

中国式现代化与法律秩序重构

季卫东*

摘要 以韦伯和昂格尔的设问为线索,回溯法制现代化运动的目标模式,有助于总结和反思中国社会与制度变迁的实践经验。循此线索,可将中国式现代化的法治内涵分为四个阶段或类型进行比较分析。透过民法典编纂和审判独立原则之确立这两个典型,可观察到把多元性和关系性嵌入“潘德克顿”系统以及通过功能替代物和因势利导的助推措施拉动司法改革等现象。特别值得重视的是,数字信息技术通过全程留痕、规则嵌入系统等方式,可以在相当程度上有效落实现代法治构想,但也提出了如何制约“算法利维坦”的新课题。由此可见,在AI驱动的现代化新阶段,寻找法律公正程序与技术公正程序的最佳组合,将成为数字化法治的主要内涵。

关键词 祛魅与脱嵌 “法与发展”运动 新型财产权 司法规律 算法利维坦

一、引论:韦伯与昂格尔的世界史之问

毋庸讳言,在考虑中国的现代化之际,无论如何都绕不开广为人知的关于中国社会转型的“韦伯之问”。

作为“社会科学的伽利略”,马克斯·韦伯(Max Weber)在20世纪初叶的社会学、宗教学、历史学、政治学、经济学、法学等诸多领域都具有深远的影响。对其学术思想的评价,存在两种基本立场:一种是他作为理解现代化、特别是西欧式现代资本主义经济体制的坐标;^[1]另一

* 上海交通大学凯原法学院讲席教授。

[1] 例如复旦大学的郁喆隽在其新著中就把韦伯视为“一座绕不过去的现代性界碑”,详见郁喆隽:《财富、救赎与资本主义:马克斯·韦伯的新教伦理研究》,生活·读书·新知三联书店2021年版,特别是序言以及第八章。

种是把他作为比较文化(文明)研究的参照系。^{〔2〕}在我看来,这两种立场的结合部就是韦伯的中国论。尽管韦伯没有访问过中国,但他对中国抱有极其浓厚的兴趣,并借助社会科学的方法进行了深入的研究,发表了一些重要论述,至少提出了若干值得反复推敲的问题。

很遗憾,在很长一段时期内,中国反倒对他的学说缺乏充分的关注。固然,在上世纪三十年代,郑太朴等人曾经翻译过韦伯的《经济史》,孙本文等社会学者也曾经探讨过韦伯的社会理论,但却并没有在学界激起波澜。直到1983年,以中国大陆大力推行“改革与开放”为背景,身居香港的著名社会学家金耀基在现代化与中国文化研讨会上发表《儒家伦理与经济发展——韦伯学说的重探》一文,^{〔3〕}在汉语世界引发广泛争论。同一年,德国学者舒卢赫塔(W. Schulchter)编著的《韦伯关于儒教和道教的研究》在法兰克福出版,^{〔4〕}其影响远超汉学研究的藩篱。1985年之后,中国终于开始掀起研究及批判性审视韦伯理论的热潮。^{〔5〕}

正如杨庆堃和金耀基指出的那样,韦伯中国论的核心问题意识是:中国为什么不能自发地形成现代资本主义体制?^{〔6〕}韦伯考察了中国传统社会的货币、城市、行会、亲属组织、科层制官僚国家以及法律等物质因素或结构,以及中国人与生俱来的显著营利动机和节俭行为,他发现:尽管存在各种各样非常有利于资本主义产生的外在条件,但理应出现的资本主义市场经济(除了某种政治指向的国家资本主义形式)却并没有发生,原因究竟何在?这就是关于中国的“韦伯之问”。他自己经过思考和追究,认为这是由于中国缺乏资本主义精神所需的特殊心态。韦伯认为,作为传统中国社会主导性价值系统的儒家伦理,以及入世的、与新教苦行精神相对立的“适应现实式理性”(Rationalismus der Weltanpassung),或者说中庸之道,导致超越性的规范与现实秩序之间失去了必要的张力。在这里,韦伯实际上把儒家伦理与新教伦理作为影响现代化进程的两种精神结构,并认为二者互相对立。

但是,上世纪七十年代之后的东亚经济奇迹,对韦伯之问及其答案似乎提出了严峻挑战。重新诠释儒家伦理以及文化、制度对社会发展的正反馈机制,遂逐渐成为相关研究的新潮流,甚至俨然呈现出“儒家文艺复兴”盛况。^{〔7〕}例如,杜维明强调,在儒学的精神世界中,礼与仁

〔2〕 例如上海大学的李荣山把韦伯的理念型方法视为文明比较的基本模式,参见李荣山:《文明比较与文化自觉:迈向和而不同的比较历史社会学》,《中国社会科学》2022年第9期,第162—182页。

〔3〕 金耀基:《儒家伦理与经济发展:韦伯学说的重探》,载乔健主编:《现代化与中国文化研讨会论文集汇编》,香港中文大学社会科学院暨社会研究所1985年版,第133—146页。

〔4〕 Vgl. W. Schulchter (Hg.), Max Webers Studie über Konfuzianismus und Taoismus: Interpretation und Kritik, 1. Aufl., 1983.

〔5〕 《读书》杂志编辑部在1985年召开关于韦伯思想的座谈会,被认为是中国知识界认真对待韦伯的第一个标志性事件。1987年《新教伦理与资本主义精神》中译本由三联书店出版发行,造成了很大的影响。

〔6〕 参见金耀基:《中国社会与文化》,牛津大学出版社1992年版,第132页。

〔7〕 对韦伯中国论的反思在上世纪六十年代末发轫,七十年代中期已经逐渐强劲,在这个过程中,狄百瑞(Wm. T. de Bary)、墨子刻(T. A. Metzger)、杜维明都起了推波助澜的作用。但是,赫尔曼·卡恩(Herman Kahn)鉴于“后儒家文化圈”的经济奇迹,在七十年代末进一步正式提出了针锋相对的反命题。(见下注〔7〕)

构成张力,使个人能够进行创造性转化,并实现内在的超越,进而新儒学也可树立倾向于主宰现实、改造现实的伦理观。〔8〕1985年,历史学家余英时出版《中国近世宗教伦理与商人精神》一书,将诸如此类的讨论和争议提升到知识考古和实证分析的高度。余著旁征博引,认为妨碍中国发展资本主义经济的,并不是儒家伦理及其世俗合理性,而是因为这种合理性未能融入政治和法律领域。换言之,中国现代化的最大障碍在官僚国家,在缺乏可靠法律的制度设计。

余英时的这种主张与韦伯的中国论并不矛盾。在《儒教与道教》一书中,韦伯指出:传统中国的政府和法律追求实质性正义的结果,产生了伦理规范法典化倾向以及泛灵论式巫魅的、非理性的“迷信大宪章”。〔9〕在他看来,所谓法制现代化,就是要加强法律的理性(特别是形式合理性)和可预测性,保护个人自由;然而中国法的状态却与此南辕北辙。由此可见,要使国家和法律秩序具有合理性,一方面必须对传统的宗教和伦理价值体系进行“祛魅”,另一方面让个人从复杂纠缠的共同体身份关系中“脱嵌”。在这一逻辑的延长线上,韦伯认为自发生成的资本主义体制或者更广义的现代性虽立足于西欧的特殊风土,但却可以传递到其他国度。他还预料到“中国人同样也能够(也许比日本人更加能够)在现代文化领域里学会在技术上与经济上均已获得充分发展的资本主义”。〔10〕不言而喻,这种传递和学习,主要体现为现代法律的制度移植和学说继受。

除了韦伯之问以外,考虑中国的法制现代化问题,也有必要认真对待比较法学理论上以中国为研究典型的“昂格尔之问”。

罗伯特·昂格尔(Roberto M. Unger)在审视自由主义社会及其法律秩序的内在矛盾和政治基础时,把中国经验作为比较分析的框架或对照的原型,试图通过鲜明的对照来深化对组

〔7〕 接前注〔7〕See Herman Kahn, *World Economic Development: 1979 and Beyond*, London: Croom Helm, 1979. 不久之后,社会学者彼得·伯格(Peter L. Berger)在1983年发表《世俗性——西方与东方》,把儒家伦理理解为东亚经济增长的主要动因,并认为存在另一种现代化形态。在这里,他对儒教思想进行了分类,与韦伯论述的作为国家意识形态的儒学不同,还存在一种作为民间日常伦理的通俗儒家思想(Vulgar Confucianism),认为后者值得深入考察。See Peter Berger, “Secularity: West and East,” in Institute for Japanese Culture and Classics Kokugakuin University, *Cultural Identity and Modernization in Asian Countries: Proceedings of Kokugakuin University Centennial Symposium*, Tokyo: Kokugakuin University, 1983. 相关论述,金日坤《儒教文化圈の秩序と経済》(名古屋大学出版会,1984年)参照;杨君实、杜念中主编:《儒家伦理与经济发展》,台北允晨文化实业股份有限公司1987年版。

〔8〕 See Tu Wei-ming, *Humanity and Self-Cultivation: Essays in Confucian Thought*, Berkeley: Asian Humanities Press, 1979; See also his *Confucian Thought: Selfhood as Creative Transformation*, New York: State University of New York Press, 1985.

〔9〕 参见(德)马克斯·韦伯:《儒教与道教》,洪天富译,江苏人民出版社1997年版,第172—175、195—196页。

〔10〕 同上注,第277页。

织、意识及规范之间复杂关系的认识。^{〔11〕} 在他的早期著作中,特别是关于中国的论述中,我们可以发现韦伯理论对昂格尔的明显影响。昂格尔注意到,在中国发生的那些导致统一帝国诞生的各种物质性现象(例如为了赢得国家之间战争而提高生产效率、政治的集权化、能动的行政专职人员以及在土地自由买卖过程中出现的佃农)与西欧导致主权国家的现象之间,存在很多相似之处,但两者的法律化结果却非常不同。^{〔12〕} 接下来的问题就是:现代法治——即普遍主义的、自治指向的法律秩序以及法律支配国家和个人的观念——为什么未能在中国形成?这就是所谓的“昂格尔之问”。

昂格尔认为,中国没有确立法治秩序的主要原因,是因为社会结构不具有群体(集团)多元主义的属性,精神结构不具有自然法的观念。一般而言,在群体多元主义的社会形态下,人们不承认永久的统治集团,领导权的归属带有一定的概率性,社会更像一种不同利益诉求进行竞争的赛场。因此,群体多元主义社会更重视中立的、合理的法律规则体系,以便公平分配权力和适当调整不同群体之间的利害关系。^{〔13〕} 而自然法的观念和理论起源于神圣与世俗的二元性及其张力,起源于具有超越性的宗教与多种多样的文化体验之间竞争的构图。现实的法律规范被认为应该体现自然法,具有超越具体社会秩序的普遍性和自治性,只有这样才能发挥法律制约国家权力的作用,并使国家权力获得正当性。如果不具备上述条件,现代法治秩序就无从确立。

根据昂格尔的理解,中国社会与法的历史主要经历了三个重要阶段。第一阶段是从西周春秋时代中期为止。在这一阶段,尽管国家权力开始集中化,但法律既不是实证的,也不是公定的。以习惯法为中心的礼仪制度,属于相互作用的行为规范,是一种自生秩序的典型。第二阶段是从春秋时代中期到秦始皇统一中国为止,可称之为制度演化的过渡期。在这个阶段,国家形态从封建制转变为郡县制,权力的集权化达到很高程度,出现了实证的、公定的官僚法或者管理型法律。但是,法律与命令、行政与司法之间不存在明确界限,法律被理解为统治者的工具,并无自治性可言。第三阶段是自西汉以后。这一阶段尽管形成了儒表法里的管理模式,但礼仪秩序与官僚法律相对峙,并没有实现制度化整合,不可能形成现代意义上的法治理论。^{〔14〕} 但是,后来昂格尔把注意力从法制现代化问题转向中国式社会整合机制问题,即儒家思想究竟如何催生一种基于共同体责任感的利他主义精神和社会团结。^{〔15〕} 近年来,昂格

〔11〕 See Lawrence Lessig, “Plastics: Unger and Ackerman on Transformation,” *Yale Law Journal*, Vol. 98, No. 6, 1989, pp. 1173-1192; John J. A. Burke, *The Political Foundation of Law and Need for Theory with Practical Value: The Theories of Ronald Dworkin and Roberto Unger*, The Woodlands: Austin & Winfield, 1992.

〔12〕 Roberto M. Unger, *Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory*, New York: The Free Press, 1976, p. 48.

〔13〕 这与顾准关于多元化而非直接民主导致规则之治的论点不谋而合,详见顾准:《顾准文集》(增订版),民主与建设出版社2015年版。

〔14〕 石川英昭「R. アンガーの中国古代礼法論」『鹿兒島大学法学論集』第22卷2号(1987年)97—123頁をも参照。

〔15〕 Roberto M. Unger, *Passion: An Essay on Personality*, New York: The Free Press, 1984, p. 66.

尔还试图把法学研究与关于社会结构变化的解释密切结合起来,建构一个新的综合性宏观理论,其中关于作为内在秩序的法、作为主权意志的法以及作为社会实体结构的法的类型分析,可依稀辨认出早期历史阶段论框架的残影。^[16]

本文以韦伯和昂格尔这两位思想家的设问为出发点和基本线索,从宏观历史与理论反思等维度,考察一个多世纪以来中国法制现代化的曲折历程及社会转型的底层逻辑,将作为“个人权利列表”的民法典(特别是个人与个人之间的侵权责任)以及作为“国家权力制约机制”的审判独立原则(特别是个人对政府的维权诉求)作为典型实例进行分析,用于衡量社会与法制现代化的内涵和外延。此外,在技术与法制现代化的互动场景中,还可以发现中国法制现代化进路的一些重要特性,为认识现代法治的不同维度及其实践提供反思的契机。

二、法制现代化运动的来龙去脉

那么,究竟什么是法制现代化?它的目标模式包含哪些具体内容?应该怎样判断和评价一个法律体系的现代性?

韦伯根据西欧的历史经验,把法律制度变迁的过程大致分为四个主要阶段。即,①由法律先知者基于个人超凡魅力(卡里斯玛)而进行超验启示的阶段;②由法律名士望族进行经验性法律创造和法律发现的阶段;③由世俗的最高权力或者宗教的统治权威发布强制性法律指令的阶段;④由受过专业化训练的法律家按照形式逻辑的思维方式进行体系化的立法和专业化的司法的阶段。^[17]当然,这些阶段划分基本上属于理论构造,并非完全的事实描述。虽然韦伯主要是从合理性角度来把握现代化的历史运动,并把法律的形式合理性视为最普遍的发展特色,但他还是认为发展具有多样化的路径和顺序,并没有主张那种线性的、机械的进化论。^[18]

在韦伯看来,西欧现代法律制度的合理化源于两种力量的推动。一种是资本主义市场经济对形式性的、可预测和可计算的法律概念和诉讼程序的需求。另一种是“绝对王政”或专制主义国家权力对科层制官僚机构的效率和整合性的需求。^[19]他所理解的现代法律体系的形式合理性概念主要包括以下内容:所有的具体法律决定都是把抽象的法律命题适用到具体情节的结果;关于所有具体情节的具体答案,都可以从抽象的法律命题合乎逻辑地推演和提炼出来;法律制度就是由法律命题所构成的严密而完美的体系;用法律语言无法合理解释的要素,在法律问题决定过程应不予考虑;所有社会行为都可以理解为对法律命题的适用、执行或者违反。^[20]在很长时期内,关于现代法律形式合理性的这些特征,被当作非西欧社会法制现代化

[16] See Roberto M. Unger, *The Universal History of Legal Thought*, Kindle Edition: Deep Freedom Books, 2021.

[17] 参见(德)马克斯·韦伯:《经济与社会(下卷)》,林荣远译,商务印书馆1997年版,第201页。

[18] 同上注,第201—202页。

[19] 参见韦伯,见前注[9],第174—175页。

[20] 参见韦伯,见前注[17],第18页。

的目标模式。然而,这里有必要指出的是,韦伯本人并非无条件地拥护形式合理性;相反,他承认其中存在职业法律人与普通民众之间意见的差异。总之,韦伯所理解的现代法治,究其本质就是国家垄断暴力,但这种暴力必须具有正当性。概括为一个更简洁的表述,即“正当的强制”。而在维护正当性方面,最关键的因素有二,即公正程序与辩护律师。也就是通过有效保障个人权利的方式来防止国家权力滥用,从而增强国家体制和法律秩序的可信度。

韦伯认为,与西欧现代法律制度的设计方案形成鲜明的对照的是,由于家产制的影响,中国传统的审判具有世俗的、甚至是异常的非合理性,与行政管理没有任何区别并不断受到权力者的干预,不具备形式性标准,没有律师和受过专业训练的法律职业,因而缺乏可预测性。^[21] 韦伯还注意到,在西欧受到高度重视的各种民商事法(私法)规定,在中国法律中极少(如果有的话,也是间接性的),也缺乏保障个人自由权的观念;伦理指向的家产制总是追求实质性公道,而不是形式性法律。^[22] 另外,国家权力很难渗透到氏族共同体之中,因为氏族具有制定伦理规约和惩罚内部成员的权力,这种权力不仅具有超越法律(*praeter legem*)的效力,而且在某种情况(例如过继养子、丧礼)下,甚至还具有抗拒法律(*auch contra legem*)的效力。^[23] 在这里,区别中国传统法律秩序与西欧现代法治的最关键标志,乃在于是否存在个人“主观性权利”的制度保障。

一般而言,个人主要通过提起诉讼的方式来维护自由和“主观性权利”,因此独立而公正的司法制度被认为是现代法治的核心。按照日本法社会学家川岛武宜的理解,一个社会的现代化程度越高,通过审判维护权利的案件数量就越多。反之,在前现代社会,所有权保障、契约自由以及程序公正等观念比较匮乏。因此,为了推动社会的现代化,就必须把个人从共同体中解放出来,同时要增强个人的权利意识、法律意识以及维护合法权利的诉讼意识,使自由和守法实现有机统一。^[24] 虽然他的讨论针对的是日本法制现代化路径,但很多人认为这也适合中国及其他亚洲国家。在考察现代法律意识和权利意识之际,针对政府滥用权力现象的行政诉讼和针对私人(包括自然人和法人)之间侵权行为的损害赔偿诉讼具有重要的意义,可作为衡量法制现代化程度的两个基本尺度。实际上,这种意义上的法制现代化是20世纪的亚洲乃至全世界的一个主旋律。^[25]

根据法社会学家马克·噶兰特(Marc Galanter)的比较分析和综合,所谓现代化的法制,具有十一种基本特征,即统一性、交易性、普遍适用性、科层等级性、可预测性、合理性、专业性、媒介性、可变性、政治功能性、制衡性。这也正是曾席卷法社会学界的“法与现代化”研究运动

[21] 参见韦伯,见前注[17],第148、170页。

[22] 参见韦伯,见前注[9],第121—123页。

[23] 参见韦伯,见前注[9],第107页。

[24] (日)川岛武宜:《现代化与法》,王志安等译,中国政法大学出版社1994年版,第四章特别是212页。

[25] 参见公丕祥:《法制现代化的理论逻辑》,中国政法大学出版社1999年版;公丕祥主编:《全球化与中国法制现代化》,法律出版社2008年版。

所追求的基本目标或实践主张。^[26] 但不得不指出,这里实际上存在一个预设:所有的国家都可以明确地划分出前现代社会与现代社会,前者野蛮,后者文明,并且如影随形地伴随着一系列二分法(残酷与人道、隐秘与公开、身份与契约、恣意与程序、管制与自由、独裁与民主);并且,在从野蛮到文明这一线性进化的方向上,各国处于发展的不同阶段,而法律制度在现代化过程中可发挥举足轻重的作用。这样的预设,实际上也暗含了现代化就是法制西化这一命题。相应地,基于这种预设,法律移植或者法律继受就成为法制现代化的路径。

二战之后,“法与现代化”口号在很多场合被转换为“法与发展”(Law and Development)运动的表述,因为在二战后的民族解放和殖民地独立背景中,文明与野蛮的二分法显得不合时宜。虽然难以精确地叙述“法与发展”运动究竟是如何触发的,但一般认为,1958年发表的约翰·帕克(John J. Parker)的论文《我们的伟大责任:必须把世界引向自由与正义》构成“法与发展”运动肇始的标志。^[27] 观察可见,“法与发展”运动隐约可见如下假定:①以个人自由权为中心的美国式法治主义理念具有普世价值;②所有国家都可以通过现代法治的装置对社会进行有效控制;③在现代化或者发展过程中,法律职业具有引领作用。但是,这样的一元化目标模式在东南亚、拉丁美洲以及非洲的“法与发展”的实践中遭遇到挫折甚至危机,导致该运动的思想领袖大卫·楚贝克(David M. Trubek)和马克·噶兰特在上世纪七十年代初发表具有强烈冲击力的自我反省论文,进而引发了从一元到多元的方向性转折。^[28] 以此为转折的标志,之后有内生式发展论、多元主义法律体制论以及第三世界法学等主张先后兴起,国际化与本土化的争论波澜起伏。到二十世纪九十年代,伴随着全球化浪潮及中国、东欧的法治化转型,“新型的法与发展运动”(NLDM)初露端倪,但并未产生深刻影响。

二十世纪末,以世界贸易组织和互联网为标识的经济和信息的全球化浪潮开始冲击现代主权国家体制及其法律秩序。现代化与后现代两种不同的社会变迁同时进展,法治的教义学话语也开始相对化,甚至出现对立因素共生的结构化趋势。例如,1997年起源于东南亚的“亚洲货币危机”曾经被界定为亚洲的“道德危机”,有人因此宣告亚洲价值论以及“裙带资本主义”(Crony Capitalism)模式的破产。^[29] 与此形成对照,2007年起源于美国次贷危机的“世界金

[26] See Marc Galanter, “The Modernization of Law,” in Lawrence M. Friedman and Stewart Macaulay (eds.), *Law and Behavioral Sciences*, 2nd ed., Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1977, pp. 1046-1060.

[27] See John J. Parker, “Our Great Responsibility: We Must Lead the World to Freedom and Justice,” *American Bar Association Journal*, Vol. 44, No. 1, pp. 17-21. 关于这场运动的起源、特征及其兴衰过程, see John H. Merryman, “Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline & Revival of Law and Development Movement,” *American Journal of Comparative Law*, Vol. 25, No. 3, 1977, p. 457; 姚建宗:《法律与发展研究导论》,吉林大学出版社1998年版。

[28] See David M. Trubek, “Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development,” Vol. 82, No. 1, 1972, pp. 1-15; David M. Trubek and Marc Galanter, “Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States,” *Wisconsin Law Review*, Vol. 1974, No. 4, 1974, pp. 1062-1102.

[29] See David C. Kang, *Crony Capitalism: Corruption and Development in South Korea and the Philippines*, New York: Cambridge University Press, 2002.

融危机”，也被理解为全球金融资本主义体制的“道德危机”。〔30〕这种回旋镖效应也从一个方面体现了现代化的法治内涵正在发生复杂的变化。总之，到21世纪，法律秩序不仅需要通过“必要美德”(Necessary Virtues)来获得正当性，而且还要进一步追求反映不同种族、不同国度、不同文明之间重叠共识的“高尚德性”(Noble Virtue)，〔31〕并通过多层次、多元化的对话机制来实现面向未来的转型。

三、中国式法制现代化历程的回顾与反思

在中国，现代化运动是在完全不同于西欧和日本的社会条件设定下展开的。在西欧和日本，国家和法的现代化分别以“政教分离”及“从封建制转向郡县制”为基本特征，政治权力结构从分散趋于集中。但在中国，从孔子告诫“敬鬼神而远之”的远古开始，世俗合理性的色彩非常浓厚，不存在把人民和法律从宗教的桎梏下解放出来的历史任务。秦朝开始实施郡县制，官僚机构一直强有力并且越来越高度集权化，因此社会变革首先需要促成这个“大一统”体制的解构，即存在首先从集中到分散，然后再回到另类集中的政治趋势。在这个意义上，可以说中国的法制现代化势必采取不同的路线和步骤，呈现出与西欧模式有所不同的特色。尽管如此，我们还是要特别注意现代法治的本质属性和共性，这就是通过法律规范限制国家权力的运用，保护公民个人的自由和“主观性权利”，以利于社会发展和创新。忽视这一条保留意见，所谓特色就很容易变异为抵制法制现代化的借口。

自1905年清末五大臣考察欧美制度起，中国开始着手移植欧陆法，推动法律秩序范式转换。建国以后，又推动了社会主义式产业化和相应的结构转型。一百二十余年间，我们进行了各种各样的法制实践，积累了丰富的经验素材。例如租界内的混合审判和治外法权、立宪主义的勃兴和挫折、地方政府的自治运动、大规模的现代法典编纂、香港殖民统治当局进行的英国判例法系移植、东北三省的伪“满洲国”设计、革命根据地的制度创新、社会主义体制下的法律废改立、经济特区的制度实验、涉外法律体系的发展等等。根据我的观察和理解，中国的法制现代化历程大致可分为如下四个阶段或基本类型。〔32〕

(一)“托古改制”——传统文化的重新诠释和制度改良

1901年签订的《中英追加通商航海条约》第12条规定，改善中国法律是废除领事裁判权的前提条件。以此为由，翌年列强都纷纷向清政府提出了修改法律的要求。由此可见，西欧式现代法律作为一种政治现象展示在中国面前时，并不是价值中立的，因而也很容易引发强烈的受害者意识和情绪化反应。无论如何，正是在这样的背景下，一直反对为收回治外法权而修法

〔30〕 See Manuchehr Shahrokhi, “The Global Financial Crises of 2007-2010 and the Future of Capitalism,” *Global Finance Journal*, Vol. 22, No. 3, 2011, pp. 193-210.

〔31〕 See Peter Berkowitz, “Liberalism and Kosovo: The Good Fight,” *The New Republic*, Vol. 220, No. 19, 1999, pp. 20-21.

〔32〕 季衛東『超近代の法——中国法秩序の深層構造』(京都:ミネルヴァ書房、1999年)168—176頁を参照。

的通商大臣张之洞,终于转变立场,清政府也在1903年颁发了制定新法的诏书。法律修订大臣伍廷芳、沈家本等在《申明新商折》(1905年9月16日)明确写道:“臣等奉命修订法律,本以收回治外法权为宗旨。”^[33]由此可见,清末启动变法事业并非基于社会内在的需求,而是为了解决修改不平等条约这一外交课题。明治时代日本的现代法典编纂,也是出于同样的动机。但不同的是,日本的精英阶层已经就采取“脱亚入欧”方式推进现代化达成基本共识,但中国的精英阶层仍然对传统文化和制度保持着高度自信。即便像康有为、严复、梁启超等改革派思想家,虽然也从借鉴先进制度的角度论述维新变革的意义,但并未能跳出“中体西用”说的窠臼。一般士大夫更是陶醉在回归上古黄金时代的幻想之中。因此,清末的法制改革不得不采取“托古改制”的方式。

例如,康有为引用《尚书·洪范》中关于“谋及卿士、谋及庶人”的记载和孟子关于“大夫皆曰、国人皆曰”的表述,主张上下议院的雏形在中国古代已有,因此引进西欧现代议会制度具有足够正当性。^[34]沈家本在编纂现代法典之际虽然坚持“以列强为模范”的宗旨,但为了导入现代的司法独立原则,也不得不假托周代政官与刑官相分离的先例;^[35]在设置陪审制、废弃“无夫奸”罪名时也还是要到《周礼》中寻求制度化的标准或正当化的根据。^[36]在1910年9月1日开始审议《大清新刑律草案》时,爆发了礼教派与法理派的激烈争论,法理派在不断搬出儒学经典和古代制度作为凭证之余才得以险胜。^[37]虽然因为民商法在传统中国几乎不存在,所以有关当局在这方面确立了模仿西欧既有制度的立法方针,但修订法律大臣俞廉三等在1911年10月26日呈览《大清民律草案》的奏折中,还是把担保物权、登记等制度的渊源追溯到中国上古,并强调所有条文都立足于儒学经义和道德,特别是主要由本国法学家起草的亲属、继承两编的立法理由,更是频频强调与礼制的继承关系。与此相映成趣,主要由政府聘请的日本法学家志田铏太郎等拟订的《大清商律草案》则遭到统治集团内保守派的抵制,以不合国情为由而被基本废弃。^[38]

(二)“全盘西化”——按照西欧现代化蓝图对上层建筑进行改造

1911年的辛亥革命不仅推翻了清朝统治,也终结了延续了两千年的帝制,为更加大胆的

[33] 张国华、李贵连合编:《沈家本年谱初编》,北京大学出版社1989年版,第104页。

[34] 在康有为的《戊戌奏稿》中看到这类举例论证的手法不免咋舌,但这种话语在当时的中国其实司空见惯,被称为“西学中国起源说”。详见李孝悌:“托古改制——历代政治改革的理想”,载郑钦仁主编:《中国文化新论·制度篇——立国的宏观》,台北联经出版事业公司1982年版,第465—509页。

[35] 参见张晋藩等:《中国近代法律思想史略》,中国社会科学出版社1984年版,第179页。

[36] 参见李贵连:《沈家本与中国法律现代化》,光明日报出版社1989年版,第148、181页。

[37] 同上注,第166页以下。

[38] 详见島田正郎『清末における近代の法典の編纂』(東京:創文社,1980年)第二章、第三章。另外,关于清末法制现代化以及日本法学家的作用,董康「清末民初における法典編纂の概要」(瀧川政次郎訳),瀧川政次郎『中国法制史研究』(東京:巖南堂書店,1979年)491—512頁;宮坂宏「清末の法典編纂をめぐって」法制史学会(編)『法典編纂史の基本的諸問題・近代』(東京:創文社,1964年)187—214頁;「清国の法典化と日本法律家——清末の刑法典編纂の問題について」仁井田陞博士追悼論文集・第三卷『日本法とアジア』(東京:勁草書房,1970年)237—255頁参照。

法制变革提供了机会。特别是“五四运动”对传统文化的彻底否定,一扫移植西欧现代法律制度的思想障碍。1926年胡适发表了《我们对于西洋现代文明的态度》一文,敦促中国把立场从“选择性现代化”移到“充分接受现代文明”,也就是“向西转”。〔39〕到1934年,陈序经公然提倡“全盘西化”论,特别是主张法律从根本上学习西方,〔40〕引起强烈反响。的确,这个口号很容易招致非议,何况当年10月国民党领袖已经通过国家级祭孔活动推动传统文化的复兴以便实现社会整合。与此相呼应,王新命、陶希圣、萨孟武等十位学者也在《文化建设》第1卷第4期(1935年)发表了《中国本位文化建设宣言》。但是,作为基本国策的“训政”理论的倾向和当时中国精英阶层的氛围,整体上仍是支持西化主张。正是在这样的背景下,中华民国在1928年就开始推进法典编纂,并且一直拥抱西欧的现代制度。

这种法制上的“全盘西化”,具体表现为把“普遍的世界性”作为立法的准则,要求所有法律规定都不得与现代化的潮流相违背。〔41〕立法当局还承认西欧现代法律的先进性,并公然标榜继受的谱系。〔42〕连被认为最难进行外国法律移植的亲属、继承制度,也在没有引起什么争论的状况下被彻底刷新。也就是说,中国社会在法律层面迅速脱离家族主义、实现了核心价值观的转换。〔43〕根据相关的比较法研究,1929年到1930年之间先后公布的民法典,其基本原则、构成方式以及95%左右的条文都汲取了德国和瑞士的民法内容。〔44〕其他法典也都是全面移植西欧现代法律制度,尽管在程度上或多或少存在一些差别。

这样迅速推进的法制“全盘西化”,当然会在成文法与社会现实之间形成隔膜甚至鸿沟,日常生活中的行为方式常常会无视正式的法律规定。当时就有中国法律家指出实施新法的困难,后来很多学者也承认民国时期的立法与社会现实脱节,在辽阔的农村地域几乎没有执行。〔45〕例如中国台湾地区著名法学家李鸿禧对民国时期的法制现代化进行反思之余,表达了如下看法:在司法官僚体制下,法律未必符合民意,法律实证主义被滥用,使继受法在实践层面遭到顽强的抵制;因此,与清末相比较,民国法律在形式上尽管取得了长足的进步,但在实质

〔39〕 详见胡适:“我们对于西洋近代文明的态度”,《现代评论》1926年第83期,第3—11页。

〔40〕 详见陈序经:“东西文化观”,《社会学刊》1931年第3期,第1—30页。

〔41〕 孙科在总结民国时期的法典编纂时提出了“自己性”和“世界性”这两条立法准则,并把“自己性”界定为实现三民主义。但是从论述的脉络来看,他认为三民主义中也包含世界性,因而全盘西化的取向还是清晰可见。参见孙科:“十年来的中国法制改革”,载中国文化建设协会主编:《十年来的中国·上册》,商务印书馆1938年版,第53—67页。

〔42〕 同上注,第59页以下。

〔43〕 当时的立法院长胡汉民,在题为《三民主义之立法精义与立法方针》的论文中明确指出了这一点。参见张国福:《中华民国法制简史》,北京大学出版社1986年版,第243页。当然,在法律意识上仍然存在差异和不平衡。

〔44〕 参见吴经熊:“新民法和民族主义”,载氏著:《法律哲学研究》,会文堂新记书局1937年版,第27—38页;我妻荣『中华民国民法总论』(东京:日本评论社,1946年)24页;Roscoe Pound, “Comparative Law and History as Bases for Chinese Law,” *Harvard Law Review*, Vol. 61, No. 5, 1948, pp. 760-761.

〔45〕 参见王自新:“从新法之施行难说到旧习之革除不易”,《中华法学杂志》1945年第8期,第10页;王伯琦:《近代法律思潮与中国固有文化》,台北法务通讯杂志社1981年版,第49页。

上却并没有引起太大的变化。^[46] 为了确保基层秩序、防止权力空白,当时的政权采取了全面推行保甲制的举措,结果因为末端权力的腐败反倒诱发了农村的社会控制危机,并严重损伤了现代法律制度的信誉,助长了“非法化”和“反法化”的倾向。

(三)“群众路线”——来自社会基层的冲击及解构

就在民国政府开始进行大规模法典编纂的1928年,毛泽东提出了关于农村革命和红色政权的理论,试图对旧的地域共同体结构进行彻底的“祛魅”和解体,并通过中国共产党把“脱嵌”后的农民重新组织起来。这种对秩序的重构也试图解决继受的现代法典无法适应本土基层社会治理需要的问题。在后来五十多年的不同历史阶段,制度设计层面也先后呈现出重视“阶级斗争”的冲突模式、“群众专政”、强调因地制宜和应变的“政策法”、侧重现场调查和纠纷化解的“马锡五审判方式”、为打破父权家长制而提倡的婚姻自由和男女平等、运动式执法以及功能聚合化的“单位体制”。^[47] 在这段时期,与剧烈的、持续不断的社会革命相伴随而形成的秩序,一言以蔽之,就是“法的政治化”。或者说,是法律体系呈现出一种“对政治敞开的结构”,^[48] 这里存在“大众的契机”与“权力的契机”并存和纠缠的悖论。^[49] 上世纪五十年代很短的几年里,中国政府曾推进苏维埃式法制化,当然这也是一种特殊类型的现代法律体系继受。正如哈罗德·伯尔曼(Harold J. Berman)所隐喻的,苏联法是欧陆法系的“私生子”,如今终于能够成家立业了;而革命后的中国法则是苏联法的任性女儿,还在街头漫游。^[50] 但是,由于地缘政治的缘故,以苏联为范本的制度继受自1957年、学说继受从1962年始先后中断。^[51] 在文革期间,“砸烂公检法”成为流行一时的政治口号,与法国大革命时代废除旧法、撤销法院和法学院、通过调解解决所有纠纷等相似的过激场景,现身于当时的中国社会之中。

(四)“一国两制”——面向差异的大幅度开放结构

上世纪七十年代末,中国政府在经济方面推动“改革与开放”,导入市场竞争机制,在政治方面强调“民主与法制”,重建正式规则之治,使法制现代化得以重新启程。众所周知,1978年底公布的十一届三中全会公报,在确定执政“以发展生产力为中心”的同时,着重提出了保障人

[46] 李鸿禧:“战后台海两岸推展法治之比较——兼谈法学底研究”,《中国论坛》1985年第1期,第188—216页,特别是第191页以下。

[47] 关于“单位体制”,see Andrew G. Walder, *Communist Neo-Traditionalism: Work and Authority in Chinese Industry*, Berkeley: University of California Press, 1986. 亦可参见路风:“单位:一种特殊的社会组织形式”,《中国社会科学》1989年第1期,第71—88页。

[48] 浅井敦「现代中国法の理論」(東京:東京大学出版会,1973年)68頁参照。

[49] 同上注,43頁以下。

[50] Harold J. Berman, “Soviet Perspectives on Chinese Law,” in Jerome A. Cohen (ed.), *Contemporary Chinese Law: Research Problems and Perspectives*, Cambridge: Harvard University Press, 1970, pp. 313-327, especially p. 315.

[51] See *ibid.*, pp. 319-320; George Ginsburg, “Soviet Sources on the People’s Republic of China,” in *Contemporary Chinese Law: Research Problems and Perspectives*, *op. cit.*, pp. 328-355. 也有重要级人物认为中国法律学脱离苏联路线其实更早些,可以追溯到1954年。参见陈守一:“新中国法学三十年的回顾”,载陈守一等著:《法学论文集》,北京大学出版社1984年版,第1—18页,具体详见第3页。

民民主和加强社会主义法制的任务,把形成“有法可依、有法必依、执法必严、违法必纠”的秩序和权威作为法制化的具体标准,并且明确指出要保障宪法规定的公民权利和法律面前人人平等的原则、维护司法的独立性、不允许任何人有超于法律之上的特权。^{〔52〕}

毋庸讳言,在1978年的依法治国宣言中,还没有明确提出承认规范的普遍性、关注程序公正、促进司法活动的专业化和精密化、尊重人权、限制政府权力等概念;学界和实务部门对民主与法治的实质内容也一直存在不同的理解。^{〔53〕}但是,想方设法加快发展生产力,与此相应必须改革生产关系,这一点已成为举国上下的基本共识。这就顺理成章地要求按照国际通行的游戏规则建立和健全市场竞争机制,扩大个人自由的空间,为权利提供充分的和制度化的救济手段,减少过度的行政规制。

以1979年7月公布七部基本法律为标志,中国再次启动大规模的现代法典编纂事业,在某种意义上也可以说从此迈进了“立法者的时代”。据不完全统计,在1979—89年间制定的大约580部法律和行政法规里,有250余部属于涉外经济法规。加上对内的法规,与经济发展有直接关系的法规总数达到320部,超过当时法律法规总数的55%。^{〔54〕}诸如此类的简单数据可清楚表明,当时推动法律体系完备化的主要目的是改善投资环境,并且形成了内外有别的二重规范结构,使制度变迁中的普遍性和特殊性这两个侧面凸显出来。也就是说,这次向国际社会接轨的法律变革有一个重要特征,即采取了“双轨制”(two-track model):首先在经济特区等部分地域或涉外经济法等部分领域引进或制定新的规则,然后让新的秩序原理以此为据点向其他地域或领域逐渐渗透。

这是一种渐进变革的过程,但从结构上看,此种法律体系由两个以上的异质性部分构成并相互作用。不妨借用“一国两制”这个现成的术语来表述这种“规范杂居”的状态。实际上,中国历史上已有“礼法双行”“情—理—法”的表述,传统法律规范群也呈现出多元一体的构成。清末的严复和章太炎等人还提出过建立涉外法域的构想,因而这种“内外不同轨”的状态也不足为奇。中国社会是一个超大规模系统,城乡差异非常大,各地发展态势也极不平衡,因而按照既定蓝图对法律制度进行一揽子变革倍感艰难。为此,把整体分解为一些子系统或局部,把抵抗较弱、成效更显著的环节作为突破口,通过各种政策杠杆撬动格局的渐进路线,不失为一种有利于制度变迁顺利展开的策略性路径。

在过去的四十五年间,尽管历史演进的路径也有迂回曲折,但发展经济和推行法治始终是

〔52〕 详见邓小平在中共中央工作会议闭幕式上的讲话。邓小平:“解放思想,实事求是,团结一致向前看(1978年12月13日)”,载《邓小平文选(第2卷)》,人民出版社1994年版,第146—147页;“中国共产党十一届中央委员会第三次全体会议公报(1978年12月22日通过)”,载《人民日报》1978年12月24日,第1版。

〔53〕 参见王强华、民胜:“对‘法治’的一件往事的回忆”,载郭道晖、李步云、郝铁川主编:《中国当代法学争鸣实录》,湖南人民出版社1998年版,第199—202页;李步云、黎青:“从‘法制’到‘法治’二十年改一字”,同前书,第565—575页。

〔54〕 据《人民日报(海外版)》1989年4月1日报道,参见俞梅荪:“我国经济法制系统工程研究的现状与未来”,《经济法制》1988年第9期(全文分四次连载到第12期),第42页。

社会的主旋律。到1997年中央正式提出“依法治国,建设社会主义法治国家”的大政方针,2004年通过的宪法修正案又增加了“国家尊重和保障人权”“国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展”等条款,2014年召开的十八届四中全会还通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》。从学术(特别是法社会学)的角度来看,其中的丰富现象、事例构成了“法与发展”运动、多元主义法律体制及其研究范式的重要经验性素材和理论反思参照系。

回顾激荡的当代史,中国的现代化、特别是法制现代化是否已经大功告成?对这个问题的回答当然因人而异、因事而异。从中国政府坚持“发展中国家”的定位、强调“国家体制和国家能力的现代化”这种姿态可以看出,中国的现代化还是一项尚未完成的伟大工程。不言而喻,这一判断也适用于法制现代化。仅凭民法典编纂和审判独立原则贯彻的实践素材,就足以印证法治中国的建设还是一项长期的任务。当然,我们也可以从中观察到制度创新的重要契机。

四、作为中国法制现代化标志的民法典和审判独立

(一)多元性和关系性嵌入的民法复杂系统

正是在“改革与开放”时代多元互动、渐进演化的制度变迁过程中,作为个人权利宪章的中国民法典的制定采取了单行法各个突破、规范群分别进化的立法方式,造成了学说汇纂式(Pandekten,潘德克顿)现代私法体系在中国既有建构、同时也有解构的独特景观。即使在1998年决定建立统一的民法体系,到21世纪初形成初步方案,从2015年开始正式启动民法典编纂之后,这样的特征仍然存在,具体表现为多样化制度设计的并存与互动及规范结构的柔性化、随机化。

到2015年为止,中国的学者和立法部门曾经提出了关于民法典设计的四种代表性方案。首先应该提到的是梁慧星在全面继德国的学说汇纂式法学(Pandektenwissenschaft)和民法典五编构成方式的基础上拟定的民法草案。在他看来,基于“潘德克顿”系统的“德国式的这套概念为民法通则所采纳,民法通则的编制结构也基本上是德国式的。尤其需要指出的是,民法通则所规定的、以人格权、物权、债权、知识产权、继承权和亲属权所构成的民事权利体系,也完全是德国式的。我们编纂民法典应当以民法通则为基础,以德国式的概念体系和权利体系为基础”。〔55〕

与此形成对照,王利明虽然也承认采取德国方式的必要性,但更倾向于选择性继受,尤其提倡吸收英美法的因素,在比较松散的结构中促进制度创新。因此他主张把人格权法和侵权行为法独立成编,使学说汇纂的系统有所相对化。王利明指出,在注重侵权法的独立价值方面,“比较起来,英美法系的模式更为优越。原因在于英美法系侵权法是开放的,有极强的包容性,所以现代产品责任等理论产生于英美法系。英美侵权行为法在侵权行为分类标准上的多

〔55〕 梁慧星:《为中国民法典而斗争》,法律出版社2002年版,第44页。

样化,也为法官处理各种侵权行为提供了具体适用的标准和规则”。^[56] 显而易见,这是一种根据国情和实践需求把“潘德克顿”系统的形式理性适当相对化的立场。

另外,徐国栋倡导的民间的民法起草活动,试图重振法国的人文主义理念,通过加强个体权利以及身份关系的规范去矫正那种过于注重财产秩序的偏颇。他和一些民法学者提出的“绿色民法典”草案以人与物的二元结构为主,再加上作为序编的小总则和作为附编的国际私法。^[57] 实际上,法国民法典既不承认物权行为概念,在物权与债权之间也没有划出明确的、固定的界限,还不承认法律行为概念,这就使得民法总则的中心内容大都无从成立。因此,向法国民法典回归的动向也势必导致学说汇纂式系统的相对化,因为设置民法总则编、严格区分物权和债权正是“潘德克顿”法学的基本特征。^[58]

与上述学者主张相映成趣,全国人大常委会在2002年12月17日一读通过的民法草案,更明确地坚持符合国情、立足客观条件的原则,尽量保持既有的民事规范,基本上是采取红线串珠的方式,把各种单行法汇编成一个总体,把一些与行政管理相关的规定也编织到民法的文本之中,不拘泥于法理上的连贯性、整合性。^[59] 不言而喻,这种现实主义立法政策也大幅度促进了学说汇纂式系统相对化的趋势。

正是在民法结构多元化、相对化的背景下,2007年3月通过的《物权法》(2021年1月1日废止)尽管承认私有财产的权源,标榜对所有权的平等保护,但还是呈现出很多不同于现代民法学理念(特别是“潘德克顿”系统)的特征。新物权法的规范构成的基本特征是公法因素与私法因素相混合、硬法与软法并存交错。特别值得注意的是关于集体所有的土地的规定严格限制了自由处分权,政府俨然成为更高层面上的所有权主体。所有关系的多元格局也依然维持不变。甚至还可以观察到所有权解构的现象,例如资格权源的交易或者政府支付的私法化、按照互惠原则对土地权源和雇用工源以及生活资料权源进行交换和组合,等等。其结果是,围绕自上而下的纵向财产关系增殖了很多软法现象,从而也开拓了横向交涉以及根据合意进行调整的余地。从民法学理论的观点来看,把再分配的契机嵌入物权形态之中的规范现象是容许政策思考的,而与资格有关的权源本身的交易现象则可以创造出集体所有制新的组合样式。诸如此类的不同主体之间相互作用的反复博弈过程,也有可能促进财产权的结构转换。在这个意义上,2007年《物权法》的特色条款的确提出了某些重大的原理性问题或学说挑战。

在理论上能为资格权源交易提供正当性论证的主要是查勒斯·赖克(Charles A. Reich)的“新型财产权”学说。^[60] 按照这一观点,领取政府支付、失业津贴、社会福利的资格也应该

[56] 王利明:“论中国民法典的体系”,载徐国栋主编:《中国民法典起草思路论战》,中国政法大学出版社2001年版,第123页。

[57] 参见徐国栋:“民法典草案的基本结构——以民法的调整对象理论为中心”,《法学研究》2000年第1期,第37—55页。

[58] 关于民法典结构与“潘德克顿”方式的基本特征,内田贵『民法I——总则·物权总论』(东京大学出版会,1999年)15—16、18—23页参照。

[59] 参见梁慧星:“松散式、汇编式的民法典不适合中国国情”,《政法论坛》2003年第1期,第9—14页。

[60] See Charles A. Reith, “The New Property,” *Yale Law Journal*, Vol. 73, No. 5, pp. 733-787.

属于个人财产权的一部分,甚至是比动产和不动产之类的有形物质更重要的财富,需要给予实质性生存权那样的制度化定位或者作为一种程序性权利加以保障,以防止政府在确认资格权源、进行征用或再分配时滥用裁量权限、侵犯个人的合法利益。另外,阿马蒂亚·森(Amartya Sen)为解决发展中国家的贫困问题而提倡权源方法,通过直接的政府支付与借助市场交换获取资源的分类,不仅推进了关于调整权利供给和资产组合的认识,而且提示了在直接权源和交换权源相互转化的过程中开拓资格权源交易的可能性这一选项。^[61]与此相应,虽然贫困阶层能否脱离窘境与社会的资格权源体系直接相关,但在作为市场交换对象的所有权也是通过他者的承认或赋予资格的方式加以正当化的意义上,具有市场性的资格权源似乎也是必要的。

无论如何,当代中国的财产权结构都使得现代法治的公私二分模式极难立足,也把交涉、再分配、公共政策、转移的正义等契机嵌入民事规范之中,并深刻影响了以“潘德克顿”为原型的法律继受以及相应的制度改革。由于受到改革开放时期重视试错实践、侧重渐进主义以及提倡混合继受的思维方式的影响,在2015年重新正式启动、并在2020年大功告成的民法典编纂,实际上仍然显示出多层多样的构成,其规范体系试图在近代所有关系、“新型财产权”以及全球化自由市场原理之间取得适当的平衡。在这里,韦伯提出的法的可预测性标准很难达到,交易社会中的确定性主要靠在宏观框架里类似“基于样式的预测”(pattern-based expectation)的方法来实现。因而,与经济和社会发展有关的法学范式也不得不要有所修正和创新,立法者不得不采取关系性的思维方式,在“权源之束”的网络结构里进行各种组合样的优化选择,并按照这样的方针来考虑适当的机制设计,通过司法案例来推进多元性民事规范群的整合、完善及演化。

(二) 围绕审判独立的助推措施与推手困境

在“改革与开放”的时代,经济管理和调节的基本方式发生了大幅度改变:从那种事前的行政许可和直接规制转向事后进行司法救济以及间接指导。采取中国经济学家的表述,就是要“逐步扩大法院对市场管制的介入”,^[62]也就是说在政府撤退的地方由法院来补位,以防止交易社会的越轨和失序。在这样的社会变迁过程中,法院要在市场竞争方面发挥应有的作用,就必须严格保持超越于不同利益方之上的中立姿态,并在法律问题上拥有最终决定权,因此势必对审判独立的程度和法庭技术的水准提出更高要求。

众所周知,当代中国一直没有采取“三权分立”的体制,各级法院都对相应的人民代表大会负责并受其监督,在制度层面表现为由人民代表大会及其常委会定期进行法官人事任免以及法院院长定期向人民代表大会报告工作、接受质询。虽然最高法院实际上通过司法解释的方式在一定程度上可以创造规范,但无论是理论上还是制度设计上,法院都必须坚持人民代表大会立法权至上的原则,不对法律以及地方法规进行司法审查。在这个逻辑的延长线上,还曾经产生了法院也不能对行政法规甚至制定规则等抽象性行政行为进行司法

[61] See Amartya Sen, *Inequality Reexamined*, Cambridge: Oxford University Press, 1992.

[62] 参见周其仁:《产权与制度变迁——中国改革的经验研究》,北京大学出版社2004年版,第262页。

审查的明文规定。^{〔63〕}另外,虽然最高法院可以对法律规范进行解释,但这种解释必须局限在与审判活动有关的范围之内。由此可见,确保审判独立的关键是把司法审查的范围扩大到抽象性行政行为,以便对行政法规和规则等进行合法性审查。^{〔64〕}

当代中国的司法审查可追溯到1989年《行政诉讼法》第5条。该法规定的司法审查的最大特征是把法院的合法性审查的范围严格限定在具体行政行为,并在第11条中把作为行政诉讼对象的具体行为一一列举出来,在第12条第(2)项中明确把行政法规、规章或行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定和命令排除在受案范围之外。^{〔65〕}因为对行政法规、规章以及具有普遍约束力的决定和命令的行政解释不是具体的行政行为,何况所有抽象行政行为都在一定程度上带有执行法律规范并对其内容作出行政性解释的属性,所以在逻辑上,法院对行政解释也很难进行审查。更有甚者,《行政诉讼法》第1条还开宗明义规定人民法院审理行政案件的目的,除监督行政行为之外,还包括维护行政机关的职能活动这一方面,并且把“维护”排序在“监督”之前。如此安排司法权与行政权关系有悖现代法治主义原则,也难免导致法律上的相互抵触和规范体系的不和谐。欣慰的是,2014年修改的行政诉讼法拓展了行政诉讼受案范围,授权各级审判机关对行政行为的合法性进行更加深入的审查。但是不得不承认,实践中仍然存在诸多限制。^{〔66〕}

为了加强法院的权威和审判独立,中国从2016年开始启动了新一轮司法改革,按照顶层设计和实施部署,在“两去”(去地方化、去行政化)、“两制”(流程管理制、一案三查制)、“留痕”(限制批条审判)、“智能”(限制粗放审判)等一系列举措的基础上,推动了司法责任制、司法员额制等四项改革,试图在此基础上建立以审判为中心的现代诉讼系统。显而易见,司法体制改革的方向是通过员额制精简法官构成,从而有条件赋予适格法官以更大的独立性和自主性。但在中国的语境里,为了防止地位变化后的法官滥用裁量权,却又必须进一步加强责任制。关于司法责任制,主要涉及两个基本命题:一是“让审理者裁判,让裁判者负责”;这个命题的实质是以责任制倒逼独任制——使得审判主体明晰化,从而可以进行司法问责。二是“把放权与监督结合起来”。在“去行政化”的改革之后,对法官裁量权的纵向的、行政性的监督有所弱化,这就需要通过当事人及其代理律师较真的方式进行横向的、专业性的监督。^{〔67〕}

当然,司法责任制不能落入传统的承包责任制的窠臼,而应该符合司法规律——这是司法

〔63〕 参见罗豪才主编:《中国司法审查制度》,北京大学出版社1993年版;傅思明:《中国司法审查制度》,中国民主法制出版社2002年版。

〔64〕 参见季卫东:“最高人民法院的角色及其演化”,《清华法学》2006年第1期,第4—20页;季卫东:“再论合宪性审查——权力关系网的拓扑与制度变迁的博弈”,《开放时代》2003年第5期,第6—23页。

〔65〕 关于中国独特的司法审查概念以及相关制度的详细分析,参见罗豪才、王天成:“中国的司法审查制度”,《中外法学》1991年第6期,第1—7页。

〔66〕 参见何海波:《行政诉讼法》,法律出版社2022年版,特别是第36—38页。

〔67〕 参见季卫东等:《中国的司法改革——制度变迁的路径依赖与顶层设计》,法律出版社2016年版,特别是序言部分。

改革方案的明确要求。一般而言,法官居中判断、司法程序对案件做最终了结、所有审判都必须在严格守法和严格论证的基础上进行,这些都是司法规律的基本要求。从理论上讲,在现代国家,司法的宗旨可概括为三个主要方面,即合法权利的保障、纠纷的解决以及对市场经济活动进行事后的监管。以审判为中心就意味着要凸显重视个案、充分听取对立双方的主张、根据法律和证据进行判断等基本特征。由此可见,符合司法规律的责任制必须以抗辩和论证为抓手。

在这里,存在因势利导、简便易行的如下两个关键性助推措施:^[68]一个是不断增加律师人数及其在法律职业构成中的比重,从而诱导、允许乃至鼓励律师对审判活动进行技术挑剔,因此可以在诉讼过程中加强对个案审理的专业化监督;另一个是实施法院上网工程,通过案例大数据为算法助推创造前提条件,在此基础上推行案例评析和研究以及法律解释体制的完善,在法律共同体内部形成关于审判技艺的共识,从而进一步提高司法判断的规范化程度。与此相应,当然还要加强审判过程中的法律解释和法律推理环节,以便在司法场域引起制度上的连锁反应。另外,公开判决理由并促进相关研讨,则可以防止熟人社会中律师的专业化监督失灵的问题,使得司法决定在接受专业化监督的同时,还受到来自社会各方面的监督以及历史的检验。

上述司法改革举措能否形成合力并产生效果,归根结底还是要靠程序公正。美国哈佛大学的艾伦·德肖维茨(Alan M. Dershowitz)认为:“枉法行为大部分并非来自判决结果,而是出于程序之间。”^[69]程序构成个人权利的坚固堡垒;如果程序不完备,如果程序正义原则没有得到遵循,那就很容易产生枉法行为,使法定权利名存实亡。对于法治而言,最重要的不是结果,不是目的,而是达到目的之正当手段,是形成结果之正当过程。

不难理解,可以把“法治中国”与“平安中国”这两个目标真正联系起来的,恰恰就是程序正义原则以及律师在程序性问题上较真的竞争。在强调人民当家作主的国度,政治的基础性原则是主权在民。但人民究竟怎样享有作为主权者的地位,公民究竟怎样享有当家作主的权利?一般而言,除了有期限、有条件的选举权之外,在日常生活中个人能够切实主张的法律权利只是诉权。因此,合理的诉权体系是现代法治的核心,也是程序正义原则的制度基础。对于大多数普通公民而言,法律是抽象的,往往要通过看得见、摸得着的具体案件的审判来感受法律和公平正义的存在。

在这里需要强调的是,律师是审判独立的主要推手,也可在司法实践中把法制现代化的任务分解成一系列在技术上可操作的步骤。律师的规模越大,就越有可能专业化和分工,维权

[68] 助推的基本原理来自著名的“斯金纳盒子”和通过可变比率程序的行为奖励实验的结论:影响行为的关键在于通过强化与最终目标大致相似的行为来塑造行为,而不是采取“守株待兔”的方式简单地等待预期行为发生。因此,助推的本质就是借助对近似行为的激励和对复杂行为的灌输来塑造结果。塞勒和桑斯坦则把助推界定为无需规定和强制的选择引导,并把相关的行为经济学方法应用到政府决策和执法。参见(美)理查德·塞勒、卡斯·桑斯坦:《助推:如何作出有关健康、财富与幸福的最佳决策》,刘宇译,中信出版社2018年版。

[69] 参见(美)艾伦·德肖维茨:《最好的辩护》,唐交东译,法律出版社2014年版,序言部分。

的服务就越有保障。律师的社会地位越高,作用越大,就越有可能有效维护权利,也就越有可能把法律落到实处。因此,可以说,律师的“技术较真”可构成落实程序正义和权利保障原则的操作杠杆,并把维权与护法密切结合在一起。律师必须较真才有可能真正维护客户的合法权益,才有可能切实推动法律实施,也才有可能促进法律解释学的发达,从而使得司法判断充满竞争和平衡感,使法官在行使裁量权时能够“随心所欲但不能逾矩”。但是,律师较真必须专业和理性,少些情绪,多些技术成分,少些政治色彩。^[70]只有这样才符合法治国家中律师的定位,也更符合中国社会的现实条件。

五、尾论:数字技术与法制现代化的范式转换

在两千多年的帝制中国,法律传统主要由两个基本因素构成的,一个是法家学说,具有非常典型的功利主义和工具理性特征;另一个是儒家学说,倡导人本、人文、道德、道义。西汉时期,通过儒士解释法律,通过司法执法人员的“循吏”化,这两种迥异的学说被强扭结合,形成一种奇妙的动态场域。韦伯把它称为迷信的、非理性的“巫术之园”。从这个角度来考虑中国的法制现代化,显然关键在于“祛魅”。但是,韦伯同时也看到了儒家式理性的存在。从这种互动和反馈式实践理性的角度来重新认识那个动态场域,可以发现正是在礼法双行、异议相搅的状况下,中国传统法律通过互动关系越来越呈现出多层多样、复杂化的特点,形成了不同规范之间沟通和融合的反思机制。因而法律议论变得盘根错节,难以发挥化简社会问题的功能;司法者和执法者不得不考虑性质相异相斥的各种规范之间的关系及其多样化组合,这势必会扩大裁量权。民国时期的大规模法典编纂也未能从根本上改变这种制度设计。

当代中国在1949年废除“六法全书体系”,把法制与社会的关系进行了一次颠覆性反转,让秩序的深层结构转换成表面结构,让非正式规则替代正式规则成为主导力量。20世纪后叶,在中国探寻现代化的复杂演变进程中,传统秩序原理中的法家式工具理性与儒家式人本主义,分别被转换成“权力契机”与“群众契机”,而且权力与群众这两个要素没有媒介,直接交织在一起,就好像电器的短路联结。以彻底社会革命的名义所进行的结构转换,其实使中国法律秩序原有的复杂性被进一步放大了。无论是个人还是政府,在改变力量对比方面跃跃欲试的动机都可能被放大,于是增大了“大民主”(在司法领域表现为“超当事人主义”)或“强权力”(在司法领域表现为“超职权主义”)极端化风险。^[71]这种基于直接化相互作用的秩序处于不断建构、随时解构和重构的过程中。所有人都可以不断讨价还价,每一次纠纷解决都变成了立法

[70] 刘思达用“战场”和“雷区”来形容律师在基层法律服务和处理刑事案件中的艰辛,可以发现正因为制度内的技术格斗难以展开,才不得不诉诸舆情以及政治手段的现实困境。参见刘思达:《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,第70—69、181—218页。

[71] 关于中国法制现代化过程中出现的“超当事人主义”与“超职权主义”短路联结的特色现象,季卫东《中国的裁判の構図——公論と履歴管理の狭間で進む司法改革》(東京:有斐閣、2004年)iii、11、46、62、75—78各頁参照。

过程,规范由一个个具体的场景和组合方式构成。其结果是,交易成本变得很高,法律体系的统一性和整合性也难以保障。

在这样的背景下,似乎有两种制度安排变得越来越重要,即调解与信访。在这里,秩序形成机制类似经济学上蛛网定理(Cobweb Theorem)的分析模型,可以区分为收敛型和发散型。调解,就是通过纠纷处理过程和协和技术,使国家与个人、强制与承认之间反复摸索平衡点的过程,分歧逐步往收敛的方面发展,达成合意。但是,如果达不成合意,就会渐行渐远,这就是我们看到的另外一种发散的类型——无休止的信访。可想而知,当调解和信访都成为法律秩序的常态,那么制度也就呈现出类似蛛网的形状,寻求正义就变成漫长的盘陀路。这也是一种完全场景化的体制,所有解决方案都是个别过程指向的和特殊适用的。这种状态显然不是我们所追求的现代化的法治内涵。于是,从十八大、特别是十八届四中全会开始,中国又重新强调国家治理体系的现代化和法治国家建设。鉴于中国的实际问题,现代法治秩序的建构首先应该使促法律规范刚性化,从而有效发挥法律规范调整个人行为、简化社会复杂性的功能,在此基础上逐步增加社会的确定性和可预期性。但是,传统思维方式和路径依赖依然影响决策者和受决策影响者,这回诱发反法治的行为,导致社会管理风险增大及过渡期矛盾高发频发的状态,这种状态反过来又促使社会治理不得不更倾向于临机应变,从而构成法治化进程的怪圈。

然而,数字技术的迅速发展及其广泛的场景化应用,或可为法治现代化另辟蹊径。一般而言,人工智能在本质上是规则嵌入的系统,可以强化法律规范刚性化和技术代码化的结果。通过技术系统全程留痕的方式防止外部对司法判断的干预,有利于提升审判的公正性。在这个意义上可以说,人工智能以及更广泛的数字化技术有利于落实现代法治的精神,也可以表述为“对法与社会现代化的算法助推”或者说“AI驱动的法制现代化”。2014年之后的法治中国建设,的确在相当程度上不断呈现出数字信息技术驱动的法制现代化特征。这是一场前所未有的大变局,将形成韦伯和昂格尔根本未曾预见到的某种崭新的法律生态及法治范式〔72〕。

但是也需要看到,数字化技术的全覆盖及其对社会的管理,也会引发“算法利维坦”的风险和社会焦虑。因此,数字技术助推的法制现代化,也对与之相应的法制系统提出了新的挑战。为了防止数字信息技术对个人数据安全和隐私的侵害、算法黑箱导致问责机制瓦解、人工智能的系统偏误和歧视,同时也为了防止大语言模型(LLM)、人工智能生成物(AIGC)以及泛用型人工智能(AGI)的滥用,有必要将公正程序有效地内嵌到人工智能系统中,并形成不同人工智能系统之间的分权制衡机制。在这里,现代法治的程序正义原则也势必需要重新定义并防止被技术架空的风险。〔73〕可以说,寻找法律性正当程序与技术性正当程序的最佳组合,将成为

〔72〕 详见季卫东:“主权的嬗变——数字化‘魔兽世界’与法律秩序创新”,《交大法学》2023年第5期,第5—17页。

〔73〕 详见季卫东:“探讨数字时代法律程序的意义——聚焦风险防控行政的算法独裁与程序公正”,《中国政法大学学报》2023年第1期,第83—99页。

在数字技术驱动的“数字国家”背景中继续推进法制现代化事业的新命题。

Abstract: Using Weber and Unger’s questions as clues to review the target model of the legal modernization movement will help summarize and reflect on the practical experience of China’s social and institutional changes. Following this clue, the connotation of the rule of law in Chinese-style modernization can be divided into four stages or types for comparative analysis. Through the codification of the civil code and the establishment of the principle of judicial independence, we can observe phenomena such as embedding diversity and relationship into the “Pandekton” system and promoting judicial reform through functional substitutes and boosting measures that take advantage of the situation. What deserves special attention is that digital information technology can effectively implement the concept of modern rule of law to a considerable extent by leaving traces throughout the process and embedding rules into the system. However, it also raises a new topic of how to restrict the “algorithmic Leviathan”. It can be seen that in the new stage of AI-driven modernization, finding the best combination of legal fair procedures and technological fair procedures will become the main connotation of digital rule of law.

Key Words: Disenchantment and Disembedding; “Law and Development” Movement; New Property; Judicial Laws; Algorithmic Leviathan.

(责任编辑:王锡铤)