化的拉锯、交涉框架之中。清代和民国的史料说明，民间纠纷一旦升级到正式诉讼，社区或亲族便会加大调解力度或重新调解，而在调解过程中，会考虑到诉讼的进程，其中县令对呈禀的陆续批示尤其关键，会直接影响到当事人和调解人

^③ 参见注①，第828-830页。

^④ 参见[美]黄宗智、高原：《社会科学和法学应该模仿自然科学吗？》，《开放时代》2015年第2期，第162-163页；屈茂辉、匡凯：《传统法学的几何学范式论析》，《法学家》2014年第3期，第133-144页。

^⑤ See Christopher Columbus Langdell, *A Summary of the Law of Contracts*, Boston: Little, Brown, and Company, 1880, pp. 1-20.

^⑥ See Thomas C. Grey, *Formalism and Pragmatism in American Law*, Leiden: Brill, 2014, pp. 46-197.

^⑦ 其中影响最大的，无疑是费正清（John King Fairbank）及其合作者的两本教科书，即《东亚：伟大的传统》（Edwin O. Reischauer and John K. Fairbank, *East Asia: The Great Tradition*, Boston: Houghton Mifflin, 1958 and 1960）以及《东亚：现代的转型》（John King Fairbank, Edwin O. Reischauer, and Albert M. Craig, *East Asia: The Modern Transformation*, Boston: Houghton Mifflin, 1965）。这两本教科书深深影响了几代美国学生。

的意见。在那样的情况下，纠纷中有的当事人一方会认错，或双方相互退让，并由原告向县衙具呈要求撤诉销案，说明双方已经和解并“见面赔礼”。这就是我所谓的正义体系中的“第三领域”。^④ 中国正义体系整体的这些方面，是若只考虑单一正式化制度或单一话语层面则会看不到的实际运作。

二、当代中国的非正式正义体系

（一）概貌

如表1所示，如今中国的基层非正式正义体系（调解），首先是由农村的村民调解委员会和城镇的居民调解委员会组成的，统称“人民调解”。2005年至2009年间，在年均1030万起经过调解解决的各种各样的民间纠纷中，共有530万起（占纠纷总数的52%）是由这样的基层民间调解委员会解决的。这些委员会和传统社会的社区“德高望重”人士（或“首事”）固然有一定的不同，他们是纳入了社区干部的“委员会”，但仍然不失为当今最接近古代原来意义的民间调解，基本没有强制威权的干预，主要是由村民/居民自愿通过第三方斡旋来解决纠纷。^⑤

表1 改革初期和后期各种主要调解类型的总数（万）^⑥

1978年-1983年	人民调解	行政调解			司法调解	总数
	村、居民调解委员会	基层司法服务	消费者协会 (工商管理部门)	公安部门	民事法院 (一审结案)	
每年平均处理纠纷/案件数*	800				53	853
调解结案数	710				37	747
调解结案百分比	89%				70%	88%
2005年-2009年	村、居民调解委员会	基层司法服务	消费者协会 (工商管理部门)	公安部门	民事法院 (一审结案)	总数
每年平均处理纠纷/案件数	1030	70**	75	840	492	2507
调解结案数	530	63	67	247	168	1075
调解结案百分比	52%	90%	89%	29%	34%	43%

与改革前期相比，这种由人民调解处理的纠纷数量并没有太显著的扩增，但调解的成效则似乎明显下降：之前上报的成功解决纠纷的调解达到所有这些纠纷之中极高的89%，如今则是52%。这个差别，首先是因为之前在毛泽东时代整个正义体系偏重调解并夸大了其成效。同时，之前的社区调解多由社区最主要的干部（如村支书和村长）来执行，带有一定程度的威权，如今则更多由一

^④ 参见注⑤，第5章，第91-111页。

^⑤ 同时，伴随国家治理一定程度的松弛化，历史上的完全非正式的民间调解——即由诸如社区、亲族、学校、朋友、同事中受人尊重的人士来调解的机制——也重新恢复。虽然如此，因其实际数量缺乏系统记录和统计，不好估计。详细论析，参见注②，黄宗智书，第2章，第18-55页。

^⑥ 数据来源：朱景文编：《中国法律发展报告2011：走向多元化的法律实施》，中国人民大学出版社2011年版，第303-304页，表4-2；第334-335页，表4-4；第372-373页，表4-13；第374页，表4-15；第376页，表4-16。说明：（1）标记“*”处为1981年-1985年的数据；（2）标记“**”处没有2006年数据。

般干部和社区民众中信誉较高的人士来组成,基本是自愿性的。如今伴随大规模的人口流动(比如数亿农民工),大量的村庄已经从原来(传统和集体时代)比较紧密和封闭性的“熟人社会”变成比较松弛的“半熟人社会”,其人事关系多村外化和多样化,社区本身的调解成效没有之前那么高。虽然如此,人民调解如今仍然起到很大的作用,如表1所示,在基层社会的每两起纠纷之中,仍然有一起是由社区调解解决的。这个事实本身,便说明了非正式正义体系如今的重要作用。

在基本是自愿性的基层社会调解之外,还有众多的半正式调解——即有政权机构参与的各种各样调解。首先是“行政调解”中基层政府的法律服务机构(包括司法所、法律服务所等)所做的调解。那样的调解仍然比较强调村民和居民的自愿性,但也有一定的行政权力的参与,因为这些机构是政府部门下属的机构,其调解人员多是政府部门的司法干部,或具有半干部身份的人员。这种基层政府“法律服务”的调解,也是一个数量不小的非正式正义体系,每年平均处理约70万起纠纷。而正是因为行政权力的参与,调解成效较高,达到所有受理纠纷总数的90%。

再则是回应市场化和消费社会到来的需要,近年来在工商管理部门下组织起来的新型“消费者协会”,如今在调解关乎消费方面的纠纷中已经起到较大作用,2005年至2009年间平均每年处理了75万起纠纷,其中成功通过调解处理的案件也达到较高的比例(89%),和基层政府的“法律服务”成效差不多。^{④7}这是传统的基本完全自愿的调解机制和现代革命所建立的政权体制间互动结合的产物。在实际运作之中,它虽然带有一定的强制性,但也尽可能斡旋于经营者和消费者之间,促成双方都能接受的协议。^{④8}

然后是行政权力介入程度更高的公安部门下的所谓“治安调解”,主要是一些关乎轻罪[殴打他人(轻伤)、偷窃、赌博等]的案件和涉及犯罪人和受害人两方的纠纷,由公安部门直接处理。在公安部门受理的年均840万起案件之中,有29%的案件是由调解来处理的。这是一个数量相当大的范畴,2006年至2009年间,年平均调解处理247万起这种案件/纠纷。^{④9}像这样的案件/纠纷的调解,会比消费者协会更高度依赖政府威权和强制性。虽然如此,它并不简单是由权力机构来断定过错或提出妥协方案,而是由其试图让纠纷双方“自愿”达成协议,应当被视作带有一定调解成分的纠纷解决方法。^{⑤0}

最后是法院调解(也称“司法调解”)。这样的调解无疑也带有一定的强制性,因为其主要是在法律框架下来考虑问题的,而且一定程度上依赖法院的威权。当事人都知道,法院如果调解不成,将会径直判决。这就和西方如今的调解(mediation)把调解和法庭审判截然分开十分不同(下文再详细讨论)。虽然如此,众多案例显示,法院仍然尽可能试图达到双方都能够接受的协议,尤其是在继承或离婚中的财产分割、兄弟姐妹间赡养责任如何分担、侵权案件中的赔偿额度、债务案件中偿还的具体安排、合同纠纷中的责任与金额分配等类型的案件中,在审判员斡旋下而达成可执

^{④7} 工商部门一度曾处理了大量的合同纠纷,在1990年最多时达到45万起,但之后趋于式微,到2009年只处理了1.2万起,合同纠纷已经转为主要由法院处理。参见注④6,第377-378页,表4-17,表4-18。

^{④8} 参见注④6,第408-417页。

^{④9} 此外还有相当大量的(道路)交通事故调解,但缺乏统计数据,其中有不少是口头或现场的调解。参见注④6,第374页。

^{⑤0} 行政调解并不限于公安机关,国家各部门都有一定的调解功能,但所处理的案件数量都远低于工商部门和公安部门。参见注④6,第379-389页。值得特别一提的是,国家人力资源与社会保障部门下属的仲裁机构所做的劳动纠纷仲裁,数量不小,需要分别讨论,详见下一节。

行的解决方案。^⑤ 这也是一个数量较大的范畴，在年平均总数将近五百万（492万）起的民事案件中，大约每三起中就有一起（总数为168万）是经过上述调解而结案的。

不同于改革开放初期，21世纪初以来的法院民事调解，首先是案件数量的大规模上升。如表1所示，几乎达到之前数量的十倍，从约50万起上升到近500万起。这主要是市场化所起的作用：如今“合同纠纷”占到所有民事（一审结案）案件的不止一半，剩下的一半主要是“权属”（涉及各种权利和侵权）的纠纷和“家事案件”（如离婚和继承），分别各占一半。此外，改革初期以来的另一主要变化是调解成功的比例显著下降，从所有（一审结案）民事案件中的70%下降到34%，也就是说，从每三起案件中的大约两起下降到一起。其原因之一无疑是毛泽东时代偏重并夸大了调解，另一原因则是，由于民事案件数量大规模上升，法庭面对的是越来越大的压力，因不堪重负而倾向比较省事的判决以避免很花时间的调解。但在世纪之交以来，司法政策和法院重新强调调解，促使其一定程度的回升。最近几年，其成效大致平稳于表1所列的比例，即每三起民事案件之中，成功调解处理其中的一起。

应该说明，以上不是一个全面的叙述。譬如，近年来有不少新型的“专业调解”尝试。其中一个重要的领域是“物业调解”，这影响到许多城镇社区业主，多是因开发商遗留的问题和物业公司服务的问题所引起的纠纷。另一大类是“医疗调解”，主要是医患之间的纠纷。在中国医疗制度激烈变化（市场化）的大环境下，医患纠纷数量大规模上升（据卫生部统计，每年超过一百万起），也是个相当大规模的问题，但目前还缺乏系统的数据。在这些方面已经兴起不同性质的调解尝试，包括人民调解模式、行政调解（房地产主管部门和卫生部门）以及法院设置的“诉前调解”等。^⑥ 这些无疑是重要的动向。

上述的统计估量，虽然不能反映中国调解的全貌，但应该可以说明其大致情况。简言之，如今在（被统计的）每年平均总共约2500万起（实为2507万）的纠纷之中，有约1100万起（实为1075万），也就是说所有民事和（公安部门所处理的）轻微刑事纠纷中的约43%，是通过（一定程度的）调解来解决的。这就是如今中国的非正式正义体系的核心内容。^⑦

有的论者可能会认为，我们不该把行政部门和法院所调解的案件一并归纳在“非正式正义体系”（调解）范畴之下。这里要说明的是，在所有被统计为“调解”解决的案件中，比较纯粹自愿性的人民调解结案数占到差不多一半（1075万起中的530万起）。剩余的是涉及不同程度强制性的半正式调解——从较轻微强制性的基层法律服务调解和消费者协会调解（共130万起），到较大强制性的公安部门和法院调解（共415万起）。我们即使把带有强制性的调解排除于“非正式正义”之外，比较纯粹自愿性的调解无疑仍然是中国整个正义体系中一个非常重要的部分。下面将进一步分析非正式调解和半正式调解之间的异同。

（二）非正式调解和半正式调解

中国早在解放区正义体系的传统中，便区分了三个不同层面的非正式调解和半正式调解，即

^⑤ 参见注②，黄宗智书，第184-192页。

^⑥ 参见注④，第419-432、433-445页。

^⑦ 民事案件数量要远高于刑事案件数量，2009年刑事一审案件总数才77万起（参见注④，第3页，表0-2），而民事案件总数则是492万起。

“民间调解”、“行政调处”和“法院调解”。在(民间)“调解”和(行政)“调处”两词中,有较明确的区分。^④民间调解最接近“调解”一词原先的含义,即通过第三方的斡旋,由当事人双方自愿达成解决纠纷的“协议”,而后要么“赔礼道歉”,要么互让妥协,“见面服礼”。在“行政调处”之中,则掺入了一定比例的强制性,因为第三方不仅仅是本社区(受人尊重)的非正式人士,还是掌握一定权力的国家机构干部/官员,在运作中很可能会依赖其权力而对当事人施压,甚或简单命令。再则是“法院调解”。与西方的非诉讼纠纷解决调解机制不同,中国的调解并不清楚划分法庭调解和法庭判决,基本是由同一个法庭在同一个案件处理过程中进行,调解不成,便由同一审判员(们)进入判决。而西方的调解则不同,它是和法庭程序完全分开的程序(下面还要讨论)。两者相比,中国的半正式法院调解显然带有较高的强制性。

半正式调解的优点是,适当加上一定程度的强制性,能够显著地扩大调解的适用范围,并提高其成效。这种把调解大规模纳入政府和法院部门的做法,是中国共产党于革命时期在解放区推广的制度。在其运作中,如果适当平衡引导自愿和强制压力,确实既能够提高成功结案率,也能做到一定程度地缓冲(由对抗性的判断对错而导致的)当事人之间的仇恨。

但是,如此制度的负面影响则是,它可能陷入过分的强制性,导致名义上虽是调解,但实质上是僵硬的行政权力或法院权力的一种“滥用”。改革开放前的离婚法律实践,亦即当时占到民事案件总数之大多数的案件类型,便是一个重要的例子。回顾历史,它的起源是在20世纪20年代,由于婚姻自由革命思想的浪潮,共产党当时比较激进地采纳了夫妻双方任何一方要求离婚即行离婚的立场,并于1931年将其正式纳入了《中华苏维埃共和国婚姻条例》。^⑤但是,很快就发现,革命军人和农村人民大多反对如此的法律规则。军人当然不愿意在自己离家期间看到在家的媳妇和自己离婚。农村的父母也不希望看到,为自己子女的一辈子一次性的结婚大花费,因小夫妇闹矛盾辄离婚而被浪费。面对这样的反应,革命政府很快就在司法实践层面上作了一系列的回退,最终把社区调解和行政调解设定为法院受理有争执的离婚案件的前置条件,更规定法院本身在判决之前也必须先试图调解和好,调解无效,方才允许离婚。如此,等于是用一起一起地调解离婚纠纷的方法,来试图把革命政府和民众之间的矛盾最小化。但结果导致了一个比较僵硬的、几乎等于是有争执的离婚案件中无论如何都不准离婚的制度,迫使许多感情不好的夫妇长期勉强共同生活,或虽然分居但因为不能离婚,不可能找到新的伴侣。直到20世纪80年代后期,才放宽了之前的严格离婚要求,也减轻了之前强制推动调解结案的压力。^⑥

但是同时,国家为了回应新的社会变迁和需要,在别的司法领域扩大了行政调解的范围。首先是在20世纪90年代后期国企改革的“抓大放小”过程中,规定法院不受理涉及下岗、买断、企业单位对其职工的福利负担“甩包袱”等的纠纷,规定必须由单位本身来处理。那样,便等于让利益关系矛盾双方中的的单一方,同时又是强势的一方,来主宰整个调处过程。固然,有的单位领导比

^④ 如今中国已经不像解放区时期那样比较明确地区别“调解”和“调处”,基本不再采用“调处”一词。部分原因是,毛泽东时代大规模使用行政调解和法院调解,使得两者之间的区分越来越模糊。参见注②,黄宗智书,第131、171页。

^⑤ 1931年《中华苏维埃共和国婚姻条例》,第9条,湖北财经学院编:《中华人民共和国婚姻法资料选编》,1983年印行,第2页。

^⑥ 详细论证,参见注②,黄宗智书,第4章,第79-111页。

较公道和厚道，但毋庸说，大部分都不可避免地优先考虑其本单位的利益而不是下岗人员的处境和权益，因而遗留下了众多的不满，甚至愤慨。这也是半正式调解的一个负面例子。^⑦

再则是人力资源和社会保障部门的仲裁委员会处理劳动纠纷的机制，被设定为法院受理劳动纠纷案件的前置条件。这等于是在劳动人员维权行动之前多设了一道障碍。鉴于如今中国劳资双方地位严重不对等，工人几乎不可能通过工会“调解”来维护其权益。至于人力资源和社会保障部门的仲裁，在地方政府普遍以“招商引资”为第一任务的大环境下，也只能起到很有限的维护劳动者权益的作用。何况，大多数农民工都缺乏正式合同，被划归临时性的“劳务派遣”范畴，法律上多被认作不属于“劳动关系”范畴，因而被排除于国家劳动法的保护范围之外。2005年以来，“劳务派遣公司”大规模兴起，主要为国企、事业单位等组织临时性的“劳务派遣”工作人员，由它们来和被雇人员签订合同/协议。但它们只是一种中介组织，并不是真正的雇用单位本身，资本又十分有限，劳动者根本就没有可能从它们那里获得工资和福利等方面的实质性处理。2015年，劳务派遣总人数已经达到6000万人。如今，关乎劳动者权利的整个“正义”体系，与其说是保护了劳动者的权利，不如说是更多维护了企事业单位的权益和国家优先发展经济的政策。^⑧

其实，即便是在民国时期，如果纠纷当事人双方之间的地位和权力较悬殊的话，非正式的调解机制便很容易被腐化、滥用。20世纪30年代华北（顺义县）沙井村附近便有一个这样的例子：一户权贵人家的17岁儿子奸杀了一名7岁幼女，却被其父通过关系包装为经过村庄调解而解决销案。^⑨在如今有政府权力介入的半正式行政调解中，固然有可能可以克服劳资之间权利不对等的问题，但是，在国家全力推动经济发展的大政策下，由于地方政府往往偏向于（大力招商引资所引进的）企业，容易无视劳动者的权益。这是当前处理劳动纠纷中的恶劣现象，亟需纠正。

当然，调解还有过度“和稀泥”的弱点。调解人一般都比较偏向互让和妥协，而不是明辨是非。有的当事人确实受到不合理的侵犯，但只能接受某种妥协乃至“私了”。一直以来都存在着对如此调解的强烈批评，要求更明确地参照国家法律和政策来断定是非，但那样做又不可避免地带有较高度的强制性。简言之，半正式调解容易引发权力的滥用，关键在于适当掌握引导和强制之间的平衡。

即便如此，我们在前文中可以看到，国家为了回应改革后期的社会变迁和需要，设置了由基层政府下属的调解机构来处理日益频繁的民间纠纷，并由公安部门来调解处理伴随社会高度流动性而数量日益上升的轻罪案件和纠纷。这些无疑能起到较大减轻法院体系的负担的作用，是应对社会剧烈变迁时期所引起的大量矛盾的实用性措施。而且，用调解而不是诉讼来处理，一定程度上能够缓冲当事人长期相互敌视的后果。同时，通过（政府或司法）威权的介入，大规模地扩大了非正式正义体系的适用范围、规模和成效。这些可以说是半正式正义体系的优点。此外，回应新社会环境的需要，由工商部门组织消费者协会来处理消费纠纷，并逐步建立新型的、房管部门下属的物业纠纷和卫生部门下属的医患纠纷调解机制，这些无疑也是具有生命力的半正式正义机制。

^⑦ 参见注④，第21页。

^⑧ 详细论证，参见注②，黄宗智书，第301-328页，附录三。

^⑨ 参见注⑤，第57-59页。

检视非正式调解和半正式调解，我们可以没有保留地说，近乎纯粹自愿性的民间非正式人民调解体系的正面作用无疑远大于其负面作用。它主要源自中国的传统正义体系的社会关系和道德观，大规模地减轻了正式正义体系的负担，并赋予官方“和谐社会”口号以一定的实质性内容。至于半正式的行政调解和司法调解，它主要是中国正义体系在承继古代非正式民间调解传统之基础上，又一定程度地添加了共产党革命全能治理传统的影响，而后，为了回应改革时期剧烈的社会变迁和纠纷的需要，从而形成远比之前规模要大得多的新型半正式正义体系。对如此的半正式正义体系的估量，需要考虑到其所处的改革中的剧烈社会变迁环境——一个纠纷特别频繁和对司法制度压力特大的环境。只有同时考虑两者，才有可能对其进行真正有意义的估量。

（三）与西方的非诉讼纠纷解决机制相比

西方的非诉讼纠纷解决机制（ADR）和中国的调解十分不同。首先，我们需要把西方的ADR中的诉讼简易化和廉价化程序，如仲裁（arbitration）和“庭外协定”（out of court settlement），与在法庭之外运作的调解（mediation）区别开来。同时，也要把西方的调解（mediation）和中国的法院调解加以清楚区分。譬如，欧盟的部长委员会达成协议，规定调解必须是完全自愿的、调解和法庭判决程序必须完全分开、调解人绝对不可以在调解不成后担当该案的审判法官。^⑩在美国基本同样如此，并且早就把提出法律诉讼设定为宪法规定的权利，不可被阻塞。^⑪如此的原则，基本排除了中国式的法院调解，也排除了中国式的凭借政府政策而规定提出某种法律诉讼之前必须先经过调解，或把诉讼的选择排除于某些领域之外。

有的西方ADR论者混淆了西方的上述两种不同性质的体系：一种是从对抗性法庭体系演化而来的，并且基本是在其框架中运作；另一种是来自拒绝对抗性审判体系而来的，是与其截然分开的体系。把两者混合，统称为ADR，再把ADR与十分不同的中国非正式调解和半正式调解相提并论，只可能导致严重的误解。我们需要先分别检视西方ADR的两种不同的内容，而后才能将其和中国的调解作出比较。

下面先检视西方与正式法庭完全分开的调解。以美国为例，由于其联邦主义体制下各州法律和制度的不同，^⑫也由于调解的非正式性，我们很难找到精确可靠的统计数据，更不可能获得类似于上述中国统计资料中那样比较系统的全国性数据。笔者在现阶段的研究中，只能以弗吉尼亚州为例，因为该州具有比较高度制度化的、由法院建议当事人进入（与其完全分开）的调解程序，所以具有比较系统的数据。在弗吉尼亚州2002年的128万起民事案件中，进入调解程序而解决的案件总共才9457起，主要是关乎儿童的“监护、探视权和抚养义务”（Custody, Visitation, and Support cases）的案件（占后者总数的73%），这是因为，家庭纠纷是比较最明显的不能简单凭借对抗性的对错框架来理解和处理的争执。亦即调解案件相对诉讼案件总数才占0.7%的比例，和中国十分不同。^⑬

^⑩ See Committee of Ministers of the Council of Europe, 1998, <http://www.mediate.com/articles/EuroFam.cfm>, accessed July 2005.

^⑪ See Rainer Kulms, “Mediation the USA: Alternative Dispute Resolution between Legalism and Self Determination”, in Klaus J. Hopt and Felix Steffek, eds., *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 1257, 1283.

^⑫ 参见注⑩，第1245-1328页，见其对几个州的分别叙述。

^⑬ 参见 Virginia Judicial System, 2003, A-50, pp. 64, 112, 116, 131, <http://www.courts.state.va.us/reports/2003/SECTIONa.pdf>, 2009年9月访问；更详细的讨论，参见注⑩，黄宗智书，第198-201、222-223页。

加利福尼亚州是被视作在推行 ADR 方面处于前沿的一个州，其情况也基本同样。监护、探视权和抚养义务同样是适用 ADR 的主要领域，还有一些关于小额纠纷、破产纠纷、房地产按揭（因滞付而被银行）取消（mortgage foreclosure）纠纷等案例。^④ 此外，社区调解机制微不足道，主要的机制是通过法院推荐（但是完全分开）的调解。^⑤ 总体来说，调解使用的范围，明显受到其必须是完全自愿的规定的限制，而这和中国的实际相去很远。

英格兰（和威尔士）的情况也基本相似。在那里，调解同样也必须是完全自愿的，其相关记录被规定为属于私人和被保密的领域，不可被用于（公开的）法庭诉讼（也因此极少有系统数据）。和美国一样，调解主要被用于离婚纠纷中关乎孩子监护、探视和抚养的争执。^⑥ 1996 年的家庭法曾经设置了当事人必须聆听一场关于调解原则和方法的介绍的规定，期望借此促使更多的当事人选择调解，但是结果由于效果并不理想而被放弃——主要是因为很少有当事人因此而选择了调解。^⑦ 其后在另一项（全国审计办公厅，National Audit Office）的研究中，根据 2004 年 10 月至 2006 年 3 月的数据，同样发现当事人中只有少数人（20%）对调解感兴趣。^⑧ 此外，一个“自动推荐调解”（Automatic Referral to Mediation）的测验同样发现，在大多数的案例（81%）中，起码有一方拒绝调解。^⑨ 再则是 1999 年至 2004 年在伦敦实施的一项“自愿调解计划”（Voluntary Mediation Scheme），也同样以失败告终。^⑩ 事实是，英格兰的诉讼费用，虽然已经和美国一样达到高昂得普通人无法承担的地步，并且因此促使人们相当普遍地认为必须找出另一种制度，但是在实际的探索中却是困难重重。其对抗性的诉讼习惯根深蒂固，影响巨大。譬如，即便是在 ADR 的运作中，仍然强烈倾向采用败诉方应该负担胜诉方的诉讼费用（法庭和律师费用）的基本原则。^⑪

在其他的西方国家中，荷兰是具有比较完整的调解数据的一个例子，并且在世界正义工程关于“公正和有效的 ADR”指标的估量（这是第七个“一级要素”“民事正义”之下的第七个“次级要素”）中排名世界第一。^⑫ 它的数据显示，在 1996 年至 2001 年的五年之中，荷兰全国虽然有两千多位在册调解人士，但他们总共才处理了 1222 起纠纷案件，主要也是涉及离婚和家庭纠纷的案件，和前述弗吉尼亚州调解处理的案件性质相同。^⑬ 固然，此后调解在荷兰有一定的扩增，但即便如此，在 2004 年至 2008 年间，在“所有的法律纠纷案件（all legal disputes）”之中，仍然只有 3% 是通过调解解决的。^⑭ 根据以上的数据来看，即便是 ADR 排名第一的荷兰，其调解使用率也比较低，和中

^④ *Supra* note ①, pp. 1258, 1299–1305.

^⑤ *Supra* note ①, p. 1258.

^⑥ See Jens Sherpe and Bevan Marten, “Mediation in England and Wales: Regulation and Practice”, *Supra* note ①, Klaus J. Hopt and Felix Steffek, eds., pp. 365–454.

^⑦ *Supra* note ⑥, pp. 411–414.

^⑧ *Supra* note ⑥, pp. 414–415.

^⑨ *Supra* note ⑥, p. 433.

^⑩ *Supra* note ⑥, p. 437.

^⑪ *Supra* note ⑥, p. 387.

^⑫ *Supra* note ⑥, *Rule of Law Index* 2015, p. 121.

^⑬ 参见 Annie De Roo and Rob Jagtenberg, “Mediation in the Netherlands, Past-Present-Future”, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 6, No. 4 (Dec. 2002), <http://www.ejcl.org/64/art64-8.html>, accessed July 2005. 亦见注②，黄宗智书，第 201 页。

^⑭ See Liane Schmeidel, “Mediation in the Netherlands: Between State Promotion and Private Regulation”, *Supra* note ①, Klaus J. Hopt and Felix Steffek, eds., p. 755.

国相去较远。^⑤

在调解之外,不少论者常把美国的庭外协定也纳入ADR范畴,并将其与中国的调解相提并论。^⑥其实,美国的“庭外协定”(out of court settlement)主要是一种进入法庭诉讼程序之后,当事人双方及其律师由于对诉讼成本和审判可能结果的概率(“风险”)的考虑,在庭外达成协议,和上述的调解十分不同。固然,根据格兰特(Marc Galanter)的研究,许多法官也会在(庭外的)“法律的阴影下”(in the shadow of the law)介入,对协定起到引导作用。^⑦但这种“庭外协定”的性质——原则和机制——与中国的非正式正义体系以及半正式正义体系都十分不同:它不带有“和谐”、息事宁人的道德理念和动机,绝对不是中国式的调解,也不像中国式的法院调解那样被纳入正式的法庭程序(主要由法官来发起和推动)。美国的庭外协定,其实主要是当事人双方(及其律师)在法庭程序中所主宰的一种博弈行为,与“和解”实在没有太大关系。

固然,格兰特在其后来的一篇题为“消失中的审判”的文章中证实,如今美国只有极少数的民事案件进入最终审判:2002年,联邦法庭(federal courts,区别于各州州立法院庭state courts)所处理的民事案件中,只有1.8%进入最终审判。^⑧有的论者据此认为ADR在美国起到巨大的作用。^⑨但格兰特本人在其文章中便说明,审判式微的现象不能凭ADR来解释,因为审判式微是所有民事领域普遍的趋势,而ADR则只在“某些部门或地方(some sectors and places)”中起到作用。^⑩他更进一步解释,其实法庭审判式微的最主要原因是法庭费用日益高昂,审判程序日益复杂、繁琐和专业化,使其越来越成为惟有大企业、公司才可能负担得起的选择。^⑪我们需要看到,如今美国的整个正式民事体系其实早已成为一个(收费高得可怕的)专业律师的博弈平台,越来越与正义无关。如此的诉讼费用高昂的问题,是马克斯·韦伯早在20世纪初期就已经指出的问题。^⑫如今美国的民事案件之所以绝少进入审判,主要是因为其(律师和法庭)费用远远超出一般人所能负担的额度。昂贵费用的压力才是推动“消失中的审判”的主要因素,故而实在不该和西方自身的调解或中国的调解制度相提并论。^⑬

有的论者还把仲裁制度也纳入ADR,并据此也将其与调解并论。^⑭但仲裁在美国实际上多是一种廉价化、简易化的审判程序(如由退休法官来主持,不用正式法庭而使用会议室或教室,借此来节省费用),大多仍然必分胜负,仍然会判出“胜诉方”(prevailing party)和败诉方,并规定由败

^⑤ 这方面,挪威也许是西方国家中的一个例外。有研究认为,在挪威,调解率达到其民事案件总数的20%—25%,其成功率达到70%—80%。参见Anneken Kari Speer, “Mediation in Norway: ‘Faster, Cheaper, and More Friendly’”, *Supra* note ⑥, Klaus J. Hopt and Felix Steffek, eds., p. 1159.

^⑥ See “Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues”, *Supra* note ⑥, Hopt and Steffek, eds., p. 95; Stephen N. Subrin and Margaret Y. K. Woo, *Litigating in America: Civil Procedure in Context*, New York: Aspen Publishers, 2006, pp. 213–238.

^⑦ See Marc Galanter, “‘A Settlement Judge, Not a Trial Judge’: Judicial Mediation in the United States”, *Journal of Law and Society*, Vol. 12, No. 1 (Spring, 1985), pp. 1–18.

^⑧ See Marc Galanter, “The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts”, *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 1, No. 3 (November, 2004), p. 459.

^⑨ *Supra* note ⑥, Hopt and Steffek, eds., pp. 94–95.

^⑩ *Supra* note ⑧, p. 517.

^⑪ *Supra* note ⑧, p. 517.

^⑫ 参见[德]马克斯·韦伯:《法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2005年版,第225页。

^⑬ 至于刑事案件中的“辩诉交易”(plea bargaining),它是由于被告人通过与检察官的交易,答应承认较轻的罪行而获得较轻的定罪,性质更与调解不同。

^⑭ *Supra* note ⑥, Stephen N. Subrin and Margaret Y. K. Woo, pp. 213–238.

诉方负担（常常是超越争执金额的）仲裁费用和胜诉方的律师费用。譬如，在加利福尼亚州相当频繁的建筑纠纷仲裁中，所谓的“胜诉方”是在仲裁法庭审定双方所提出的所有“主张”的每一项之后，最终获得法庭认可比对方要高的总金额，哪怕只是高出一元。如此的制度，导致双方律师鼓励其当事人尽可能提出、杜撰许许多多的主张，为的就是要成为“胜诉方”，避免负担高额的仲裁费用。^⑤ 这样的仲裁，显然带有美国的对抗性正式正义制度的深深烙印，也不该和调解相提并论。

把美国的 ADR 和中国的调解体系相比，首先我们需要认识到中国的“民间调解/人民调解”的历史起源——它是中国长期在儒家思想主宰的历史下形成的社会价值观和习惯，是把调解当作法典的前置条件的中华法系的一大特点。美国的 ADR 则不是由和谐理念或社会惯习而来的制度，而主要是由于正式诉讼制度的成本越来越高，由此产生了两种不同的反应，一种是在其对抗性正式制度框架之内建立减低成本的仲裁和庭外协定制度，另一种是拒绝整个过分对抗性和昂贵的正式正义体系的“另类”制度。前者与中国的调解制度的性质很不一样，后者则只是一个作用较小的另类的边缘制度，和中国的调解相去较远。

近年来，在西方的 ADR 运动中，固然有不少关于社区调解的论说，但因其社会向来大多缺乏如此的调解机制，社区调解其实一直都只起到非常有限的作用。最近比较详细的关于美国调解的研究，在其论述中只简单地用一句话打发了这个课题。^⑥ 关乎英格兰的调解的论述，则连提都没有提。^⑦ 这里，有的读者可能会联想到牧师/神父对其教堂会众间的纠纷所偶尔可能起的调解/教谕作用，但这只是现今大量纠纷中作用微乎其微的一种机制，完全没有被纳入上述研究的论述当中。

但如今西方学界已经习惯把调解和庭外协定与仲裁统称为 ADR，并把 ADR 与中国的调解制度相提并论，甚至简单等同起来，由此混淆了性质截然不同的现象。首先是混淆了西方自身的、作为对其对抗性制度的简易化和廉价化的庭外协定和仲裁制度，和作为对其对抗性制度的反动的另类的调解，并因此严重夸大了真正意义的调解在西方社会所起的作用。其所说明的其实不是调解的实际，而只是论者对现有西方正式体系的深层不满，所反映的是试图把 ADR 认作另一种制度选择的主观愿望，而后，再进一步把美国的 ADR 和中国的调解等同起来，引起了更严重的误解。结果是，既看不到美国的调解的实际，也看不到中国的调解的特点。

调解之所以能够在当代中国起到远远比西方要大得多的作用，主要是因为其长期以来在中国社会中所积累的厚重传统。在中国，人们早已比较普遍地习惯于调解的理念、价值观和运作机制，因此也在如今的社会中比较容易接纳各种各样的调解，以及由其延伸而来的一系列不同的半正式调解（行政调解和法院调解）。西方在近半个多世纪以来兴起的 ADR 的历史，则正好相反。它成长在习惯于对抗性、高度正式化的正义体系的社会之中。美国的 ADR 庭外协定和仲裁制度，主要源自其正式制度的（相对）简易化和廉价化；其“另类”的、真正的调解制度则只是一个作用较小的边缘制度。我们不能在西方的 ADR 和中国的调解之间简单划上等号，更不该以为西方的 ADR 是更“先进”和“现代化”的制度，甚至认为它是中国所必须模仿的制度。

^⑤ 笔者于 2004 年 6 月 28 日对洛杉矶 Moss, Levitt and Mandell 律师公司的资深建筑纠纷专家 Rodney Moss 的访谈。亦参见注②，黄宗智书，第 204-205 页。

^⑥ *Supra* note ①, p. 1258.

^⑦ *Supra* note ⑥, pp. 365-454.

这里,我们需要进一步追问:其他具有长期采用“中华法系”历史传统的“东亚文明”国家,尤其是日本和韩国,是不是也展示了中国的非正式正义的上述特点?回顾历史,日本早在其“奈良”(公元702年-810年)和“平安”(公元810年-1185年)时代便已“引进”了中国的唐律作为其政法典范,采用了中国的行政制度和法律制度。在后来的德川时代(公元1603年-1868年),更把儒家理学(日语称“朱子学”)设定为国家的统治意识形态以及其正义体系的主导思想。长期以来,日本和中国一样,在民事方面,主要依赖宗族和社区的调解来优先处理民间纠纷,只有宗族和社区的调解不能解决时,才会进入国家的正式正义体系;而且,国家成文法同样以刑为主,虽然也同样介入民事领域。^⑧

与中国既相似而又有一定不同的是,日本在德川时代便已建立相当高度形式化(制度化、程序化)的法庭“调停”(日语中如此称呼)程序,其中包括:原告的诉状必需具备村长的印章以及当地领主“大名”的认可、审判之前必定要先经过调停、调停最多共六次、调停不成才会进入判决等。^⑨这些是清代县官处理“细事”案件中所没有的形式化程序,带有一定的日本特色。但总体来说,它大致相当于一种(如今中国称作)“法院调解”,与西方把“调解”和“审判”截然分开的制度很不一样。

之后,进入近现代,日本的民事正义体系,除了仍然以原来的民间非正式调解为前置条件之外,在“法院调解”之中,更区别了“和解”与“调停”两大程序:前者以妥协为主,后者则带有更多的审判性。两种程序都允许当事人选择脱离法庭程序,由和解或调停“委员会”来主持调解,但也可以由法官来主持;而且,即便是进入了这两种程序之中的任何一种程序,当事人仍然可以随时放弃,要求进入审判程序。^⑩显然,日本的近现代制度,与其之前德川时代的制度既有一定的延续性,也有一定的不同。

如今,日本的诉讼频率要远低于美国,^⑪明显是因为其广泛采用的社区和各种社会经济组织中的民间调解所起的作用,^⑫同时也是由于其法院的和解和调停体系所起的作用。^⑬如今,当遇到纠纷,民间调解仍然是大多数日本人的第一选择。即便进入法庭程序之后,采用“调停/和解”程序的案件,也达到进入审判程序的案件总数的足足两倍,其中有55%成功结案。^⑭亦即在每两起民事

^⑧ See Dan Fenno Henderson, *Conciliation and Japanese Law: Tokugawa and Modern*, Seattle: University of Washington Press, 1965, pp. 48-49, pp. 55, 61.

^⑨ 详细论证和案例,参见注^⑧,第131-166页。

^⑩ 参见注^⑧,第183-187页。日语所用的“调停”一词,源自中国古代(战国时期)的儒家经典《周礼》,其含义和现代汉语中基本一致。自德川时代以来,日语“调停”的含义则大致相当于如今汉语中的“法院调解”。关于日语“调停”含义的详细讨论,参见注^⑧,第6-12页。至于日语中的“和解”一词,也源自《周礼》,如今主要用于法庭“和解”程序。“调解”则是现代汉语用词,不见于日语,参见《大汉和词典》第10卷,东京大修馆书店1955-1960年版,第10944、10947页。

^⑪ 别的不用说,美国每10万人中就有365名律师,而日本只有16名,美国几乎是日本的足足23倍。参见Stephen P. Magee, “The Optimum Number of Lawyers and a Radical Proposal for Legal Change”, paper for the Conference on *An American Illness: Essays on the Rule of Law*, School of Law, George Mason University, December 3-4, 2010, Table 1, <http://buckleymix.com/wp-content/uploads/2010/10/Magee.pdf>, accessed July 2015.

^⑫ See Ronda Roberts Callister and James A. Wall, “Japanese Community and Organizational Mediation”, *Journal of Conflict Resolution*, Vol. 41, No. 2 (April, 1997), pp. 311-328; James A. Wall Jr., Michael Blum, Ronda R. Callister, Deng Jian Jin, Nam-hyeong Kim and Dong-won Sohn, “Mediation in the US, China, Japan, and Korea”, *Security Dialogue*, Vol. 29, No. 2 (1998), pp. 235-248.

^⑬ *Supra* note ^⑩, pp. 6-12, 37-43, 48-49; Erik Ficks, “Models of General Court-Connected Conciliation and Mediation for Commercial Dispute in Sweden, Australia, and Japan”, http://sydney.edu.au/law/anjel/documents/ZJapanR/ZJapanR25/ZJapanR25_09_Ficks.pdf, accessed July 2015.

^⑭ See Harald Baum, “Mediation in Japan: Development, Forms, Regulation and Practice of Out-of-Court Dispute Resolution”, *Supra* note ^⑩, Klaus J. Hopt and Felix Steffek, eds., pp. 1079-1080; *Supra* note ^⑩, pp. 191-201.

诉讼案件之中，就有一起是通过“调停”/“和解”成功解决的。这是一个比如今中国的法院调解成效（三起中有一起）还要高的比例，显然同样远远超出调解在一般西方国家所起的作用。

至于韩国，本文不拟详细讨论，这里只指出，和日本同样，其正义体系早就以中华法系为典范，而且，民间调解如今在其城乡社区和社会经济组织中仍然同样起到很大的作用。^⑤同时，部分由于儒家思想的影响，部分由于日本统治时期的影响，韩国早在20世纪初期便已广泛采用法庭调解的制度。^⑥

世界正义工程的“法治指数”，目前完全没有从调解的成效率的角度来考虑日本、韩国、中国与西方国家的不同。虽然如此，它在民事正义（第七个“一级要素，Factor”）的“公正和有效的ADR”（次级要素，subfactor）下，比较正确地对日本和韩国作出较高的估量：日本的分数是较高的0.87分，韩国的是更高的0.90分。而在“民事正义”一级要素的排名下，日本在102个国家和地区中位于排名较高的第14位，韩国则是更高的第7位。^⑦虽然如此，这里要指出，世界正义工程如果把日本、韩国、中国（远远超过西方）的民间调解成效以及减轻正式法庭负担的功能纳入其对ADR的估量，所得出的指数会更高。

也就是说，我们需要认识到，源自儒家思想的“中华法系”的非正式正义传统，如今不仅在中国，也依然在其他“东亚文明”国家起到较大的作用，远远超过一般西方国家。据此，才可能符合实际和有效地把其与西方国家相比。

（四）当代中国正义体系中的民事、刑事交搭

上面我们已经看到，中国的调解机制如今相当规模地被用于公安部门来处理治安案件。如此的“行政调解”，显然已经从民事领域延伸到了刑事领域。更有进者，2002年以来，中国司法界兴起了一股在法院（以及检察院）制度内也推行“刑事调解”（或“刑事和解”）的潮流，宣称这既是基于中国优良的调解传统的“发展”，也是源自西方“修复性正义”（restorative justice）运动和理论的做法，试图（在“与国际接轨”的大潮流上）把“刑事和解”说成是世界/西方最先进的一种法学理论。^⑧

其实，西方“修复性正义”的核心在于让加害人和被害人面对面交谈，由社区、家庭或教会成员参与，促成被害人与加害人的相互了解，重点在于加害人的悔过和受害人的宽恕。其中，基督教关于忏悔和宽恕思想的影响比较显著。它的实用性其实非常有限，主要限于未成年人（以及印第安人部落）和轻罪中较小比例的案件。但在中国刑法的实际运作中，被羁押的加害人几乎没有可能与受害者面对面交谈，根本就谈不上什么忏悔和互谅。实际上，刑事和解导致了滥用的实例，尤其是造成某些有权有势者凭借权/钱而（等于是）收赎罪行，也造成有的受害人“漫天开价”的现

^⑤ See Dong-Won Sohn and James A. Wall Jr., “Community Mediation in South Korea: A City-Village Comparison”, *The Journal of Conflict Resolution*, Vol. 37, No. 3 (September 1993), pp. 536-543; *Supra* note ②, Wall James A. Jr., et al, pp. 235-248.

^⑥ See Linda Sue Lewis, *Mediation and Judicial Process in a Korean District Court*, Ph.D. dissertation, Columbia University, pp. 1-38, pp. 185-226.

^⑦ *Supra* note ⑥, *Rule of Law Index* 2015, pp. 104, 132.

^⑧ 参见黄京平、甄贞、刘凤林：《和谐社会构建中的刑事和解——“和谐社会语境下的刑事和解”研讨会学术观点综述》，《中国刑事法杂志》2006年第5期，第109、111页，所转述、总结的各方意见。

象，完全脱离了调解的理念，当然也与“修复性正义”拉不上关系。^⑨ 虽然如此，经过十多年的试用，这股“刑事和解”潮流看来已经稳定于以下的范围之内：主要限于轻伤害罪和交通肇事等案件。和解较多用于未成年人，以及邻里、亲属、同学、同事等之间。其适用度则大多仅在所有刑事案件中的几个百分点的幅度之内，和一开始时的一些主观奢望和浮夸相去较远。^⑩

混淆民事、刑事固然也容易导致一系列的问题，包括上述的靠权/钱来收赎刑罚，乃至权力的滥用，但这里要强调的是，和公安部门调解部分轻罪相似，如今的刑事调解潮流也展示了中国历来的民事和刑事不截然分开、非正式体系和正式体系相互交搭的传统倾向。如此的实例再次提醒我们，不要过分简单援用西方的民事和刑事、私法和公法截然分开的思维来审视中国的正义体系。那样的话，容易无视中国古今的非正式正义体系，也容易忽视中国正义思想拒绝把两者设定为绝对分开的、对立的二元的倾向。过去如此，今天（在全盘引进西方法律理论和条文之后）仍然相当程度如此。

固然，如今中国的正义体系已经模仿西方建立了制度上截然分开的民事、刑事法律和法院制度，而且不再像古代那样把民事法律加以刑罚包装而辅加入“以刑为主”的成文法。但是，即便如此，中国当代的正义体系显然仍援用古代正义体系的核心原则，即不涉及罪行的民间纠纷应该优先由社会本身的道德价值观和调解机制来处理，以及凭借非正式正义来减轻正式正义体系的负担。此外，更把非正式正义的调解通过半正式化而大规模延伸入行政体系和法院体系。同时，从上面论述已经看到，如今的正义体系，在正式化的民事、刑事体系之间，仍然采纳了相当程度的交搭和互动，特别是在公安部门下设置调解体系，也在法院体系下设置调解体系，相当系统地尽可能把轻微刑事案件的处理调解化、去形式化——也就是说，把刑事案件民事化。在这些方面，无疑是继承了中华法系原有的一些基本特色。

三、世界正义工程与“非正式正义”

世界正义工程（WJP）是2006年由美国律师协会（American Bar Association）该年的会长 William H. Neukorn 作为该协会的一项主要工程而发起的，主要由一些美国基金会和律师公司所资助，其总部设在美国首都华盛顿。即便如此，它仍具有一定的全球性：试图尽可能客观地来估量各国与地区（2015年已经纳入102个国家与地区）的“法治”，并且相当程度上关注实施，而不仅仅是由某种相对比较高度意识形态化的价值观所主宰。譬如，在衡量民事正义和刑事正义的一级“要素”（factor,共八个）中，它纳入了“没有腐败”（absence of corruption）、“秩序与安全”（order and security）、“管制执行”（regulatory enforcement）等几个实用性要素，在44个次级要素中纳入了一

^⑨ 参见 Paul McCold, “The Recent History of Restorative Justice”, in Dennis Sullivan and Larry Tift, eds., *Handbook of Restorative Justice*, London and New York: Routledge, 2006, pp. 23-41; Tony F. Marshall, “Restorative Justice: An Overview”, Home Office, Research Development and Statistics Directorate, 1999; [美]黄宗智：《中西法律如何融合？道德、权利与实用》，《中外法学》2010年第5期，第730-735页。

^⑩ 参见注^⑨，黄宗智文，第730-735页；注^④，朱景文书，第364-366页。

般公民的视角，如“可使用性和可负担性”（accessibility and affordability）、“没有不合理的耽搁”（no unreasonable delay）、“有效执行”（effective enforcement）等。如此实用的观点，既贴近美国法学在“形式主义正统”（classical orthodoxy）理论之外的近乎主流的“法律实用主义”（legal pragmatism）传统，也与该组织是由在职律师们而不是“象牙塔”里的教授和理论家们所发起和组织的有关。即便是在关乎政治体制方面，它的衡量标准也没有简单拘泥于诸如选举制度和多党制度的形式，而是更聚焦于立法机构和司法机构能否在实际运作中有效限制政府权力的问题。正因为如此，在其2015年发布的“法治指数”排行之中，新加坡被排在第10名，位居美国的第21名之上；中国的香港特别行政区被排在第19名，也在美国之上。^⑩

同时，以上已经指出，它采用了较为宽阔的“正义”概念来替代比较狭窄、倾向单一突出成文的“法律”的概念，同时已经正式采纳了“非正式正义”（informal justice）作为其所计量的第九要素，虽然目前尚未把其数据纳入“法治指数”的计算之中。^⑪

我们可以从世界正义工程对中国的“民事正义”和“非正式正义”的估量，窥见其走向和所面对的困难与矛盾。2015年6月，笔者进入世界正义工程的网站搜索，在其正式出版的《2015年法治指数》中，在中国的“民事正义”要素下看到，中国在“没有不合理的耽搁”下（次级要素7.5）获得0.73分的较高指数，但在“有效执行”（次级要素7.6）下则只获得中等的0.48分，在“公正和有效的非正式纠纷解决机制”（impartial and effective ADRs）（次级要素7.7）下，也只获得中等的0.52分。^⑫但同时，也许是因为世界正义工程已经认识到如此的评估并不能准确反映中国的民事调解体系，在同年同月中，笔者通过其网站的“互动数据”（interactive data）按钮，再通过“国家雷达”（country radars）按钮进入中国数据，看到的则是次级要素7.6的中国指数是0.73分，次级要素7.7也是0.73分的较高指数。^⑬两组数据差别颇为悬殊，我们因此要问：如此的矛盾数据，是否正反映了世界正义工程所面临的如何处理非正式正义的含义和数据的疑难？较高的估量，是否来自对“非正式正义”的估量被纳入了对“民事正义”的估量？我们还要问的是，如果将对“非正式正义”的估量纳入对“民事正义”的估量，又怎样能使其与不太重视非正式正义体系的现代西方法律体系相对比？

目前，在世界正义工程发布的全球102个国家和地区的“法治指数”中，中国的总排行较低，位列第71名。其中的原委是三个关键的一级要素。其一是第一要素“政府权力[是否被有效]制约”（constraints on governmental powers），中国得到是较低的0.41分，在全球102个国家和地区中排名第87位。其次是第三要素“开放政府”（open government），这指的是透明度和公众参与度，中国的分数是0.43分，排名也是第87位。再次是第四要素“基本权利”（fundamental rights），这估量的主要是人权以及言论、信仰、集会等个人自由，中国的指数才0.32分，排在第99名。^⑭但本文不打算进入政治体制和人权方面的讨论，而是将前后一贯地聚焦于非正式正义体系及其与正式

^⑩ *Supra* note ⑥, *Rule of Law Index* 2015.

^⑪ *Supra* note ⑥, *Rule of Law Index* 2015, pp. 13, 160.

^⑫ *Supra* note ⑥, *Rule of Law Index* 2015, p. 76.

^⑬ See <http://data.worldjusticeproject.org/#groups/CHN>, accessed July 2015.

^⑭ *Supra* note ⑥, *Rule of Law Index* 2015, p. 76.

正义体系之间关联的讨论。

目前,世界正义工程所使用的估量方法,是凭借对每个国家和地区从其三个最大城市“抽样”得出的1000人的面对面(或通过电话或网上联系)所做的访谈/问卷调查。另外,从每个国家和地区平均选出25位“专家”进行访谈。据世界正义工程的自我表述,这两组人,一组是“代表性人口调查”(Representative Population Polls,简称RPP),另一组是所谓的“合格人士问卷调查”(Qualified Respondents' Questionnaires,简称QRQ)。在法治指数的计算中,上述两组数据被赋予同等的数值。而这意味着,几位专家们的意见无疑是最关键的,因为他们的意见被赋予相当于1000名普通人的等值。但目前,相较于其他国家的平均25名,世界正义工程在中国的专家组显然还比较薄弱,只有八位人士列名(该报告声称有的没有列名)。而且,这八位人士之中,包括两位外企(惠普公司, Hewlett Packard)专业人士、两位外国法律公司(MMLP Group)的律师、两位非政府组织(NGO)人士,只有两位中国(中国政法大学)的法学教授,没有在职的中国律师、法官或法律机构人员参与。^⑩这显然不是一种理想状态。

此外则是世界正义工程对发达国家的明显偏向。最关键的一点是把访谈对象局限于(各国三大)城市的居民。对美国那样非常高度城市化的国家来说,这也许并不那么关键(因为其务农人口如今才占美国全国人口的不到1%),但对发展中国家来说,譬如中国和印度,则严重脱离其实际。当今世界的农村“小农”仍然占到全球总人口的约一半。像世界正义工程那样完全忽视农村和农民,无疑是一个比较严重的偏向,足使我们质疑其整项工程的客观性。虽然世界正义工程自身也已经表明了今后要纳入农村方面调查的意图,^⑪但到底是否会做和怎样去做,仍然尚待观察。

应当说明的是,世界正义工程的研究方法是由其两位关键人员——执行主任(Executive Director) Juan Carlos Botero 和首席研究员(Principal Research Officer) Alejandro Ponce 设计的,前者是曾经在世界银行工作过的经济学家,后者的工作背景也 and 世界银行有一定的关联。整套方法源自世界银行的诸多发展指数,包括其估量世界各国社会平等的基尼系数(Gini index)以及其全球治理指数(Worldwide Governance Indicators)。问题是,世界银行估量各国社会平等的基尼系数,所依赖的基础是世界各国的收入统计数据,而后加以整理和排名,而世界正义工程用的则主要是质性判断的问卷调查。具体地说,其“代表性人口”问卷多以假设的“具体”情况来要求填表者提出意见、猜测或判断。以其第一个问题为例:“假定政府将在邻近你住处的地方建造一项工程(如火车站或公路),你和你的邻居有多大可能会有机会向其表达你们的意见?选项:很可能;可能;不大可能;很不可能”。在“合格人士问卷”中,对“民商事法律”专家使用的问卷的第一个问题是:“假如你的国家的环境保护机构通知一个工业工厂,它违法污染了一条河流,最可能的后果是如下哪个选项:公司将遵守法律;公司将贿赂威权人士使其无视该违法行为;没有效果;不知道”。^⑫世界正义工程最终的“法治指数”是根据这样的问卷来给予量化的分数和排名的,其问卷的主观性明显较高,量化过程也显然不可避免地带有主观性。以0.00到1.00的数字来表达这样的估量,再对102个不同国家和地区精确排名,未免有点夸大了其原始资料的精确度。

^⑩ *Supra* note ⑥, *Rule of Law Index* 2015, p. 173.

^⑪ *Supra* note ⑥, *Rule of Law Index* 2015, p. 169; Juan C. Botero & Alejandro Ponce, pp. 26-27.

^⑫ “代表性人口”问卷,参见注⑥, Juan C. Botero & Alejandro Ponce 文,第55页。“合格人士问卷”在其后。

世界正义工程的“法治”理念和其尽可能宽阔（纳入全球的比较）、相对客观（采用比法律更宽阔的）的正义体系概念的意图是可嘉的，也是重要的。这里不是要完全否定、拒绝此项工程，而是要指出其存在的一些弱点：其对非正式正义的忽视和对农村的忽视是相互关联的，也是其不能理解像中国这样的国家的关键原因；同时，也鲜明地反映了西方现代正义体系对非正式正义的忽视。若要进一步迈向其理念的实施，世界正义工程就需要重新审视其在这些方面的基本概念和方法。

举例说，如果按照本文的思路来考虑，就民事正义的估量而言，可以从社会现实出发（譬如用每一千人中的民间纠纷数量来估量社会冲突度），而后分别检视其非正式正义体系（和半正式正义体系）和正式正义体系所起的作用，从而估量全世界各国的异同。之所以要从现实中的纠纷频率出发，是因为纠纷的频率可能主要源自多种和正义体系并无直接关系的社会—历史原因，譬如，资源相对于人口的缺乏、剧烈的改革和社会变迁、社会不平等、种族矛盾等，不一定主要来自正义体系的不足。同是具有厚重“中华法系”传统的中国和日本，如今显然处于很不一样的历史和社会变迁状态，更不用说两者和美国之间的不同了。我们要追问，在所有的民事纠纷之中，非正式正义（调解）成功解决了多大比例的纠纷？在所有的民事诉讼案件中，“半正式”的法院调解又起到何等程度的作用？怎样估量美国和日本在诉讼频率方面的悬殊差距？在刑事正义体系方面，则也许可以从刑事案件频率（如每十万人中的严重刑事暴力案件数）出发（适当纳入监犯数量和死刑所占比例的估量），分别检视非正式正义体系和正式正义体系所起的作用（当然也要考虑到欠缺有效枪械管制的因素）。我们可以估量非正式正义（可能）解决和避免了什么样的、多大比例的刑事案件。纳入诸如以上的考虑，也许会有助于我们理解和估量如今非正式（和半正式）正义所起的作用。

四、对于研究中国法史、法理和立法的意义

今天，我们首先需要的是国内外研究中国的学者们的自省。百余年来，中国的法史和法理的研究，一直困惑于中西和古今二元对立的思维框架。那是一个部分源自西方理论和演绎逻辑思维习惯的框架，其基本出发点是要求法律体系完全整合于演绎逻辑并由此普适于全世界。遇到不同的正义体系，如此的思路只可能陷入二元对立的观点。作为西方现代对法学界影响最大的社会理论家，马克斯·韦伯便是鲜明的例证。他认为，现代法律的形成过程是一个从非理性到理性、从实质主义的道德思想到形式主义的演绎逻辑、从具体和特殊到抽象和普适的演变过程。在他建构的理想类型中，两者是完全对立的。而马克斯·韦伯迄今仍然是这种西方现代主义法学影响最大的代言者和理论家。他说明的是现代西方法律思想的核心。我们还看到，美国的“古典正统”法学创始人兰德尔的思路是和马克斯·韦伯一致的。

在近现代中国，由于西方对中国的冲击（从侵略到半殖民化和支配），中国的领导者，原先是出于重建国家主权（废除“治外法权”）的考虑，后来是自身的思考也基本全盘接纳了西方的现代法律和法理，拒绝了中国传统的正义思想。直到新中国成立后到改革开放之前对此的极端反拨，走到了几乎完全拒绝西方法律的极端。而后改革开放，再次全盘引进西方法律和法学、拒绝传统法律

思想。在那样的激烈反复过程中，难怪中国法学界会一直困扰于要么是全盘西化、要么是本土主义的二元对立，一直未能在其间找到平衡、综合或超越。由此，也造成了法史和立法、过去和现在的完全隔绝，促使法史学界局限于脱离实践的研究，同时也促使如今的很多青年法学学生无视中国传统法律的历史。

如此的困境的一种表现是，法史学家们陷入一种“文物主义”的思想困境：中华民族的历史传统是伟大的，但是，也是如今已经解体的，并与当今世界无关的。如此的思路，和脱离实践的（简单的）历史主义直接相关，其所用的修辞是要“忠于”或“还原”历史，坚持只能用古代自身的话语和概念来描述、理解古代，拒绝将任何现代话语和概念用于对古代法史的论析。同样的态度和思想，甚至可以见于一些认同于中国上层文化的美国（汉学和）历史学家们，他们宁愿把中国的“大传统”视作一个完全不同的实体。同时，也可以见于一些后现代主义学者，他们认为那样才是“去西方中心化”的学术，才是尊重中国文化的历史学术。

殊不知，这是似是而非的逻辑。正是如此的观点，才真正犯了现代主义的错误，才真正认为唯有西方才具有民法/民事正义而中国古代没有。它忽视了中国古代正义体系的基本概念框架，即要求民事纠纷优先由社会自身来解决，也忽视了成文法中实际存在的关乎民事的内容。因此，也认识不到中国古代的正式正义体系为什么会有意识地主要采用刑法的表达来说明其基本的民事原则，也不能理解其真正含义。同时，认识不到古代和现代中国的正义体系之间的延续性，陷入把古代和现代置于僵化了的隔绝之中，并把中国与西方当作完全对立的二元，认为必须在其间作出非此即彼的选择，进而促使法学界陷入要么是现代主义或西方主义、要么是对其的反动的“古代主义”或“本土主义”。那样的对立和划分，其实既不符合现代中国的中西必然并存的基本实际，也不符合古代正义体系的实际。

其实，中国正义体系的实践，不仅如今和舶来的西方表达不同，在古代也多与中国自身的表达不同。要更好地掌握中国的实际，我们需要同时考虑实践和表达/话语，既要看到其相符之处，也要看到其相背之处，对待今天如此，对待过去也如此。坚持仅仅使用中西方任何一方的话语，等于是认定表达必定是与实践一致的，也等于是说无论是古代还是现代，我们只需要掌握其话语便能够掌握其正义体系的全部实际；如此便自然而然地陷入极其简单的话语主义，乃至盲目接纳表达或宣传，甚至停止独立思考。其实，正是表达和实践两者的背离之处，才更能让我们看到整个正义体系的真实，对待现当代从西方引进的话语如此，对待中国自身的古代话语也是如此。

一个相关的问题是，有的西方学者和中国学者认为，既然西方现代的正义体系远远优于已经过时的中华法系，其非诉讼纠纷解决机制（ADR）也必然优于中国的非正式正义和调解体系，中国因此必须模仿西方的非诉讼纠纷解决机制，并像世界正义工程那样按照西方的非诉讼纠纷解决机制的标准来衡量中国的调解。我们已经看到，如此的观点导致了对中国古今调解体系的完全误解，也导致了对西方调解制度的作用的严重夸大。说到底，它再次是将中国和西方设置为二元对立体，再次是西方优越的观点，再次是（西方）现代主义的、隔绝中西方的观点。

笔者长期以来一直强调，我们需要打通中西和古今。打通中西，方才能够直面中国传统和西方影响并存的中国现代的基本实际，认识到两者既必然并存、拉锯和矛盾，也必然磨合与混合。从这样的实际出发，才有可能求同存异、取长补短，由此超越。同样，打通古今，才有可能协调和融

合，乃至超越。

其中的一个关键是抛开从理论前提出发的思维。如果从西方设定的“公理”（如人权）出发，依赖演绎逻辑而得出定理，像马克斯·韦伯和兰德尔要求的那样，只可能得出西方那样的强烈倾向前后一贯的“形式主义理性”法律的结论，并且只可能得出中国是与其矛盾的“他者”，完全陷入二元对立的铁笼之中。^⑨ 我们需要做的是，从必须直面中西并存实际的中国实践出发，挖掘和建立不同于西方的理论概念，再返回到实践/经验中去检验。近百年来中国在其正义体系的实践之中——正如其近年来在经济发展的实践之中——已经对西方以及中国传统法律的理论作出了一系列的选择、修改和重新理解，使其适应如今中国的社会实际。其中的明智抉择需要我们去挖掘、论证、归纳和理论化。如此的研究进路，方有可能摆脱西方法学所设定的理论框架，摒弃中西古今的二元对立，从而探寻符合中国现实的理论建构和出路。

在我看来，吸纳不同的文化，把二元对立和非此即彼转化为二元并存、综合或融合，才是中国文明的真正核心特点。它既展示于中国对待二元（譬如，乾坤或阴阳）的思维，也展示于中国的历史经验（法家和儒家、儒家和佛教、耕种文化和草原文化），其关键在于把被对立的二元综合起来，在其并存和相互作用中探寻其综合与超越。具体到正义体系和法律制度，则是历史中的儒家与法家、民事与刑事、非正式正义与正式正义的交搭并存、相互作用以及融合合一；在现当代则是古代和现代、中国和西方、实体理性和形式理性、道德理念和实用性实践、非正式正义体系与正式正义体系的综合合一。如此的视野，方能允许我们在中西矛盾并存的实际之中，探寻超越的道路，并推进中华法系的特殊性和普适性，将其真正置于全球视野中来认识和理解。

【主要参考文献】

1. [清]薛允升：《读例存疑》，黄静嘉重校，成文出版社1971年版。
2. [德]马克斯·韦伯：《法律社会学》，康乐、简惠美译，广西师范大学出版社2005年版。
3. 朱景文主编：《中国法律发展报告2011：走向多元化的法律实施》，中国人民大学出版社2011年版。
4. [美]黄宗智：《清代以来民事法律的表达与实践：历史、理论与现实》（三卷本），法律出版社2014年版。
5. Ch'ü T'ung-Tsu, *Law and Society in Traditional China*, Paris: Mouton, 1961.
6. Dan Fenno Henderson, *Conciliation and Japanese Law: Tokugawa and Modern*, 2 volumes, Seattle: University of Washington Press, 1965.
7. Stephen N. Subrin and Margaret Y. K. Woo, *Litigating in America: Civil Procedure in Context*, New York: Aspen Publishers, 2006.
8. Klaus J. Hopt and Felix Steffek, eds., *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford: Oxford University Press, 2013.
9. World Justice Project, *Rule of Law Index 2015*, World Justice Project, 2015.

（责任编辑：尤陈俊）

^⑨ 更详细的论析，参见[美]黄宗智、高原：《社会科学和法学应该模仿自然科学吗？》，《开放时代》2015年第2期，第158-179页。

ABSTRACTS

The Past and Present of the Chinese Civil and Criminal Justice Systems :

The Sinitic Legal Tradition from a Global Perspective

Philip C. C. Huang · 1 ·

This article starts with the entirety of the Chinese “justice system”, past and present, to reconsider informal justice (among the people) and formal justice (of the state), emphasizing especially the interdependence, overlap, and interaction of the civil and criminal justice systems. It then compares the justice system to the analytical framework employed by the “Rule of Law Index” of the World Justice Project (WJP), to bring out the similarities and differences between the “Sinitic Legal Tradition” and modern Western justice, and also the sharp contrasts between Chinese mediation and Western Alternative Dispute Resolution (ADR). The purpose of the article is to demonstrate how a number of influential common assumptions are mistaken, and how the Sinitic legal tradition remains important in contemporary justice, not just of China but also the other major “East Asian civilization” countries. The purpose is to search for a path that would go beyond the either/or binary opposition between the Chinese and the Western, and the past and the present.

Key Words Sinitic Legal Tradition; Informal Justice; Formal Justice; ADR (Alternative Dispute Resolution); World Justice Project

Philip C. C. Huang, Ph.D., Chair Professor of Renmin University of China Law School and Professor of History, Emeritus, UCLA.

The Incremental Constitution of the Ancient China and Its Territory

SU Li · 28 ·

China has long been a territorially large country, and historically evolved institutions of constitutional importance governing the relationship between central and local governments. The feudalism of Zhou dynasty was the earliest institutional effort, which paved the way for the transformation into a highly centralized system for the next 2000 and more years. Another key institutional practice was the geopolitical concerns and sensitivity in administrative division of the terrain so as to prevent risks of political separation. Finally, dynasties adopted series of measures and developed an institutional framework for farmers of central China to compete with nomads, and effectively promoted national integration in a broad historical perspective.

Key Words Ancient China; Constitution of Large Country; Relationship between Central and Local Governments; Geopolitical Concerns; Unified Multi-ethnic Country