

# 中国法律的形状

刘思达<sup>\*</sup>

**摘要** 本文采用社会几何学的研究视角,提出一个理解法律系统之整体形态的社会学理论分析框架,并由此将当代中国法律系统的基本社会形态概括为十六个字:内圆外方、三位一体、二元对立、法政合一。其中“内圆外方”是中国法律系统的社会结构,“三位一体”是其运作方式,“二元对立”是其价值观冲突,“法政合一”是其文化核心。这一理论分析框架充分认识到法律系统内部种种矛盾与冲突的不可调和性,并试图用一种社会互动而非社会整合的眼光来审视其基本形态与变化过程。本文既是对当代中国法律系统整体形态的一次社会学分析,又是法律社会学理论创新的一次尝试,为关于中国法律制度在立法、司法、法律职业、纠纷解决等方面的社会科学研究提供了一个在理论层面彼此对话和整合的可能性。

**关键词** 中国法律 法律系统 社会形态 社会几何学

离娄之明,公输子之巧,不以规矩,不能成方圆。

——《孟子·离娄上》

什么是法律的“形状”?它既包括一个正式法律体系的社会结构,又包括这一结构内在的运作逻辑,还包括这些结构和逻辑在一个国家生长与演变的文化历史过程。从上世纪70年代末提出“法制建设”的口号起,中国的法律改革已经走过了三十余年。虽然关于我国法律制度“不完善”、“不健全”的话语还在学界和媒体上占据着主流地位,虽然这个法律系统除了在“有法可依”方面取得了长足进步之外,在“有法必依”、“执法必严”、“违法必究”等方面还存在诸多

<sup>\*</sup> 美国威斯康星大学麦迪逊分校(University of Wisconsin—Madison)社会学系、法学院助理教授。本文的初稿曾在于云南大学法学院召开的法律和社会科学2013年会上得到诸多与会同仁的批评和建议,傅郁林、陈柏峰、尤陈俊、吴洪淇等师友和三位匿名评审人为本文的写作和修改提供了宝贵意见,在此谨致谢意。文中一切错误和问题由作者本人承担。

不足之处,但不可否认的是,通过几代法律人的共同努力,中华人民共和国的正式法律体系已基本成形,其内在运作逻辑也逐渐清晰。于是,如何理解和概括当代中国法律系统的基本形态,将成为我国法理学研究今后一段时期必须面对的一个重要问题。

在这篇文章里,笔者将采用法律社会学的研究视角,尤其是社会学中源自齐美尔的社会几何学(social geometry)传统,对中国法律系统的整体社会形态作一些初步分析。<sup>〔1〕</sup>这一社会学视角的基本观点,是强调社会形态(social forms)——即社会的空间组织结构及其时间演变过程——在社会学研究中的根本性地位,以及社会主体之间的互动过程对于社会形态的塑造作用。齐美尔认为,正如几何学将关于自然界内涵的研究留给物理、化学等学科一样,社会学也应该将关于社会内涵的研究留给经济学、心理学等相关学科,而集中关注社会形态。在当代西方社会学里,“社会几何学”的概念虽然并未进入主流学术话语,关于社会结构与社会过程之间关系的理论与经验研究却一直在发展。<sup>〔2〕</sup>然而,在法律社会学领域,除了卢曼的社会系统论和布莱克的行为主义理论之外,关于法律系统社会形态的研究却寥寥无几。<sup>〔3〕</sup>在这个意义上,本文既是对中国法律系统整体形态的一次社会学分析,又是法律社会学理论创新的一次尝试。

本文的理论分析框架包括四个组成部分:①社会结构,即法律系统自身的基本结构,包括其内部运作规则以及与外部环境之间的沟通形态;②运作方式,即法律系统所涉及的各种机构和制度之间的分化与整合过程;③价值观,即法律系统的分化与整合所遵循的基本理念和指导思想;④文化核心,即法律系统的制度结构背后所体现的历史文化传统。在这四个组成部分中,社会结构和运作方式偏重于结构方面,而价值观和文化核心则偏重于文化方面,但从社会几何学的视角来看,无论是结构还是文化,都不是虚无缥缈的东西,而是具有一定社会形态的。这一分析框架看上去有些类似于帕森斯的结构功能主义理论中的“AGIL 范式”,<sup>〔4〕</sup>但其根本区别在于,社会几何学的视角并不认为法律系统(或任何其他社会系统)是一架可以良好运转的机器,而是充分认识到这个系统内部种种矛盾与冲突的不可调和性,并试图用一种社会互动而非社会整合的眼光来审视其基本形态与变化过程。

任何对于法律系统的整体性理论分析都是一次冒险,因为它既不可能将各种经验问题分

---

〔1〕 Georg Simmel, *Georg Simmel on Individuality and Social Forms*, ed. D. N. Levine, University of Chicago Press, 1971.

〔2〕 Donald N. Levine, Ellwood B. Carter, and Eleanor Miller Gorman, “Simmel’s Influence on American Sociology,” 81 *American Journal of Sociology*, 813–845, 1112–1132 (1976). Donald Black, “Dreams of Pure Sociology,” 18 *Sociological Theory*, 343–367 (2000). John L. Martin, *Social Structures*, Princeton University Press, 2009.

〔3〕 Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, trans. K. A. Ziegert, Oxford University Press, 2004. Donald Black, *The Behavior of Law*, Academic Press, 1976.

〔4〕 Talcott Parsons, *The Social System*, Free Press, 1951. “AGIL 范式”指的是“适应”(Adaptation)、“目标达成”(Goal Attainment)、“整合”(Integration)和“潜在模式维护”(Latency Pattern Maintenance),四者共同构成了社会系统的基本功能要求。

析得面面俱到,又不可能如自然科学般进行因果关系的假设检验,而是以对现有的经验数据与理论命题进行整合为首要目的。但与费孝通在《乡土中国》一书中对中国传统社会结构的描述和概括方式类似,<sup>[5]</sup>在下文的论述中,我既不会使用过于抽象的理论概念,也不会使用过于具体的经验数据,而是力图基于国内外关于中国法律制度的诸多理论和实证研究,以最朴素的语言和最简洁的分析框架勾勒出当代中国法律系统的基本社会形态。

## 一、内圆外方

中国法律系统最基本的社会结构可以概括为四个字:内圆外方。所谓“外方”,是指法律系统的外部结构是刚性的,不但坚硬,而且棱角分明,有点像一个“围城”,系统外的行为主体很难进入,系统内的行为主体也很难出去,二者之间的沟通十分困难。所谓“内圆”,是指法律系统的内在运作规则是柔性的,沟通方便,灵活性也很强,行为主体之间的关系“剪不断、理还乱”,解决矛盾的方式强调协调,而淡化冲突。这个“内圆外方”的基本形状是从上世纪40年代至今的六十多年社会主义法律实践中逐渐形成的,其中“内圆”结构成型较早,其运作方式也一直较为稳定,而“外方”结构则是在上世纪70年代末以来的法律改革过程中逐步建构起来的,目前已经形成了基本轮廓,却还没有最终成型,与“内圆”结构之间的衔接也出现了许多问题。

“内圆”结构的历史可以追溯到上世纪40年代陕甘宁边区的“马锡五审判方式”,即主张司法的群众路线,把法庭搬到田间、地头,认真听取群众对司法工作的意见和批评,用马锡五本人的话说:“真正群众的意见,比法律还厉害。”<sup>[6]</sup>建国之后,这种强调沟通意见而淡化法律规则的价值观念在中国法律系统的各个领域都随处可见,其最好的体现是在公共法律话语中常常出现的“协调”二字。刑事案件公、检、法机关之间要协调,民事案件法官和律师之间要协调,立法过程中人大和其他相关机构之间要协调,司法过程中上下级法院之间也要协调……那么,究竟什么是“协调”?在正式法律法规的具体条文中,对这一概念并无明确定义,而在法律实践中,协调则意味着以达成妥协为目的而对正式法律规则的灵活运用,使这些规则的边界更具弹性,必要时甚至可以违背、放弃乃至改变规则。<sup>[7]</sup>通俗地讲,规矩是死的,而人是活的,不同行为主体、不同机构之间有矛盾了,与其按僵硬的法律条文争得头破血流,不如彼此协调一下,平衡利益,各取所需,皆大欢喜。

在我国的法律实践中,为什么协调往往比严格适用法律条文好?这涉及到一个法理学的

[5] 费孝通:《乡土中国 生育制度》,北京大学出版社1998年版。

[6] 范愉:“简论马锡五审判方式——一种民事诉讼模式的形成及其命运”,《清华法律评论》1999年第2期;强世功:“权力的组织网络与法律的治理化——马锡五审判方式与中国法律的新传统”,《北大法律评论》(第3卷第2辑),北京大学出版社2001年版;李娟:“马锡五审判方式产生的背景分析”,《法律科学》2008年第2期;张希坡:《马锡五与马锡五审判方式》,法律出版社2013年版。

[7] 侯猛:“司法改革背景下的政法治理方式——基层政法委员会个案研究”,《华东政法学院学报》2003年第5期;侯猛:“最高法院访民的心态与表达”,《中外法学》2011年第3期。

根本性问题,即法律的目的究竟是解决纠纷还是确立规则。<sup>〔8〕</sup>如果解决纠纷是法律的唯一终极目的的话,那么协调在化解矛盾、达成共识方面的确比严格适用法律规则有优势。以民事纠纷解决为例,调解之所以在我国的民事司法程序中占据了举足轻重的地位,正是因为与非黑即白的司法判决相比,看似“和稀泥”式的调解不但降低了司法成本,而且可以有效防止当事人上诉乃至上访,做到“案结事了、定分止争、胜败皆服”,<sup>〔9〕</sup>对维护社会稳定十分有益。但问题在于,解决社会纠纷只是法律制定和实施过程中的一个目的,另一个同样重要的目的是确立法律规则,也就是所谓的“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”,让官员和民众都形成遵守法律的习惯,并对法律的后果有良好的预期。<sup>〔10〕</sup>我国法律实践中广泛存在的协调,从根本上讲是与确立规则不兼容的,协调得越多,法律规则的制定和实施也就越困难。但在中国过去六十年的法制史里,无论是对于国家还是民众而言,解决纠纷都比确立规则得到了更多的重视和关注,因此协调的价值在法律实践中也就体现得淋漓尽致。

协调不仅意味着对法律规则的灵活运用,还意味着权力对法律系统的渗透。这是因为,任何一个具体法律事件(包括立法和司法)所涉及的各个行为主体之间的权力关系都是不平衡的,强势行为主体可以对弱势行为主体施加压力,迫使其做出让步,最终达成对本方有利的解决方案。以刑事案件为例,公、检、法三机关之间的协调在刑事司法实践中司空见惯,但公安机关一直是政法系统的“老大哥”,各地方的政法委书记也往往由公安局长兼任,因此在协调过程中,侦查机关的意见自然就容易占据主导地位,在许多情况下,检察院和法院只不过是帮助“老大哥”完成起诉和审判这两道工序而已。<sup>〔11〕</sup>在民事调解程序中,也有所谓“以劝压调、以拖压调、以判压调、以诱促调”等具有强制性因素的做法,如法官以作出不利于一方当事人的判决的可能性来迫使该方当事人接受调解,而与掌控着国家司法权的法官相比,当事人在二者之间的权力关系上自然处于明显的弱势地位,最终往往只能服从法官的意见。<sup>〔12〕</sup>可见,中国法律系统的“内圆”结构并不和谐,而是处处存在着利益冲突与权力博弈,只是这些权力关系在看似“和为贵”的最终处理结果中被掩盖起来了。

与颇具本土历史文化特征的“内圆”结构相比,中国法律系统的“外方”结构基本上是在上世纪70年代末开始的三十年法制建设中形成的,其主要标志是对国外法律制度的大规模移植以及随之产生的正式法律制度与日常法律实践之间的断裂。当代中国法制建设的起点是对“反右”运动、“文化大革命”等政治运动中“法律虚无主义”的深刻反思,在上世纪50—70年代

〔8〕 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。

〔9〕 谭世贵、李建波:“论司法和谐及其实现”,《时代法学》2007年第4期。

〔10〕 凌斌:“法治的两条道路”,《中外法学》2007年第1期。

〔11〕 Jerome A. Cohen, *The Criminal Process in the People's Republic of China, 1949—1963*, Harvard University Press, 1968. Shao-Chuan Leng and Hundah Chiu, *Criminal Justice in Post-Mao China*, State University of New York Press, 1985. Sida Liu and Terence C. Halliday, “Recursivity in Legal Change: Lawyers and Reforms of China's Criminal Procedure Law,” *34 Law & Social Inquiry*, 911—950 (2009).

〔12〕 赵旭东:“理性看待法院调解的强制性因素”,《法学家》2007年第6期。

间,我国的整个法律系统都几乎被摧毁了,律师业在1957年被集体打成右派,而公、检、法机关在文化大革命中也被砸烂。<sup>〔13〕</sup>于是,当改革开放时期需要重新建立一个能保障公民基本权利并“为经济建设保驾护航”的正式法律体系时,所能利用的“本土资源”就十分有限。<sup>〔14〕</sup>一方面,社会主义法制体系在共和国的前三十年里根本没有得以建立;另一方面,民国时期的“六法全书”等法律条文和制度也因为意识形态的原因而遭到摒弃。因此,大量移植国外的立法和制度经验,就成了法制建设初期的唯一选择。从上世纪80年代中期至今持续了近三十年的制度移植的后果是,不但创设了数以万计的法律、行政法规、部委规章、地方性法规,形成了一个具有一定自治性的正式规则系统,而且将中国法律系统的外部结构和专业知识几乎“全盘西化”了,在法律系统和社会生活之间竖起了一道越来越高的“城墙”——这就是笔者所谓的“外方”结构。<sup>〔15〕</sup>

“外方”结构的两个重要特征是制度建设的符号化和法律知识的技术化,笔者曾在一篇旧文中有过详细论述。<sup>〔16〕</sup>所谓制度建设的符号化,是指被移植来的大量国外立法和制度与我国的法律实践严重脱节,其功能在很大程度上是使我国的法律体系在全球范围内获得合法性,而不是在具体的案件或政策中得到应用。例如,为了吸引外国投资者,改革初期的立法明显偏重于与涉外、经济事务相关的法律法规,其中有些法律(如1986年试行的《破产法》)在实践中几乎从未得到应用,<sup>〔17〕</sup>而另一些与公民基本权利密切相关的重要法律(如《劳动法》、《行政诉讼法》、《国家赔偿法》等)则直到上世纪90年代以后才逐渐颁布实施。同样,在司法改革方面,无论是法官着装从制服向法袍的转变,还是庭审方式从纠问制向对抗制的过渡,都没有从根本上改变我国司法过程中普遍存在的“先定后审”、“审的不判、判的不审”等程序问题,也未能真正树立法官的权威和公信力,而在很大程度上只是成了使司法改革获得合法性的符号化象征而已。换句话说,法律移植所引入的种种舶来制度,在实践中往往不是拿来用的,而是拿来看的,其结果是给当代中国的法律制度塑造了一个精致而坚硬的外壳,把里面的各种不符合法治精神和程序正义的实践做法都掩盖了起来。

所谓法律知识的技术化,是指中国法律人的专业知识体系严重脱离本地社会现实,形成了一种以对法律条文的死记硬背和对西方法治理念的顶礼膜拜为主要特征的高度学理化和技术化的知识。这一技术化过程的根源在于法学研究,在上世纪80年代中期至今的近三十年里,一种“复制加解读”的研究方式在我国法学界成为主流,也就是大量翻译国外的立法和学说,并围绕这些舶来的知识进行反复解读。这样一种研究方式不但使为数众多的中国法学家和研究生几乎成了“言必称希腊”的专业翻译,而且极大地抑制了原创性研究的出现,以至于苏力

〔13〕 蔡定剑:《历史与变革——新中国法制建设的历程》,中国政法大学出版社1999年版。

〔14〕 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版。

〔15〕 刘思达:“当代中国日常法律工作的意涵变迁(1979—2003)”,《中国社会科学》2007年第2期。

〔16〕 刘思达:《法律变革的困境——当代中国法制建设反思》,载《失落的城邦:当代中国法律职业变迁》,北京大学出版社2008年版,页3—19。

〔17〕 苏力,见前注〔14〕,页92—95。

1996年在《法治及其本土资源》的自序中提出的“什么是你的贡献?”竟成了一个让当时的法学家们汗颜的问题。<sup>〔18〕</sup>更重要的是,这种研究方式直接影响到了法学教育,使诸多法科学生所学到的专业知识也成了一种高度抽象的技术化知识,既缺乏理论的创造性,又缺乏实践的经验性,一旦这些法学毕业生进入实践工作,技术化教育的缺陷就暴露无遗。近年来,随着司法考试对法学教育的影响逐步增加,法学教育的导向才开始逐渐本土化,但目前大体上还停留在背诵和解读各类法律条文的初级阶段,缺乏批判性和反思性的思维训练,而这些训练对于法律人的培养才是最重要的。<sup>〔19〕</sup>

在制度建设符号化与法律知识技术化的共同作用下,我国法律人的理念和行为与民众对法律系统的理解和期望之间已经形成了一条很大的鸿沟。一方面,受过法学院正规训练的法律人具有一种基于技术化知识和理念的心理优越感,经常会对非专业人士的法律观和行为方式嗤之以鼻;另一方面,在法律实践中,他们的专业技能却又往往无法有效地回应民众的法律需求,法律服务市场的持续割据状况和司法系统在社会纠纷解决中地位的逐渐下降,虽然有其制度原因,但在一定程度上也反映了民众对于代表着法律职业的法院和律师业缺乏信任,所以在遇到纠纷时才会倾向于使用律师之外的其他法律服务提供者,或者通过信访等行政手段解决问题。<sup>〔20〕</sup>

因此,“外方”结构的逐渐形成增大了法律系统与社会生活之间的距离,也限制了法律人在社会纠纷解决体系中的地位和作用,使当代中国的法律人与普通民众之间产生了一种法律意识上的沟通困境。近年来“能动司法”、“司法信访化”等现象的出现,恰恰反映出看似专业化、制度化的正式法律系统在许多时候无法有效回应来自国家和社会的各种法律需求,其后果是使“内圆”结构在法律系统中的实际作用得到了进一步加强。<sup>〔21〕</sup>

显而易见,中国法律系统“内圆外方”的社会结构存在着极大的内在张力,笔者将其称为“大众化”与“职业化”两种价值观的二元对立,本文的第三节将对此展开论述。但在此之前,有必要深入分析一下这一社会结构的基本运作方式,笔者同样将其概括为四个字:三位一体。

## 二、三位一体

所谓“三位一体”的运作方式,是指在中国法律系统所涉及的各种机构和制度之间,存在着

〔18〕 苏力,见前注〔14〕,页V—XII。

〔19〕 苏力:“法律人思维?”,《北大法律评论》(第14卷第2辑),北京大学出版社2013年版。Elizabeth Mertz, *The Language of Law School: Learning to Think Like a Lawyer*, Oxford University Press, 2007.

〔20〕 陈柏峰:“缠讼、信访与新中国法律传统——法律转型时期的缠讼问题”,《中外法学》2004年第2期;刘思达:《割据的逻辑——中国法律服务市场的生态分析》,上海三联书店2011年版。Carl Minzner, “Xin-fang: Alternative to Formal Chinese Legal Institutions,” 42 *Stanford Journal of International Law*, 103—179 (2006).

〔21〕 苏力:“关于能动司法与大调解”,《中国法学》2010年第1期。

十分类似的分化和整合现象。首先,同一法律事务往往与多个机构或多种制度相关——或许是巧合,在实践中经常是三个——例如刑事案件中的公安、检察院、法院三个机关,民事纠纷解决中的人民调解、行政调解、司法调解三项制度,或者诉讼代理中的律师、基层法律服务、公民代理三种途径。其次,因为这些不同机构或制度在法律系统中所处的结构性位置不同,它们之间也就不可避免地存在相互竞争和利益冲突。最后,这些竞争和冲突并非不可调和,而是常常通过国家的宏观法律政策或者上级领导机构的意志而协调统一起来,形成一种“三位一体”的独特现象。在本节里,笔者将从刑事案件、民事纠纷解决、诉讼代理三个方面入手,具体阐释中国法律系统的这一运作方式。

在我国的刑事诉讼中,公、检、法三机关之间的关系是“互相配合、互相制约”。如前所述,1949年建国后的很长一段时间里,公安机关在刑事案件中一直占据主导地位,检察院和法院则只起到辅助作用。在大多数情况下,只要公安机关抓了人,检察院就要提起公诉,法院就要作出有罪判决,以至于在1996年《刑事诉讼法》修改之前,中国刑事司法体系中都没有正式确立“犯罪嫌疑人”的概念,被公安机关采取了强制措施的人,通常就被称为“犯罪人”或者“罪犯”了。在这样一种三机关之间极不平衡的权力关系下,所谓“互相制约”是无从谈起的,基本上只是检、法共同“配合”公安机关打击犯罪而已。<sup>[22]</sup>

然而,自上世纪90年代以来,随着检察院和法院系统的人员专业化程度不断提高,也随着刑事诉讼法律制度的逐步改革,这两个机关与公安机关之间的社会距离也开始增大,不但在刑事程序上对公安侦查工作有了许多制约手段,而且在办案人员的理念上也出现了显著分歧,不再只专注于打击犯罪,而是越来越重视法律正当程序和人权保障。同时,经济改革的深入导致民商事案件数量激增,到了今天,在我国绝大多数法院里,刑事案件已经不是最主要的案件类型,法院的社会功能也从无产阶级专政的“刀把子”逐渐转向一个专业化、科层化的司法机关。<sup>[23]</sup>而检察院的工作虽然仍以刑事案件为核心,但其职权范围也在不断扩张,从反贪污贿赂、渎职侵权到对民事行政案件的检察监督,相对于公安机关的独立性明显增强。

简而言之,在刑事诉讼“三位一体”的运作方式保持不变的同时,公、检、法三机关之间的权力关系在过去二十年间已经产生了诸多变化。公安机关“老大哥”的地位虽然没有受到根本性挑战,但在许多情况下已经无法像从前那样几乎不受制约地进行侦查,从拘留、逮捕到讯问、取证,每项工作都有可能受到检察院的程序性监督。与此同时,随着审判方式从纠问制向对抗制的改革,检察院的公诉也开始受到法官和辩护律师的双重制约,虽然刑事案件无罪判决的比例一直很低,但公诉方撤诉的现象已经十分常见了。<sup>[24]</sup>

[22] Jerome A. Cohen, *supra* note 11. Shao-Chuan Leng and Hundah Chiu, *supra* note 11. Sida Liu and Terence C. Halliday, *supra* note 11.

[23] 刘思达:“法律移植与合法性冲突——现代性语境下的中国基层司法”,《社会学研究》2005年第3期。

[24] 左卫民(等):《中国刑事诉讼运行机制实证研究》,法律出版社2009年版。

事实上,我国刑事案件中的撤诉程序恰恰体现了“三位一体”运作方式的精髓。撤回起诉是指人民检察院在案件提起公诉后、人民法院宣告判决前,因出现一定法定事由,决定对提起公诉的全部或者部分被告人撤回处理的诉讼活动。<sup>[25]</sup>这原本是一项有利于被告人也有利于检察院自我纠错的程序制度,但在刑事司法实践中,却演变成了全国通行的对于无罪判决的有效规避手段。这是因为,在刑事审判过程中,一旦出现公诉方证据不足等事由,如果法院作出无罪判决的话,那么不但检察院和公安机关的错案率会受到影响,还要依法对被告人进行国家赔偿,相关办案人员甚至有可能受到进一步的责任追究;反之,如果法院让检察院主动撤回起诉,那么就可以将案件“消化”在刑事司法系统内部,不但不需要进行国家赔偿,而且可以把侦查和起诉过程中存在的各种违法现象(如刑讯逼供)都掩盖起来。<sup>[26]</sup>

撤诉程序在刑事案件中的普遍应用,说明公、检、法三机关之间的权力关系虽然在过去二十年间有了明显变化,但“配合多于制约”的基本行为模式却没有根本性改变。刑事公诉一旦出现瑕疵,三机关之间首先要彼此协调,争取获得对各方都有利的处理方案——这正是上文所述的“内圆”结构的直接体现。而对于刑事被告人及其辩护律师而言,撤诉与无罪判决相比,不但没有正面确认被告人的清白并对其所受到的错误羁押依法予以赔偿,而且也使律师辩护的价值得不到应有的体现。可以说,在这样一种“三位一体”的运作方式之下,刑事被告人和辩护律师都被排除在刑事司法系统的核心决策过程之外。他们所面对的是一个刚性的“外方”结构,很难通过其行为影响其内部的运作,在许多情况下只能被动地接受公、检、法三机关彼此协调的结果。

刑事案件如此,民事纠纷解决也不例外,同样呈现出人民调解、行政调解、司法调解“三位一体”的运作方式。从法律规定上看,这三种调解模式分别由人民调解委员会、司法所和法院三个不同级别的机构负责,其中人民调解委员会设立于最基层的居民委员会和村民委员会,司法所设立于乡镇、街道一级,而基层法院则设立于区、县一级,三个机构在国家体制中的性质和地位都有所区别。<sup>[27]</sup>从人员构成上看,人民调解委员会的人民调解员一般来自本村或本社区,司法所的司法助理员隶属于司法行政机关,法院的法官则隶属于司法系统。从工作程序上看,法院的调解是民事诉讼中的一道正式程序,由审判员或合议庭主持,调解必须在双方自愿的基础上达成协议,未达成协议或者调解书送达前一方反悔的,法院应当及时判决;调解协议一旦生效,除具备法定的特殊情况之外,双方当事人就都不能再就此案向上级法院上诉。<sup>[28]</sup>而司法所和人民调解委员会的调解工作则更为灵活,可以由司法助理员或人民调解员来进行调解,也可以邀请当事人的亲戚、邻里、同事或者具有专门知识、特定经验的人参与,还应当支持“当地公道正派、热心调解、群众认可的社会人士”参与;达成调解协议后,当事人之间就调解

[25] 2012年《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第459条。

[26] Sida Liu and Terence C. Halliday, *supra* note 11.

[27] 何永军:“乡村社会嬗变与人民调解制度变迁”,《法制与社会发展》2013年第1期。

[28] 2012年《民事诉讼法》第93—99条。



协议的履行或者调解协议的内容发生争议的,一方当事人还可以再向人民法院提起诉讼。〔29〕

可见,在“调解”的共同名称下,法院、司法所、人民调解委员会在民事纠纷解决中的结构性位置并不相同。人民调解委员会位于社会最基层,负责处理社区和村落里的大量日常纠纷,而司法所位于国家行政体制最末端的乡镇和街道,一方面指导人民调解委员会的工作,另一方面也直接处理一部分纠纷。在有些地方的纠纷解决实践中,司法助理员还会兼任人民调解员。〔30〕笔者几年前在西北地区做田野调查时曾听到过“小事不出村,大事不出乡镇”的说法,生动地描述了这一基层纠纷解决体制的运作逻辑。〔31〕相比之下,法院的民事调解程序所处理的纠纷数量要小得多,但案情则通常要更复杂也更具法律专业性,当事人在起诉时所寻求的结果往往是司法判决而不是调解协议,而只是在进入诉讼程序之后才在法官所做的各种工作之下逐渐接受调解结果。

然而,这三种从正式结构上看区别很大、互不兼容的调解模式之间的界限在实践中却经常变得十分模糊,其根本原因是我国司法政策中长期存在并与时俱进的“大调解”观念。所谓“大调解”,是指人民调解、行政调解、司法调解三者之间的整合和联动,创建一种“既充分发挥作用、又相互衔接配合”的工作体系。〔32〕具体而言,就是打破三种调解模式之间的制度界限,以化解纠纷、维护稳定为根本目的,对各种社会纠纷统一收案、分流调解,在全国一些地方甚至出现了“调解超市”、“大调解协调中心”之类的机构和。或者法院立案庭按照行政机关的逻辑实行“一站式服务”,根据不同的纠纷类型为当事人选择诉讼、调解或其他解决方式。在这种纠纷解决理念的指导下,法院、司法所和人民调解委员会之间的“互相配合”明显得到了加强,三者 in 民事调解中的关系呈现出一种类似于公、检、法三机关在刑事案件中的“三位一体”现象。

那么,“三位一体”的“大调解”模式对于我国法官的日常工作产生了哪些影响呢?其中最重要的一点是法官在民事诉讼中不再受到正式法律规则的严格制约,而是可以根据解决纠纷的具体需要选择性地运用法律,用社会学术语来讲,就是把法律当作了一个柔性的“文化工具箱”(cultural tool kit),而不是一个刚性的正式规则系统。〔33〕前文提到的在民事调解中经常出现的“以判压调”现象,其前提就是法官在适用法律规则时的灵活性和自由裁量权。同时,在司法过程中还长期存在着一种“背靠背”的调解方式,即法官在调解时分别与原告、被告单独沟通,而不是在法庭上同时面对双方当事人。〔34〕“背靠背”调解的优势在于避开了双方当事人

〔29〕 2010年《人民调解法》第20、32条。

〔30〕 傅郁林:“中国基层法律服务状况的初步考察报告——以农村基层法律服务所为窗口”,《北大法律评论》(第6卷第1辑),北京大学出版社2004年版;尤陈俊:“嵌入法制现代化进程的乡镇司法所”,《法学纪元》(第2辑),北京大学出版社2005年版。

〔31〕 刘思达、吴洪淇:“法律边疆地区的纠纷解决与职业系统”,《社会学研究》,2010年第1期。

〔32〕 苏力,见前注〔21〕。

〔33〕 Ann Swidler, “Culture in Action: Symbols and Strategies,” 51 *American Sociological Review*, 273—286 (1986).

〔34〕 刘思达,见前注〔23〕。

的直接冲突,从而使法官在调解过程中有更大的余地,可以在面对原告和被告时分别采取不同的策略来说服当事人接受调解方案,从而达到“定分止争”的效果。然而,在把当事人之间的矛盾冲突转化为法官与当事人之间的博弈之后,“背靠背”调解显然也为“以判压调”等现象的出现创造了条件,因此更容易出现违背《民事诉讼法》所规定的调解自愿原则的情况。此外,法院系统内部长期以来以“调解率”或“调撤率”作为衡量民事审判质量的指标,也为法官的“以判压调”提供了制度性激励。<sup>[35]</sup>

在这样一种纠纷解决方式之下,法官的法律专业知识固然重要,但更重要的是在长期司法实践中积累的纠纷解决经验和与当事人的沟通能力。苏力把调解工作所需要的法官素质归纳为以下几点:“本人的年龄、性别、耐心、气质、社会经历、道德权威(公正性)、体察社情和当事人的心思、熟悉方言(当事人若是讲方言者)、语言生动富有感染力、善于发现隐藏的利益、会算帐(替当事人算帐)、善于提出各种安排,以及在不违反社会基本公正和情理的前提下适度的‘不依法办事’等等。”<sup>[36]</sup>“马锡五审判方式”在当代民事司法实践中重新得到强调和重视,正体现了司法专业技能的实践性而非技术性倾向。在“和谐司法”、“能动司法”的大背景下,这种体现了法律系统“内圆”结构的实践性倾向甚至影响到了律师——以维护本方当事人利益为己任的律师在“大调解”中处于一种十分尴尬的两难境地,如果过于积极地为本方当事人争取利益最大化而影响了调解的顺利进行,则有可能引起法官的反感,反而得到对本方当事人不利的结果;而如果律师在调解过程中积极配合法官做本方当事人的工作,则可能遭到当事人的埋怨,甚至面临职业伦理问题。<sup>[37]</sup>无论如何,律师的法律专业知识在调解过程中的用武之地十分有限,有时法官甚至会把律师视为达成调解协议的主要障碍,乃至试图说服当事人解聘或更换律师。

与律师在民事调解中的两难境地相映成趣的是各种“编外法官”在司法过程中的大量出现,也就是用非法律专业人员辅助乃至代替法官进行调解工作。这种做法的理论依据来自国外的“非诉讼纠纷解决机制”,<sup>[38]</sup>但从实证的角度看,在民事司法中引入司法助理员、乡镇街道干部等非法律专业人员,其实体现了“大调解”模式下人民调解和行政调解的逻辑对司法调解的渗透。这些非法律专业人员虽然不是法学院“科班出身”,却可以“用群众认同的态度倾听诉求,用群众认可的方式查清事实,用群众理解的语言辨析析理,用群众信服的方法减少对抗,增进理解,化解纠纷”<sup>[39]</sup>——而这些素质正是在“外方”结构的影响下与日常社会生活渐行渐远的法律专业人员所欠缺的。从这个角度讲,“三

[35] Carl Minzner, “China’s Turn against Law,” 59 *American Journal of Comparative Law*, 935—984 (2011).

[36] 苏力,见前注[21]。

[37] 李学尧:“非道德性——现代法律职业伦理的困境”,《中国法学》2010年第1期。

[38] 范愉:《非诉讼纠纷解决机制研究》,中国人民大学出版社2000年版。

[39] 赵娟:《本溪县法院:“调解超市”里定分止争》,载《辽宁法制报》2012年5月9日,网页来源:[http://www.lnfzb.com/news\\_view.aspx?id=20120509084918317](http://www.lnfzb.com/news_view.aspx?id=20120509084918317)。

位一体”的民事纠纷解决模式其实是中国法律系统“内圆”结构的外部化,它一方面对于解决法律系统与社会生活之间的断裂现象有所裨益,另一方面却也突破了民事诉讼从立案到审判的诸多程序性要求,对于在司法过程中确立法律规则有显著的负面影响,从而受到了法学界和法律实务界的许多质疑。

在我国的诉讼代理制度中,也存在着“三位一体”的运作方式。律师通常被认为是从事诉讼代理的唯一正式职业,但事实上,在1949年建国后六十余年的法制史上,中国律师从来没有获得对于诉讼代理工作的垄断地位。首先,受前苏联的影响,中国共产党在解放前的红色根据地立法中就初步确立了公民代理制度,其具体内容在建国后的《法院组织法》以及三大诉讼法中逐渐明确,至今依然在诉讼实践中得到广泛应用。从事公民代理的人可以是当事人的近亲属,也可以是有关的社会团体或者所在单位推荐的人或者经人民法院许可的其他公民。在实践中,许多从事法律援助工作的学生和没有法律职业资格的“黑律师”、“赤脚律师”都可以通过公民代理这一渠道进入诉讼领域。<sup>[40]</sup>其次,从上世纪80年代起,由于当时律师业的从业人员较少,司法部和其他一些部委机关都开始创设新的法律服务职业群体,包括乡镇法律工作者、法律咨询公司、企业法律顾问等。其中乡镇法律工作者(后更名为“基层法律服务工作者”)这一被俗称为“二律师”的职业在诉讼领域尤其活跃,在上世纪90年代,无论是从业人员数量还是代理的案件数量都超过了律师业。直到今天,基层法律服务工作者在我国的许多中小城市依然是普通民事诉讼的主力军,甚至在根据法律规定律师具有垄断地位的刑事辩护业务中,也偶尔能看到他们的身影。与律师相比,基层法律服务的价格明显更低,但在民事、行政诉讼中的权利和作用却和律师几乎没有区别。而且,与“编外法官”类似,这些通常没有受过正规法学教育的从业人员对本地社区更为熟悉,对当事人的态度往往也更为热情,在基层的诉讼和纠纷解决中有时反而能起到比律师更好的效果。然而,基层法律服务工作者一旦脱离了基层法院和本地社区,其法律专业知识上的缺陷就会暴露无遗。

于是,律师、基层法律服务、公民代理三者共同构成了我国诉讼代理的核心体系,当公民需要上法院进行诉讼的时候,三者都可以为其提供相应的法律服务。从律师的角度看,无论是基层法律服务还是公民代理,都是特定历史时期的特殊产物,其存在是对于通过国家司法考试而取得执业资格的律师的不正当竞争。然而,从法律服务消费者的角度看,这三者之间的区别其实并不在于是否具有执业资格,而在于能否赢得诉讼。在我国司法实践中广为流传的“打官司就是打关系”,生动地反映了当事人在选择诉讼代理人时的普遍心态——如果一位代理人曾在当地法院工作或者与当地法官熟识,以至于能够通过这种关系影响诉讼结果,那么即使他没有律师资格,当事人也会毫不犹豫地选择他。这样一种实用主义心态的直接后果就是使三种诉讼代理方式之间的界限也变得模糊起来,当事人经常把律师、基层法律服务工作者和那些“无

[40] 应星:“‘迎法入乡’与‘接近正义’——对中国乡村‘赤脚律师’的个案研究”,《政法论坛》2007年第1期。

照经营”的“黑律师”、“赤脚律师”通称为“律师”。在有些地方的法庭上,甚至连法官在称呼诉讼代理人时也是如此。<sup>[41]</sup>

因此,这三种看似区别很大的法律服务群体在实践中也就形成了类似于刑事案件或者民事纠纷解决的“三位一体”现象。虽然许多律师都对基层法律服务和公民代理深恶痛绝,但在工作中却往往要依靠那些与法院、检察院等司法机关具有千丝万缕联系的人来解决诉讼过程中的种种问题。<sup>[42]</sup>而另一方面,基层法律服务的大量从业人员都来自当地的政法系统,其中不乏退休或离职后出来“发挥余热”的司法干部,而一些“黑律师”则更是神通广大,虽然没有任何法律执业资格,却可以通过他们与司法机关之间的密切关系直接影响案件结果,有时甚至不用亲自出庭,找个名不见经传的律师或者基层法律服务工作者来代劳就可以了。也就是说,在律师、基层法律服务、公民代理之间看似“剑拔弩张”的市场竞争关系背后,其实隐藏着许多“剪不断、理还乱”的非正式关联和交换关系,中国法律系统的“内圆外方”结构,在法律服务市场上也清晰可见。

综上所述,“内圆外方”的社会结构在我国的法律实践中经常体现为“三位一体”的运作方式,无论是刑事案件、民事纠纷解决还是诉讼代理,都是如此。一方面,处理同一法律事务经常有多个彼此分立的机构或制度介入;另一方面,在国家宏观司法政策(如打击犯罪、和谐司法、方便群众)的引导下,这些机构或制度之间的界限在日常工作中却又十分模糊,彼此之间的协调、沟通、交换随处可见,在有些情况下甚至变得“你中有我、我中有你”。然而,“三位一体”运作方式的普遍存在并不意味着机构或制度之间的理念冲突得到了根本性调和,恰恰相反,它正是在中国法律系统中一直存在的两种相互冲突的法律价值观无法调和的外在表现——笔者称之为“大众化”与“职业化”价值观的二元对立。

### 三、二元对立

所谓“法律价值观”,是指一个法律系统的运作所遵循的基本理念和指导思想。任何一个国家的法律都必须立足于这个特定社会语境的文化、历史和民情,法律价值观不仅体现了民众的法律意识,同时也体现着国家的政治意识形态和社会的历史文化符号。<sup>[43]</sup>在政治经济体制较为稳定、社会变革也较为平稳的当代西方国家,以“法治”(rule of law)为核心符号的法律

[41] 刘思达,见前注[20]。

[42] Ethan Michelson, “The Practice of Law as an Obstacle to Justice: Chinese Lawyers at Work,” 40 *Law & Society Review*, 1—38 (2006); Ethan Michelson, “Lawyers, Political Embeddedness, and Institutional Continuity in China’s Transition from Socialism,” 113 *American Journal of Sociology*, 352—414 (2007).

[43] (法)孟德斯鸠:《论法的精神》,商务印书馆1961年版;(法)托克维尔:《论美国的民主》,商务印书馆1988年版。

价值观深入人心,在国家政策和公共话语中都具有不可动摇的垄断性地位。<sup>[44]</sup>而在社会变革剧烈、政治经济体制矛盾日趋深化的当代中国,尚未形成一种明显占据主流地位的法律价值观,而是出现了“大众化”与“职业化”两种价值观并存的“二元对立”现象。这一现象的产生与中国法律系统“内圆外方”结构的演化密切相关。简而言之,“内圆”结构对应“大众化”价值观,“外方”结构对应“职业化”价值观,两种法律价值观之间的对立与冲突直接体现了这一独特社会形态的内在张力。

与“内圆”结构相同,“大众化”法律价值观的缘起也是以“马锡五审判方式”为代表的群众路线和人民司法传统。<sup>[45]</sup>1949年建国后,司法的群众路线一直与阶级斗争的意识形态紧密结合,在实践中逐渐形成了基于“人民/敌人”两分法的法律价值观。“大众化”法律价值观的关键词是在我国的法律规范、文书和司法机构名称中频繁出现的“人民”二字,这是一个刚柔相济的概念,其刚性主要体现在刑事案件中,“人民”与“敌人”针锋相对,代表着国家权力与社会正义,无论是人民公安、人民检察院还是人民法院,都承载着打击犯罪、严惩犯罪分子的重担;而在民事案件中,“人民”二字则显得柔性十足,人民法院的首要任务是解决纠纷、维护社会稳定,而不是确立和执行正式法律规则,法官处理案件的法宝是注重情理的调解,而不是黑白分明的判决。换句话说,刑事案件所调整的是“敌我矛盾”,而民事案件所调整的则是“人民内部矛盾”,二者需要采用不同的处理方法。

打击犯罪作为一种法律理念,在我国的刑事司法系统中几乎处处都有所体现。自1983年以来在全国范围内频频出现的“严打”运动,就是基于这种强调“敌我矛盾”的法律价值观。所谓“严打”,是以政治运动的方式在特定的时间、地点范围内允许公、检、法机关突破刑事诉讼法的程序性要求,高效率地对犯罪活动和社会治安问题集中进行打击。在“严打”过程中,公、检、法三机关往往一齐出动、联合办案,对犯罪嫌疑人进行羁押之后,则要本着“坦白从宽、抗拒从严”的原则严加讯问,一旦认定犯罪事实,就“从重从快”地定罪量刑。在一些地方,为了扩大“严打”运动的影响,充分起到震慑犯罪的效果,还会举行成千上万人参加的“公判大会”,或者将罪犯游街示众。通过借助媒体和公众舆论,“严打”运动不但对被告人进行法律上的追究,而且还经常会辅以道德审判和舆论谴责,以类似于阶级斗争的方式将站在“人民”对立面的“敌人”置之死地。<sup>[46]</sup>

[44] James J. Heckman, Robert L. Nelson, Lee Cabatingan (eds.), *Global Perspectives on the Rule of Law*, Routledge, 2010.

[45] 侯欣一:《从司法为民到人民司法——陕甘宁边区大众化司法制度研究》,中国政法大学出版社2007年版;陈柏峰:《群众路线三十年(1978—2008)——以乡村治安工作为中心》,《北大法律评论》(第11卷第1辑),北京大学出版社2010年版。Stanley B. Lubman, *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, Stanford University Press, 1999.

[46] 陈光中:“严打与司法公正的几个问题”,《中国刑事法杂志》2002年第2期。Harold M. Tanner, *Strike Hard! Anti-Crime Campaigns and Chinese Criminal Justice, 1979—1985*, Cornell University Press, 1999. Susan Trevaskes, *Policing Serious Crime in China: From “Strike Hard” to “Kill Fewer”*, Routledge, 2010.

“严打”无疑把“大众化”法律价值观的刚性推向了极致,但它毕竟只是一种不定期的运动,在我国的日常刑事司法实践中,这一价值观还有许多更为例行化的表现。例如,公安机关的刑事侦查过程中,被采取强制措施的犯罪嫌疑人并不具有沉默权,而是有“如实回答”的义务,对于那些守口如瓶的犯罪嫌疑人,公安机关甚至可以采用刑讯逼供等非法手段来取得被称为“证据之王”的口供。虽然《刑事诉讼法》等相关法律法规对刑讯逼供有明确的禁止性规定,但在实践中,由于缺乏对侦查人员违法行为的有效惩戒措施,也缺乏来自司法机关和律师的有效监督,刑讯逼供现象在刑事司法实践中至今都未能得到有效控制。<sup>[47]</sup>从价值观的角度究其原因,正是由于公安机关在侦查工作中把打击犯罪放在了优先甚至是核心地位,把犯罪嫌疑人当作了处于人民群众对立面的“敌人”,于是不可避免地忽视了对其程序性权利的保障。

在刑事审判过程中,“大众化”价值观也有十分鲜明的表现。例如,公诉人在庭审中经常会代表“人民”对被告人进行道德谴责和说教,“不杀不足以平民愤”之类的话语也屡见不鲜。最高人民法院前任院长王胜俊曾明确提出刑事审判要考虑“人民群众的感觉”,在法律界引发了许多争议。此外,我国的刑事审判中控辩双方的诉讼地位一直很不平等,辩护律师在会见、阅卷、调查取证等方面都存在困难,其辩护意见也很难被法院采信,稍有不慎,还会受到“律师伪证罪”的追诉,甚至锒铛入狱。在理念层面究其根本原因,是刑事辩护律师在1980年中国律师业正式恢复之后从未摆脱“为坏人说话”的负面形象。既然他们所服务的当事人是人民群众的“敌人”,如果律师竭尽全力为“敌人”辩护、对公诉造成了实质性破坏的话,那么律师本人也就成了“敌人”,走向了国家权力的对立面。自1997年《刑法》第306条确立了“律师伪证罪”以来,我国已经有数百名刑事辩护律师因为这一罪名被羁押、起诉乃至定罪,这一现象通常被视为公诉方利用国家权力对律师进行“职业报复”,而其背后所体现的“人民/敌人”两分法却被忽视了。

与刑事案件相对,在民事案件中,“大众化”法律价值观所强调的不是“斗争”,而是“和谐”。中国自古以来就有“礼之用,和为贵”<sup>[48]</sup>的说法,用儒家思想中的礼来调节各种社会关系,以和谐、融洽作为人与人之间关系的理想境界。这一传统理念虽然看似与马克思主义的阶级斗争理论格格不入,但在建国后的民事司法实践中却与强调“情理”而淡化法律规则的“马锡五审判方式”结合起来,形成了上文所述的以调解为核心的民事纠纷解决模式。近年来,在国家宏观政策影响下提出的“司法为民”、“和谐司法”等口号,只不过是这种融合了中国传统伦理思想与社会主义司法理念的法律价值观的最新表现。

那么,“和谐司法”在实践中究竟意味着什么呢?与“严打”运动中对刑事法律程序的突破相似,“大众化”价值观所主导的民事纠纷解决也意味着法官不必拘泥于民事诉讼规则的种种限制,而是可以根据案情需要,把法庭搬到田间地头乃至当事人的“炕上”,动之以情、晓之以理,只要双方当事人接受,哪怕调解结果与相关法律规定大相径庭,也丝毫不会影响司法的“和谐”。在这样一种司法理念之下,当代中国民事法官的典型形象既不是传统戏剧中德高望重、

[47] 何永军:“中国治理刑讯逼供六十年的经验”,《法律和社会科学》(第7卷),法律出版社2010年版。

[48] 《论语·学而》。

铁面无私的包公,又不是英美电影里常见的头戴假发、少言寡语的大法官,而是深入群众、为当事人排忧解难的基层政法干部。以在2010年受到中央领导表彰并被作为榜样在全国推广的模范法官陈燕萍为例,她在基层人民法庭工作的14年里,审理的3100多件案件“没有一件错案,没有受到一次投诉,没有引发一起上访,真正做到了原告放心、被告信服、群众满意”。陈燕萍既因为“讲话多、跑路多、流泪多”而被称为“三多法官”,又因为“无一错案、无一信访、无一投诉”而被称为“三无法官”,她被广泛宣传的语录之一是“我希望天下无讼”。〔49〕

不了解中国司法制度的人听到这句话也许会觉得诧异——审理诉讼是法官的基本职责,一位全国模范法官怎么会以“无讼”为理想呢?事实上,这恰恰说明了“和谐司法”的终极目的是将“人民内部矛盾”最大限度地化解在国家正式司法制度之外,这一理念既符合中国传统社会的“礼治”与“无讼”精神,又体现了社会主义政权“深入群众、依靠群众”的阶级路线。为了达到这一目的,法官在办理案件的过程中就不能消极地按照书本上的法律规则“坐堂办案”,而必须积极主动地动用一切正式和非正式的司法和行政资源来解决纠纷,在双方当事人之间达成妥协,不仅要降低当事人上诉的可能性,更要全力防止当事人上访或者暴力抗法。随着近年来“群体性事件”的大量出现,“维稳”成了各级政府机关的一项核心政治任务,我国法官在面向普通民众的民事司法工作中的行为逻辑也就与行政机关的官员越来越相似,而与正式法律规则和程序正义渐行渐远了。〔50〕

有人会说,这种现象并不能代表中国民事司法的全貌,而只限于欠发达地区的基层法院,或者只限于婚姻、继承等普通民事案件,在较发达地区的法院或者所涉及标的额较大的经济类案件中,“和谐司法”、“能动司法”等口号并没有什么实质性影响。这一观点不无道理,“大众化”法律价值观在欠发达地区和普通刑事、民事案件中的确有着更为显著的表现,但在“和谐司法”的宏观政策之下,即使是标的额上千万乃至上亿的经济类案件,也无法彻底摆脱法院系统对于“调撤率”等硬指标自上而下的追求。即使是经济最发达的东南沿海地区,也一样会不断涌现陈燕萍式的模范法官。但区别在于,在发达地区的经济类案件中,“大众化”法律价值观往往会受到“职业化”法律价值观更为强烈的挑战。

所谓“职业化”,在社会学中的原意是指一个行业通过控制教育、行业准入、职业团体、伦理规范等方式形成自治性的职业共同体并获得市场垄断地位的社会过程。〔51〕中国法律系统的“职业化”价值观是一种自上世纪70年代末改革开放以来从西方国家舶来的理念。与“大众化”价值观相对,它强调法官、检察官、律师等法律职业的专业化和精英化,注重正当程序在法律实践中的意义,主张行业自治和司法独立,反对政府、媒体、公众或其他外部主体对于法律系

〔49〕 Carl Minzner, *supra* note 35.

〔50〕 Carl Minzner, *supra* note 20.

〔51〕 刘思达:“职业自主性与国家干预——西方职业社会学研究述评”,《社会学研究》2006年第1期;李学尧:《法律职业主义》,中国政法大学出版社2007年版。Magali S. Larson, *The Rise of Professionalism: A Sociological Analysis*, University of California Press, 1977. Richard L. Abel, *American Lawyers*, Oxford University Press, 1989.

统内部运作过程的干预。<sup>[52]</sup> 经过三十多年的法律改革,尤其是法学教育近年来的迅猛发展,这种价值观在法学学者、学生和实务人员的头脑里都占据了举足轻重的地位,并且逐渐开始影响立法和司法实践。

“职业化”法律价值观的核心生产过程是法学教育。如前所述,在法律知识技术化的影响下,当代中国的法学教育大体上是一种以国外立法和学说为主导的技术化教育,这种教育模式的一个特点是可以脱离本土法律实践,在学生头脑中培养起司法独立、程序正义、法律职业共同体、“为权利而斗争”等观念。在法学毕业生步入社会之后,这些观念虽然会在理想和现实的落差之间或多或少地打些折扣,但随着我国法学教育在上世纪90年代中后期以来的大规模扩张,每年都有数十万法学毕业生进入法院、检察院、律师事务所、政府机关和其他工作岗位,“职业化”法律价值观在中国法律系统里的话语权与合法性也越来越强。<sup>[53]</sup> 在各主要法律职业中,将这种价值观体现得最明显的是律师和法学家,因为二者在法律系统中的结构性位置都处于“体制外”,受国家政策和意识形态的约束相对较少,同时,其工作性质也决定了他们经常要与国家权力“唱反调”,于是许多律师和法学家也就顺理成章地成了“职业化”理念最坚定的拥护者和实践者。

反观身处“体制内”的法官和检察官,尤其是在2001年之后通过国家司法考试进入司法机关的年轻一代,其理念和行为之间却经常充满了矛盾:一方面,这些“科班出身”的法律专业人员在法学教育和司法实践的过程中已经充分接受了“职业化”价值观的种种理念,对于法律职业共同体具有较高的认同感,也较为重视司法的正当程序和当事人的权利保障;另一方面,由于国家司法政策需要和司法机关所受的各种制度性制约,法官和检察官们往往只能按照“大众化”价值观的要求来开展日常工作,有时甚至不得不违背程序正义与职业主义的基本要求。但即使如此,法院和检察院工作人员的专业化和精英化趋势已经不可阻挡,而立法体系的逐步完善也增强了司法工作的技术性,尤其是涉及经济犯罪、国际贸易、知识产权等领域的案件,其复杂程度已经远远超出了“马锡五审判方式”所能承载的内容,而必须诉诸于高度技术化的法律及相关学科的专业知识。

除了法学教育之外,“职业化”法律价值观的另一个主要生产过程是立法与司法等领域的制度变革,尤其是诉讼程序的形式理性化。如季卫东所述,法律程序的意义不仅在于限制恣意、保证理性选择,而且具有自缚性和反思性,在约束国家权力和个体行为上都具有显著效果。<sup>[54]</sup> 以刑事诉讼为例,从1979年《刑事诉讼法》颁布到1996年和2012年的两次大规模修订,基本上是一个逐渐约束国家机关公权力并扩大对个体权利保障的过程。“收容审查”、“免

[52] 强世功:“法律共同体宣言”,《中外法学》2001年第3期。

[53] 霍宪丹:“法学教育的历史使命与重新定位”,《政法论坛》2004年第4期;苏力:“当代中国法学教育的挑战与机遇”,《法学》2006年第2期;郑成良、李学尧:“论法学教育与司法考试的衔接——法律职业准入控制的一种视角”,《法制与社会发展》2010年第1期。

[54] 季卫东:“法律程序的意义”,《中国社会科学》1993年第1期。



予起诉”等制度的废除限制了公安、检察机关的自由裁量权,由“纠问制”向“对抗制”的转变以及证据规则的确立使曾经是“走过场”的庭审逐渐实质化,而辩护律师介入刑事诉讼时间的逐步提前则对公权力的滥用构成了外部制约。<sup>[55]</sup>虽然这些制度变革在司法实践中的有效性还有许多不足之处,但毫无疑问,今天的刑事诉讼程序与三十年前相比,其形式理性化程度已经明显提高,越来越体现出所谓“与国际接轨”的“职业化”价值观要求。<sup>[56]</sup>在民事与行政程序方面,也有类似的形式理性化过程,尤其是行政诉讼,从1990年《行政诉讼法》颁布实施起,经历了一个从无到有的过程,而举证责任倒置等制度设计为“民告官”提供了有力的程序性支持。<sup>[57]</sup>

可见,“职业化”与“大众化”两种法律价值观是针锋相对的:前者注重法律系统自身的形式理性,而后者则强调实质正义和非理性的政治、道德等价值观念。按照韦伯对于法律思想的分类,“职业化”价值观属于“形式理性”(formal rationality),“大众化”价值观则属于“实质非理性”(substantive irrationality)。<sup>[58]</sup>许多法学家习惯于用一种从“人治”到“法治”的线性法律观来理解法律变革的“前进”和“倒退”,但如果实证地审视当代中国法律改革三十余年的历程,就会发现,“大众化”与“职业化”价值观之间的冲突和博弈不但将长期存在,而且是在理念层面理解我国法律改革进程的一条主线。而对于中国法律系统“内圆外方”的社会结构而言,这两种法律价值观的并存使法律系统的内部整合面临着许多困难。如果借鉴霍布斯的“身体政治”(body politic)概念<sup>[59]</sup>而把中国法律系统比喻成一个人的身体的话,那么“外方”结构是皮,“内圆”结构是肉,而这个人的体内却流着“职业化”和“大众化”两种不同的血液,于是皮肉之间的整合就产生了许多问题乃至疾病,遇到外力作用时,搞不好就会“皮开肉绽”。然而,本文至此的分析尚未触及这个人体结构中最稳固也最坚硬的骨头,也就是中国法律文化中根深蒂固的“法政合一”现象。

#### 四、法政合一

纵观世界各国法律史,无论在大陆法系还是英美法系,在民主体制还是威权体制,法律和政治之间总有着千丝万缕的联系,即使二者在正式结构上出现较高分化的(如西方国家的

[55] Sida Liu and Terence C. Halliday, *supra* note 11.

[56] 陈卫东、徐美君:《刑事诉讼法实施问题调研报告》,中国方正出版社2001年版;陈瑞华:《刑事诉讼的前沿问题》,中国人民大学出版社2006年版;左卫民,见前注[24]。

[57] Minxin Pei, “Citizens vs. Mandarins: Administrative Litigation in China,” 152 *China Quarterly*, 832—862 (1997). Kevin O’Brian and Liangjiang Li, “Suing the Local State: Administrative Litigation in Rural China,” 51 *China Journal*, 76—96 (2004).

[58] Max Weber, *Economy and Society*, eds. G. Roth and C. Wittich, University of California Press, 1978, pp. 654—658.

[59] (英)霍布斯:《利维坦》,商务印书馆1985年版。

“三权分立”),法律人与政治家之间的“旋转门”(revolving door)也始终是开放的。〔60〕 在中国法制史上,虽然国家体制的上层有刑部、大理寺等相对专业化的法律机构,但在基层政府的架构中,州县官的行政权范围包括了税收、司法等各个方面,其司法权也包括了现代意义上法官、检察官、警长、验尸官的诸多职责,瞿同祖曾将这一现象称为“一人政府”,贺卫方也曾用“全能型衙门”来形容这种“法政合一”的现象。〔61〕 在20世纪的巨大政治和社会变革之后,我国基层政府的机构设置和人员构成都有了显著变化,作为“职业化”法律价值观重要组成部分的“司法独立”理念在法律共同体内部和公共舆论上也逐渐获得了一定的合法性。但在基层法律实践中,司法权却依然附属于地方官的行政权之下。近年来,在法学界被广泛讨论的“司法行政化”、“司法信访化”等问题,其实都是“法政合一”的具体表现而已。〔62〕

“法政合一”不只是一种社会结构和资源分配方式,更是一种法律文化。在这种文化之下,法律系统与政治系统之间的分化程度很低,政府官员和民众的法律意识中都认为司法只是地方治理诸多工作中的一项,一方面并不需要受过高度专业法律训练的决策者,另一方面也无可避免地要受到当地政府的影响和干预。“法政合一”的文化在人事制度方面最明显的体现是全国各地各级法院的很多院长都不是受过法律专业教育并且具备长期法律实践经验的专业人员,而是从地方政府调任的行政官员。他们的学历和工作经历五花八门,社会阅历也十分丰富,对司法工作却是“门外汉”。于是,中国法院系统内部就出现了“外行领导内行”的普遍现象。和我国其他政府部门一样,法院也是一个科层制十分发达的机构,作为“一把手”的院长,理所当然地成为了审判委员会等法院内部权力机构的最高决策者,而许多在法院系统内工作多年的法官,却往往只能担任庭长、副院长等职务。

让具有丰富的地方工作经验却缺乏法律专业技能的官员担任法院领导,看似是一种极不合理的制度安排,但在我国的司法实践中却发挥着十分微妙的作用。首先,由于法院系统的人事和财务都并不独立,而是受制于地方政府,法官也都是有正式编制的国家工作人员,因此具有政府工作经验的法院院长就更容易与当地政府进行沟通,解决法院日常运作中的各种“燃眉

〔60〕 Terence C. Halliday, *Beyond Monopoly: Lawyers, State Crises, and Professional Empowerment*, University of Chicago Press, 1987. Terence C. Halliday and Lucien Karpik (eds.), *Lawyers and the Rise of Western Political Liberalism: Europe and North America from the Eighteenth to Twentieth Centuries*, Clarendon Press, 1997. Terence C. Halliday, Lucien Karpik, and Malcolm M. Feeley (eds.), *Fighting for Political Freedom: Comparative Studies of the Legal Complex and Political Liberalism*, Hart Publishing, 2007. Yves Dezalay and Bryant G. Garth, *The Internationalization of Palace Wars: Lawyers, Economists and the Transformation of Latin-American States*, University of Chicago Press, 2002. Yves Dezalay and Bryant G. Garth, *Asian Legal Revivals: Lawyers in the Shadow of Empire*, University of Chicago Press, 2010.

〔61〕 瞿同祖:《清代地方政府》,范忠信、晏锋(译),法律出版社2003年版,页28;贺卫方:《全能型衙门:传统与影响》,载《司法的理念与制度》,中国政法大学出版社1998年版,页244—246。

〔62〕 汪庆华:《政治中的司法——中国行政诉讼的法社会学考察》,清华大学出版社2011年版;汪庆华:“司法‘信访化’危害”,《新世纪》2011年第2期。

之急”。其次,当国家宏观政策改变时,法院系统也必须随之调整自己的司法政策,例如几年前提倡“和谐社会”时,法院系统也提出了“和谐司法”的口号,而从地方政府调任来的法院院长,在响应国家政策方面具有丰富的经验,可以在法律系统与政治系统的交错之间游刃有余。再次,在一些影响地方政府利益的重大疑难案件的审判过程中,来自政府机关的院长可以更为有效地维护当地政府的利益,而不会为了司法的公正性和公信力而让政府作出牺牲。最后,法院院长一般也担任该法院的党委书记,直接体现了党对司法的领导,这就是苏力所谓的政党“通过它的政治理想、政策方针和组织系统来塑造包括司法在内的所有现代国家机构”,<sup>[63]</sup>法院院长在其中扮演着至关重要的角色,因为作为“外行”的法院院长,可以超越法律系统内部“职业化”与“大众化”的价值观冲突,而在司法的科层制中直接有效地贯彻党的政治理念。

可见,由地方行政官员担任法院院长,既是“一人政府”的传统治理模式在当代中国行政机构高度发达、国家工作人员人数众多的情况下对司法权的自然延伸,又是实现党领导司法的一项至关重要的制度安排。而对于中国法律系统“内圆外方”的社会结构而言,这无异于在法律系统外部的政治系统与被“外方”结构掩盖起来的“内圆”结构之间挖通了一条暗道,让国家政治权力可以绕过法律系统的坚固围墙而直接深入其心脏地带。从理论上讲,如果“一把手”只负责法院的行政管理工作,而把案件审判工作完全交给有专业技能的法官们的话,那么这种分工就并不会对司法过程本身产生太多影响。但事实上,法院院长也是审判委员会的核心成员,虽然这个作为法院审判工作最高权力机构的委员会也包括了具备法律专业技能的副院长和各审判庭的庭长,但如贺欣的研究所显示的那样,审判委员会的日常运作受到了法院内部行政级别的显著影响,而院长在决策过程中权力巨大,基本上成了案件的最终决策者——这是因为,法院院长虽然经常是业务外行,却掌握着院内的人事安排和资源分配权,于是包括副院长、庭长在内的所有法官都希望和“一把手”搞好关系,而不愿意在日常工作中得罪领导。<sup>[64]</sup>

自上世纪90年代以来,许多学者都已经对这种行政权力侵蚀司法决策过程的现象进行了分析和批评,认为它为司法腐败的滋生提供了诸多便利,尤其是在院长本人存在腐败问题时,几乎没有任何有效的制约手段。<sup>[65]</sup>但另一个同样重要却被忽略了的问题是,这一“外行领导内行”的制度安排阻塞了法院内部那些既有政治素养又有专业能力的优秀法官的晋升之路,因为无论他们有多么出色,大多数人最多也只能成为法院组织系统中的“二把手”。对于这些专业法官而言,虽然有从下级法院向上级法院流动的可能性,也有机会调动到司法系统之外的其他政府机关任职,但终究很难摆脱被外行领导的命运。换句话说,不懂法律的地方行政官员可以进法院,甚至直接担任领导职务,而精通法律的法官们却很难突破司法系统内部的“玻璃天花板”,也很难进入地方行政系统担任领导职务。同样的问题也普遍存在于检察系统,即使再

[63] 苏力:“中国司法中的政党”,《法律和社会科学》(第1卷),法律出版社2006年版。

[64] Xin He, “Black Hole of Responsibility: The Adjudication Committee’s Role in a Chinese Court,” 46 *Law & Society Review*, 681–712 (2012).

[65] 贺卫方:《司法的理念与制度》,中国政法大学出版社1998年版。Ling Li, “The ‘Production’ of Corruption in China’s Courts: Judicial Politics and Decision Making in a One-Party State,” 37 *Law & Social Inquiry*, 848–877 (2012).

优秀的检察官,也几乎没有成为地方行政官员的可能性。

因此,对于中国的法官和检察官而言,其所在的法律系统在人员流动方面就成了一个对内封闭而对外开放的系统,使这些身处“体制内”的法律人只能专注于司法的技术工作本身,而无法实现在更大舞台上参政乃至治国的政治理想。而身处“体制外”的律师、公司法务人员、基层法律服务工作者等法律执业者,由于没有国家编制,就更缺乏参政议政的正式渠道,最多也只能在人大、政协等机构兼职,而且存在律师“进政协容易、进人大难”的普遍现象。<sup>[66]</sup>近年来,中国律师业内兴起了一股“维权”浪潮,许多有政治抱负的律师试图通过刑事辩护、行政诉讼等方式来从政治系统外部制约国家权力的滥用并保障公民的基本法律权利,这其实是律师缺乏有效政治参与渠道的一个必然后果。<sup>[67]</sup>归根结底,当代中国法律职业的政治性在“法政合一”的制度和语境下被极大地抑制了,其社会功能基本上被局限于司法和经济领域,而无法像许多其他国家的法律人那样在政治和公共生活中起到举足轻重的作用。于是,法律人与政治家之间的“旋转门”在我国就变成了只能向内开的“单向门”,政治家随时可以进来,法律人却很难出去。

当然,中国法律人的政治参与还有另外一条渠道,这就是法学专业的毕业生并不从事法官、律师等法律职业,而是通过公务员考试等方式直接进入中央或地方党政机关,在法律系统之外的科层制里开始其政治生涯。近年来,几位“文化大革命”结束后考上大学的法学毕业生已经开始走上国家领导人的岗位,也让我国的法律人看到了政治参与的一丝曙光。但这条道路的通畅程度至少会受到两方面的制约:首先,只受过几年法学教育而没有多少法律实践经验的法学毕业生能否将学理化、技术化的法律知识有效地转化为日常行政工作中的专业技能,是存在疑问的;其次,与经济管理和工程等热门专业相比,法学毕业生在我国各级政府的工作人员中所占比例还十分有限,并且集中于法制办等相关专业机构,法律人在与经济人、工程师等专业人士的“宫廷战争”(palace wars)中是否能占据优势地位,也尚需时间检验。<sup>[68]</sup>

综上所述,在现代国家科层制程度显著提高与对基层社会控制力大大增强的历史背景下,当代中国的政治系统与法律系统在正式结构上虽然出现了分化,但“法政合一”的传统法律文化却并没有减弱,反而在制度层面得到了强化,并且体现出行政对司法的强大支配性。一方面,司法依然是地方治理的组成部分,但其重要性随着地方政府职权的扩张而下降了。而且,由于地方最高行政官员已经不再像古代的州县官那样直接负责司法工作,而是将这一权力交给了作为其下级的法院院长、检察长、政法委书记等党政官员,司法决策过程就无可避免地受到行政权力的各种直接和间接支配。与此同时,法官、检察官、律师等法律专业人员在法律系

[66] 王中华:《当代中国律师政治参与研究》,南京大学出版社2012年版。

[67] 刘思达:“法律职业的政治命运”,《交大法学》2013年第1期。Hualing Fu and Richard Cullen, “Weiquan (Right Protection) Lawyers in an Authoritarian State: Building a Culture of Public Interest Lawyering,” 59 *China Journal*, 111–127 (2008). Hualing Fu and Richard Cullen, “Climbing the Weiquan Ladder: A Radicalizing Process for Rights-Protection Lawyers,” 205 *China Quarterly*, 40–59 (2011).

[68] 程金华:“法律人从政——合理性分析及其验证”,《中外法学》2013年第1期。Yves Dezalay and Bryant G. Garth, *The Internationalization of Palace Wars*, *supra* note 60.

统之外的政治参与途径十分有限,法律人的治国理想只能寄望于进入国家行政体系却缺乏法律实践经验的法学毕业生来实现。许多受“职业化”价值观影响的法律人将“法政合一”现象视为中国法治进程的制度性阻碍,但事实上,行政化和科层化的治理方式不仅是一种制度安排,而且是中国法律系统最稳定也最难改变的文化核心,即使司法独立等理念在法律界和公共舆论中获得更多的合法性,即使政治系统与法律系统都出现重大制度变革,如果官员和民众的法律意识没有根本性改变的话,这一具有深厚历史传统的文化核心也很难被撼动。<sup>[69]</sup>

## 五、结 语

在这篇文章里,笔者沿着齐美尔所开创的社会几何学传统,提出了一个理解法律系统整体社会形态的理论分析框架,并由此将当代中国法律系统的社会形态概括为十六个字:内圆外方、三位一体、二元对立、法政合一。其中“内圆外方”是这一法律系统的社会结构,“三位一体”是其运作方式,“二元对立”是其价值观冲突,“法政合一”是其文化核心。这个社会几何学概括的本质并不是抽象的数字和形状,而是这些数字和形状背后所体现出的社会分化与整合的具体形态特征。由于选题的宏大与篇幅的限制,本文只讨论了当代中国法律系统在空间维度最为显著的四个社会形态特征,而并未过多涉及其时间维度,即法律系统的历史变迁过程以及未来发展的可能性。但必须强调的是,时间维度恰恰是解释社会形态产生的原因和过程的要害,这一重要问题将留待未来的研究进一步探讨。同时,由于本文的研究对象是中国法律系统的社会形态,因此并未涉及中国法与外国法之间的比较,但细心的读者会发现,笔者所描述的四个社会形态特征与西方国家(尤其是英美法国家)法律制度的相应特征有明显的区别。然而,笔者并不试图像费孝通那样为了说明中国社会“差序格局”的基本结构而将西方社会的基本结构笼统地归纳为“团体格局”<sup>[70]</sup>——这种跨越文化历史语境的归纳只能产生不符合社会事实的所谓“理想类型”,而并不能增进对于外国法律与社会的真实理解。

对于正在试图摆脱“复制加解读”的研究方式束缚的中国法理学而言,笔者希望本文能够开辟一个新的学术进路,使今后的法律社会学研究不再集中于权力、话语等批判性视角或者基于统计分析的定量研究,而是更加关注法律系统运作过程中的各种社会形态,着重理解和分析那些“活生生的人,实实在在的案卷与真真切切的历史”。<sup>[71]</sup>此外,笔者更希望本文能为关于中国法律制度在立法、司法、法律职业、纠纷解决等方面的社会科学研究提供一个在理论层面彼此对话和整合的可能性——法理学的使命,归根结底正在于此。

(责任编辑:章永乐)

[69] 关于中国民众法律意识的研究,参见 Mary E. Gallagher, “Mobilizing Law in China: ‘Informed Disenchantment’ and the Development of Legal Consciousness,” 40 *Law & Society Review*, 783—816 (2006)。

[70] 费孝通,见前注[5]。

[71] 刘思达:“中国法律社会学的历史与反思”,《法律和社会科学》(第7卷),法律出版社2010年版。