离婚法实践

——当代中国民事法律制度的起源、虚构和现实*

[美] 黄宗智 (美国加利福尼亚大学 中国人民大学)

中国法的讨论很容易陷入西方现代主义与中国传统的非此即彼的二元对立立场之中。^① 这两种立场都基本不考虑中国的"近现代传统"——即近两个世纪里中国与西方不断的接触过程中形成的"传统"。在共产主义国家解体和"后共产主义""转型"来临的时代,革命的传统更完全被人们忽视。然而,毛泽东主义传统实际上至今仍在强有力地塑造着中国的法律制度。

本文认为离婚法实践构成了可称之为"毛主义法律制度"

^{*} 本文由我的博士生杨柳从英文原稿译成中文,谨此致谢。译稿由我自己三次校阅,基本准确。Kathryn Bernhardt 及 Modern China 的两位审稿人(卢汉超和 William Rowe,他们同意公开身份)在本文的修改过程中提出了有益的建议和评论,在此致谢。

① 在中国国内主张西方式现代化抑或偏重"本土资源"的双方也许最清楚地体现了这种二元对立的倾向。张文显(2001)是现代主义立场的一个例子,梁治平(1996)和苏力(1996)代表了"后现代主义—本土主义"的观点。 田成有(1996)对中国法学界所特有的焦虑做了比较贴切的剖析。

的核心,是当代中国整个民事法律制度最具特色的部分。^① 从中可以看到有关当代中国法庭调解的起源、虚构和现实。这种调解既与英语"mediation(调解)"一词的通常所指迥异,也与传统中国的调解大不相同;它也不同于中国官方对其所做的表达。我们最终只能将它理解为在中国革命过程的特殊条件下所形成的实践和法律。

本文立足于我收集到的 336 个民事案件,其中有 216 个婚姻和离婚案件。它们来自于两个县,我分别称之为 A县(上海市附近)和 B县(河北省东北部)。收集这些案例时,我有意识地在几个年份里随机取样: A县,从 1953、1965、1977、1988和 1989年各抽取 40 个案例;B县,从上述年份各抽取 20 个案例,再加上 40 个 1995年的案例,用来初步了解离婚条件有所放松的 90 年代(本文中的中文年代前均省略 20 世纪)的情况。在总共 336 个案例中(搜集的 340 个案件中有 4 件因残缺而不用),200 个是完整的影印件,包括对当事人公开的"正卷"和不对外公开的"副卷"。"正卷"中纳入当事人及其亲属和邻居的询问笔录,以及法庭调查记录和法庭主持的会谈纪录;"副卷"则包含一些内部材料,比如法庭与当事人工作单位领导的会谈纪录,以及由主审法官审查完所有案件材料后撰写的仅在法庭内部传阅的"结案报告"。其余的 136 个案例是在档案馆手抄的记录和摘要。本文也使用了对法官和立法官员的访谈、用

① 当代中国的法律有时候将"家庭法"从"民法"中分离出来,这一相对狭义的民法概念可见于1986年《民法通则》。另一方面,在实践之中民事法庭一般同时处理婚姻、离婚和其他家庭案件。本文中"民法"一词采取的是广义的用法,也是以1900年德国民法典为蓝本的国民党民法典的用法。

来补充案件档案。

本研究与以往英语学界的学术研究最大的分别在于它利用 了相当数量的实际案件的档案, 这类相对晚近的材料因受到正 常限制而一般不易取得。这里采取的研究进路强调的是法律实 践,而不是法律公开官示的目标或司法制度无论是官方化的还 是大众化的表达。此外,我还关注所谓的"实践的逻辑",包括 法律没有明确说明但体现在实践中的各种原则, 而不只是叙述 其实践行为。① 我们会看到, 当代中国婚姻和离婚的法律已经形 成了它独特的运作逻辑。

这里的方法和视角首先是历史学的:本文对当代民事法律 制度的研究不仅是共时性的,而且同时是历时性地集中关注民 事法律制度形成和变迁的过程。因此,我的研究方法强调同时 将实践和实践史视为一个未定的过程,而不能将之归结为某种 诸如传统、现代性或革命之类的单一建构。

最后,本文将以往的研究中很大程度上被孤立对待的两个 问题领域糅合起来。一方面,有不少研究涉及 1949 年以后中国 民事法律制度的特征,尤其是极力强调调解的特征(Cohen, 1967, 1999; Palmer, 1987, 1989; Clarke, 1991); 另一方面, 也有不少著作对婚姻法律制度及其所起作用做过详细讨论 (Meijer, 1971; Johnson, 1983; Palmer, 1996; Diamant,

熟悉布迪厄著作的读者知道本文这里使用的术语"实践"和"实践的逻辑" 的出处。布迪厄使用这类概念旨在摆脱客观主义和主观主义、结构主义和 意志主义之间的二元对立、但他未能成功地将自己的观点运用到他对 Kabylia 农民的研究中 (Bourdieu, 1977: 114~158), 其进路主要是结构性 和共时性的, 而不是将实践视为历时性的过程。我本人则倾向于将实践当 作历史过程来研究——无需讳言这种倾向部分地出自一个历史学家的偏向。

2000)。然而,这两者之间的相互关联却很少得到关注。本文将 揭示后者是如何决定性地塑造了前者的。

毛主义民事法律制度

以往的研究已经正确地指出调解是当代中国民事法律制度的核心特征。然而,"调解"一词可能引起对中国法院真实性质的重大误解。^① 首先我将概述有关的官方表达并做一个历史回顾,然后详细阐明毛主义法庭对离婚案的实际运作,最后描述出中国法庭调解实践的特征并分析之。

调解的核心地位

中国官方关于其法律制度的表述中,特别强调法庭调解,并以之为民事法律制度的基石。据此,直至 1989 年,即审判制度发生显著变化的 90 年代的前夕,全国法院处理的民事案件的 80%为调解结案,而判决结案率仅为 20% (《中国法律年鉴》,1990: 993)。甚至在 2000 年,官方数据仍显示调解的案件数量与判决的案件数量大致相等,而此时距民事审判制度开始从毛主义式法律制度转轨已有 20 多年 (《中国法律年鉴》,2001: 1257; 又见 Lubman,1999: 270~271)。全国人大法律工作委员会主任王汉斌如是说:"用调解的办法解决民间纠纷和民事案

① Clarke (1991) 和 Lubman (1999; 第8, 9章) 指出了"调解"—词的复杂涵义。

件,是我国司法工作的优良传统"(上海市律师协会,1991: 56)。无论过去还是现在,调解都被奉为中国民事法律制度与众 不同的特色。

在有争议的单方请求离婚案件中, 调解明显最为关键。一 方面,1950年的《婚姻法》规定有争议的离婚请求必须先经调 解才能提交法院处理。根据该法第十七条: "男女双方自愿离婚 的准予离婚。男女一方坚决要求离婚的, 经区人民政府和司法 机关调解无效时,亦准予离婚。"而在此之前,村或工作单位通 常已进行了非正式的调解。另外,"县或市人民法院对离婚案 件,也应首先进行调解;如调解无效时,即行判决"(湖北财经 学院, 1983: 17~18; 《婚姻法》, 1959)。^① 换言之, 有争议的 离婚请求即使已经过法庭外调解, 法院也必须首先进行调解才 能考虑是否准予离婚。

"双方自愿"的离婚案件则无需经过以挽回婚姻为目的的 调解程序。上述《婚姻法》只是简单地规定: "男女双方自愿 离婚的准予离婚。"在我接触到的双方共同请求离婚的案件中, 尽管有一部分被法院驳回②,但大多数获得了许可。在这种双 方自愿的案件中,法院的作用主要限于协助拟定离婚的具体条 件。一旦双方当事人一致同意法院拟出的方案,该案即归入 "调解离婚"一类;如果双方不能达成协议,法院必须解决争 议而将该案归入"判决离婚"范畴。这类调解的运作方式与

① 《婚姻法》的出版物很多。我这里采用湖北财经学院的资料选编。

② 例如,在1977年来自A县的一件离婚案中,一方当事人是党员,党组织认 为这对夫妇应当起到良好的表率作用而不应离婚。如是结案(A, 1977, 20)。

"调解和好"有显著的差别。本文主要关注后者,对前者则将 另行讨论。

历史回顾

单方请求的离婚案件所必经的法庭调解程序,既可能执行得颇为宽松,也可能十分严格。50 年代初期经历了破除旧式"封建"婚姻的运动,包括重婚、婢女、童养媳、买卖婚姻和包办婚姻,当时的法庭调解执行得相当宽松。离婚请求人如果能使法院确信他/她的婚姻属于上述官方禁止的范畴中的一类,就无需经过法庭的强制调解而获得离婚许可。然而,到了50 年代末,这些旧式的"封建"婚姻被认为已大体废除,离婚请求人也就不能再诉诸该途径(INT95-JP-1)。在60 和70 年代,调解成为非常严格的程序要件,对于有争议的离婚请求,法庭一般全都驳回,而着力于"调解和好"。

1980年的《婚姻法》一定程度上放松了调解的程序要件。 它保障离婚请求人选择直接向法院提起诉讼的权利,而不必须 先行经过地方政府和区司法服务部门的调解: "男女一方要求离 婚的,可由有关部门进行调解或直接向人民法院提出离婚诉 讼。" 然而,这部婚姻法仍要求法院在准予离婚之前进行调解, "人民法院审理离婚案件应当进行调解;如感情确已破裂,调解 无效,应准予离婚"(第 25 条)(湖北财经学院,1983:41; 《婚姻法》,1982)。

最高人民法院于 1989 年 11 月 21 日颁布的"14 条"(即《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》),导致对离婚的限制在 90 年代进

一步松弛。它们带来的变化之一是,当一方当事人再次提出离婚请求时法院应当许可,即使该当事人是有婚外性关系的"过错方"(第8条)(最高人民法院,1994:1086)。这样,最高法院指示各级法院终止长期以来驳回通奸方单方提起而配偶反对的离婚请求的习惯做法。该实践,如两位松江县的法官的解释,是为了惩罚婚姻中有过错的一方(INT93-9)。不过,全国人民代表大会常委会于2001年4月28日通过了一个新的修正案,再次加强了在90年代一度放松的对单方请求离婚的限制。①

回顾中华人民共和国半个世纪以来关于离婚的立法和实践,我们可以看到,60 和70 年代是一个更为严格的时期,体现了我们可简明地称之为"毛主义法律制度"的情况;而在更宽容或更"自由的"改革时期,那些严格要件则逐渐松弛。^② 事实上这种区分也是从事实践工作的中国法官们概括性的看法(INT93 -9)。因此,我们的第一步工作是要详细阐明中华人民共和国离婚法实践的毛主义法律制度基线。

① 这个修正案集中于如何认定夫妻感情确已破裂的问题,其标准颇为保守。例如,可认定为感情确已破裂的一种情形是"分居满两年"("关于修订《中华人民共和国婚姻法》的决定",全国人民代表大会常务委员会 2001 年 4 月 28 日 通 过;该修 正案的中文文本于 2004 年 8 月从 http://www.people.com.cn 获得)。至于国务院于 2003 年 10 月 1 日颁布的有关(结婚和)离婚登记的《婚姻登记条例》,确实向离婚登记自由化迈进了一步,不再要求申请登记的人提供村或工作单位的介绍信,但这仅针对双方自愿而不存在争议的离婚请求。

② 当然,这种分期并不适用于"文化大革命"的高峰期,在松江县是指 1968~1974年间,当时法院基本上停止了运作。

调解的程序与方法例示

如上所述,毛主义法庭在处理离婚案件时应积极进行调解,而非简单判决。然而,这种调解不同于英语中"mediation"一词的涵义。后者指争执的双方在没有任何强制的情况下自愿地与无利害关系的第三方合作,从而设法达成协议的过程。毛主义的法庭调解则运用了一系列独特的方法、各种微妙和不那么微妙的压力,乃至物质刺激手段等等一系列会使美国人感到十分惊奇的方法。

中国在1952年发动了一场彻底废除"孤立办案"和"坐堂 办案"的运动、它们被等同于国民党的庭审方式(INT93-8, 9),此后,毛主义审判程序成为全国推行的办案标准。按照毛 主义办案方式, 法官在与原、被告单独谈话之后, 应亲自"调 杳"案件的事实,而非仅仅在法庭内做出判决。为此他们通常 需要到双方当事人的居住和工作地点,与双方的"领导"谈话。 对农村当事人而言,领导包括党支部书记和生产队队长;对城 市当事人则是相关单位的负责人,如党委书记、厂长、校长等。 法官还应与"群众"交谈,包括当事人的亲属、邻居和同事, 力图查明相关的事实和背景,尤其是这对夫妇婚姻关系的性质 和矛盾。通常,他们也会询问当事人的人品与工作和政治上的 "表现",这些因素都是法院在形成对案件的总体态度时所要考 虑的。接下来, 法院会约谈相关的各方, 最初通常是个别谈话, 以寻求达成协议所必需的共同点和让步。该过程不仅包括夫妻 双方, 也涉及他们的父母, 其他重要的亲属, 及当地的领导。 最后,当"和好"的条件大致成型,法官会召开一个正式的

"和好会",当地领导和亲属一般都会参加。作为"调解和好"的组成部分,双方当事人要在逐字记录的会谈笔录上签名,或签署一份更正式的"调解协议"。

一个内容详尽的标本可以告诉我们有关调解的实际运作详情。1977年9月,B县一位25岁的农村妇女向县法院提交正式离婚诉状,她来自贫农家庭,4年前结婚(B,1977,16)。起诉书由她本人撰写,其用语和笔迹显示出作者仅受过小学教育。^①据称,她的丈夫也是农民,两人婚后与鳏居的公公同住。公公开始待她很好。半年后,媳妇生了一场病,公公自称是"半个医生",借照顾为名在她身上乱摸,并许诺如果媳妇顺从就给她买东西。遭到拒绝后,公公对她的态度变得凶狠而暴躁,处处刁难,有一次甚至还殴打了她。这位妇女还称,丈夫站在他父亲的一边。每当她向丈夫诉及公公的不是,就会招来愤怒和殴打。

在过去的三年里,这对夫妇经常吵闹。大队和生产队的干部们连同他们的亲戚已在村里调解过他们的婚姻问题。一次在众人在场的场合,媳妇向他们诉说了公公的所作所为。起诉书称,公公先是抵赖,但经过调解人主持的两天两夜的讨论,最终承认了自己的行为。尽管如此,调解人还是力劝她给公公一次改过的机会,其中一位调解人甚至还找她母亲来帮助他们和好。然而,此后的事情只是变得更坏了,公公继续刁难她。她的丈夫惧怕父亲。一次,父子俩人因不见了一点儿肉汤起争执,

① 在我收集的案例中,有一部分起诉书是由法院书记员或法官代写的,而非由当事人自书(例如,B,1965,2)。

父亲打了儿子,儿子竟然服毒自杀,在医院里呆了两个月。 1977年4月,女方回娘家住了三个月。现在,她要求离婚。

根据正常的程序,女方本人去了法院向一位法官口头重申了她的诉讼请求(这是两周半之后,即9月23日的事)。一份"接待笔录"逐字记录了这次面谈的内容,并附有这位妇女的指印。

两天后,即9月25日,作为被告人的丈夫也来法院面谈,陈诉事件的另一面(这也符合通常的程序)。他确认了妻子所讲的部分事实,主要是他父亲对媳妇行为不检,承认其父确实有错。他还承认自己的确很怕老头,当因为肉汤而挨打时试图自杀。但丈夫也指出妻子喜好漂亮衣服的缺点,当他父亲不让媳妇花钱购买这些奢侈品时,媳妇便赌气。此外,他因最近的唐山大地震伤了后腰而不能干活,家里的经济状况恶化,加剧了夫妇间的摩擦。据丈夫讲,妻子抱怨他无能,不肯起床为他做早饭。然而,他反对离婚,希望与妻子另建一所他们自己的房子而完全从父亲家中搬出去。他认为那样一来夫妻间的大多数问题都会随之消失。这次面谈同样记录在"谈话笔录"之中。

至此,法官们开始着手撮合这对夫妇。10月15日,仅仅在这位妻子来访法院的3周后,法院的审判员和人民陪审员"下到"这对夫妇所在的村进行调查。^①他们首先会见了大队党支部书记,后者对女方很反感。据他说,这个女人的邻居都知道她有点懒,有时还偷偷的自己"做小锅饭吃"(而不是正当地与全

① 除最简单的民事案件由一个法官独任审理外,法院在审理民事案件时组成 3 人的"合议庭",可由 1~2 名人民陪审员(非法律职业人士)和 1~2 名审 判员(职业法官)组成。

家人一起吃"大灶")。她还粗鲁地抱怨丈夫"吉八(鸡巴)不 硬",又一次甚至伙同她的妹妹打了丈夫,事后反赖丈夫打了她 们。这位党支书还谈到,做公公的相当吝啬并说话下流,他很 可能对媳妇有过不规矩的举动。他的确也曾因为弄丢了一点儿 肉汤这样的小事,打了儿子,使得后者服毒。但是,党支书认 为, 夫妇俩的问题归根结底源自窘迫的经济状况, 不知道如何 持家。除此之外,两人的关系中并没有大的不可克服的矛盾。 这次谈话逐字记录为一份"访问笔录"。

当天上午, 法官和陪审员接着访问了当地"治保主任"和 丈夫所属生产队的代理队长 (作为最基层的干部,比大队支书 更接近当事人的家庭)。两人谈到,他们已数次参与调解这对夫 妇。而令人惊讶的是,他们指出大队党支部内部存在不同的意 见。他们对事情的看法与党支书有差异,更倾向于批评公公, 而不是媳妇。尽管公公曾经否认调戏媳妇,这两位干部却知道 他曾有过类似的行为:他做裁缝时,对前来做衣服的妇女手脚 不规矩, 以至后来再也没有顾客上门。媳妇的问题是有点懒, 不爱干活,和她一起劳动的人都知道。但他们认为,总的说来, 其实夫妻俩人感情不坏。

按照标准的程序,法官和陪审员也走访了"群众"——在 本案中是男方 29 岁的叔叔、和当事夫妇住同一个院子。他参与 了公公与小夫妻间的分家。当时,媳妇想要缝纫机,大家同意 缝纫机归她, 但条件是公公也可以使用。除此之外, 这位叔叔 确认了其他人所说的很多关于公公和媳妇的事。法官要他分析 矛盾的根源,他回答说是经济状况,尽管小夫妻俩已和老头分 了家单过,他们却没有能力养活自己。

走访了村里上述领导和群众后,法官和陪审员会见了原告 49 岁的公公。"谈话笔录"清楚地显示,法官此时已根据先前的 访谈形成了对他的初步结论。在会谈中,公公起初不承认他曾 调戏媳妇。但法官立即反驳他,毫不含糊地说自己和同行的陪 审员已经调查了解到他对媳妇行为"不正派"。这不仅仅是媳妇 的一面之词,而是从"社会"("社会"——一个甚至比"群众"更广泛和更高层次的范畴)中调查了解来的。公公仍试图抵赖,说自己只是爱开玩笑,对媳妇并无性企图。然而,法官断然宣布 他今后必须就这个问题多反省,去掉"资产阶级政治思想"。法官 还颇带威胁意味地加了一句,称这种改过"今后对你有好处"。

法官接着批评公公在家庭关系上的"封建思想",宣称"在你的家庭,毛泽东思想是不占地位的……你的儿子对你和你父亲根本不敢反抗,没有一点自由……完全是封建思想那一套,违背新社会的法律……你儿媳闹离婚与你有直接责任。如果你处理不好,就可能离婚,将来的苦恼是你们的。"在这番严厉的道德一意识形态的训诫之后,法官继续说道:"原则上你虽然承认有责任,但具体问题上你没有总结,你先考虑一下,下午再谈。"

在下午的会谈中,公公谈到,前一年分家的时候他分给小夫妻俩 300 多斤粮食,只给自己留了 40 斤,还替儿子付了医药费(在迫得这个年轻人服毒后)。当法官催问他愿意为这对小夫妻盖新房子提供什么帮助时,他说'女方的舅舅要给他们一条长凳,他本人则准备了一棵树和其他"东西"。法官最后说:"把你们叫一块,能不能把你的错误承担下来,互相谈谈?"

10月15日当天,合议庭另一位年纪较轻的法官到女方婚前

所在村庄调查。他询问了这位妇女的工作、人品和"政治表 现"。访问笔录很简短、没有注明被调查人的身份(显然、这位 法官不及另两位严谨)。据称,女方人是不坏的,其家人表现都 很好,没有和别人闹过纠纷,劳动也不错。法官接着走访了女 方的父亲,另做了访问笔录。父亲所讲的和女儿一致,并表示 支持女儿离婚。法官于是问道:"如果我们把你的姑爷教育好, 叫你闺女回去,行吗?"不等对方回答,法官就指示:"你劝劝 你闺女。"当对方回答"怕是他们(男方及其父亲)改不了", 法官再次带有官气地教训道,"从你思想('思想',一个无所不 包的毛主义术语),并无信心。你是不想你闺女过好的吧?"女 方父亲问: "如果没几天,又打我闺女,怎么办?" 法官回答: "如果教育后不改,我们解决离婚问题。"结束谈话时,他命令 说:"你劝劝吧。"

四天后,10月19日,年长的法官和陪审员来到原告的村庄 同她谈话。她又抱怨了一番,还是坚持离婚。听任她发完牢骚, 法官转而强调分家时小夫妻俩分得了大半粮食, 而老头只留下 40斤,"你说(你公公)这么办对不对?"她承认在这件事上, 公公并没有亏待自己。法官接着问: "你也不想和你公公一块 过, 你公公也不要, 这算啥问题?"她回答: "分家以后, 我公 公和我们吃了好几个月。"这番问答之后, 法官批评了她: "按 你这么讲,你公公做对了也不好。你就是缺乏正确思想,把不 是都推给别人,一点实事求是的思想都没有,一点尊老爱幼的 思想也没有,资产阶级思想严重。"当她回之以抱怨时,法官则 试图一边抚慰一边施以道德 - 意识形态的压力,"我们……有调 查。……你对像住院花的钱,你公公就负责了。当然,分家以

后,从经济上对你们照顾得少了一点,但是也应看到你公公有 困难。"

法官还向女方摆明他们对事情的看法和行动的计划,"我们调查真相,打骂还是不严重的。经济问题是主要的。从政府(这是法官对当事人谈话时的自我指称)角度讲,和公社和大队对你们都进行了联系,都准备作适当的安排。同时对你公公我们也进行了教育。现在你公公准备拿出一些砖和部分木料,你舅又帮助一部分木料,大队准备给你们安排块地,让你们盖房子。从各个方面都要求你们和好。今后你们俩要树立自力更生精神,好好过日子。你先考虑一下吧。"如此,法官将道德一意识形态的劝诫与官方压力和物质刺激结合起来了(这显然是法官在公社和大队领导协同下的安排,尽管这些非正式活动没有记录在正式的案卷中)。

同日,年长法官还和原告的父亲见了面,村代理治保主任也在场。像往常一样,他让对方先发言。当这位父亲絮絮叨叨地抱怨他的姻亲们不可信,说一套做一套时,法官叫他讲得具体一些。后者于是举了许多具体的例子,并重复他女儿"要求政府给我断开"的主张。法官则说:"我们把调查的情况和你们讲一下……从你们的婚姻基础看是不错的。开始闹离婚主要是因为她公公作风不正派。"他接着说:"通过对……公公进行批评教育,现在也有了新的认识,答应……他们盖房子把砖、木料给他们,并且尽所能……进行经济帮助。同时大队也为他们生活问题进行考虑,将来做适当的安排。"

三天后,10月22日,老少法官和陪审员来到女方娘家,在 当地的治保主任陪同下与女方及其母亲见面。法官们一开始就 表示已经批评了公公,丈夫也动手盖新房子了,然后问:"你有啥看法?"在物质刺激和道德-意识形态压力的双重攻势下(这种攻势不仅是由法官发动的,也是在村干部及女方亲戚们协作下施加的,尽管后者的努力并不见之于正式的会谈纪录),女方的态度已明显的大为缓和。她说:"政府(又是'政府')要是把他们教育好,我们感激不尽。"法官们继续向她施压:"他们已表示悔改……所以我们……动员你回去……如果他们不改,你们再离。"又问,"你们还有啥要求?"女方回答,"我可以回去,但是缝纫机得给我",法官表示可以,但要允许公公使用。因为他瘸了一条腿,要靠这台机器谋生,而这样也可以减轻小夫妻俩的负担。原告又提出要一份保证书,担保她能得到缝纫机,法官同意了她的条件。

10月27日,主审法官回到这对夫妇所在村庄,先后与原告公公和丈夫谈话,同时在场的还有村治保主任。公公答应他今后不会再试图控制这对年轻夫妇,并说儿子向他借40元钱盖新房子,他为了"团结"的目的也给了。丈夫告诉法官,新房子已经盖好^①,他父亲也确实给予了帮助。丈夫本人去了妻子娘家两次,她答应回来,岳母也没有反对。法官询问是否还有其他问题,丈夫表示妻子担心他不能调到大队的种子场干活(较好和相对轻松的工作),但他认为只要和父亲分开住,夫妻间的矛盾就会减少。

10天后,即11月6日,案件最终在这对夫妇的新房子里了

① 当时,华北乡村的房子还相当简易。在其他村民的帮助下,盖房子通常只需几天时间(黄宗智,2000:230)。

结,此时距原告递交起诉书仅两个月。到场的包括两位法官和 陪审员、当事人夫妇、公公、大队党支书、生产队队长及治保 主任。法官们开门见山地表示, 把全家人聚在一起的目的是开 一个"家庭和好会",并宣布通过在两个大队做了工作,他们已 促使这对夫妇和好。他们先对公公说:"你要克服封建思想,去 掉老一套,放手让他们俩口子过日子,不要事事都包办代替。 搞好家庭关系。"接着,党支书和队长轮流劝诫三个家庭成员多 做自我批评今后改正缺点。公公做了大家所预期的表态:"领导 上为我们的事操碎心,都是因为我过去的旧思想所致。以前那 些封建思想我一定改,不犯老毛病。"女方也说: "今后谁说对 听谁的。我说话直,以后别忌讳我。我盖房子借了很多钱,机 器得给我。"公公接着说:"他们盖房子借的钱我负责,机器得 我使用。"丈夫则简单地说:"领导讲的我听,今后一定改正缺 点, 搞好关系。" 法官们做了总结发言: "今天你们都交换了意 见。我们认为很好,希望你们今后搞好团结,共同抓革命、促 生产 (用的是当时的主要政治口号)。"丈夫、妻子和公公都在调 解笔录上签了名并附上指印,这份文件替代了在其他很多案件 中使用的正式调解协议。①

① 毋庸说,并非所有的调解努力都能带来符合毛主义法院的愿望的结局。有时,尽管法院运用了意识形态和道德的劝诫、官方压力和物质刺激,当事人仍坚持离婚。在这种情况下,法官有时会求助于更高压的手段。1989 年来自 A 县的一起案件就是一个例子 (A, 1989, 14)。当地学校的一位教师提出离婚,理由是他的妻子经常谩骂他和他的父母,不愿意过夫妻性生活,以及他们的感情已完全破裂。妻子则清楚地表示反对离婚。法官去双方的单位做了调查,确定双方的关系还不错,主要的问题是性生活。她的性冷淡源于在一次有麻烦的剖腹产手术中遭受的痛苦,而法官们认为这个问题是可以克服的。他们于是对原告进行了道德说教——作为一位(转下页注)

在习惯了昂贵的诉讼费和按小时收取律师费的美国人看来,这种程序似乎不可思议。首先,两位毛主义法官不是呆在法庭内,而是到争议发生的地点开庭。在办案过程中,他们单独或共同到当事夫妇所在村庄去了四次,女方婚前所在村庄两次。在最后的和好结案会准备就绪之前,他们总共进行了五次有正式纪录的调查访谈,以查明这对夫妇婚姻不和的根源以及和好的可能性。这个数字还不包括他们与大队和生产队的干部为设计出具体的物质刺激方案而进行的许多次非正式讨论。

这种调解也混合了法庭的强制和当事人自愿的服从。法官运用道德-意识形态的劝诫及物质刺激,不仅仅以法官的身份施加压力,还借助了社区和家庭的力量,使当事人及其亲属达成他们预期的结果。他们还充分汲取了党-政国家独特的意识形态权威和当地村庄领导的权力,以促成和解。

其他类型的结局

在进一步分析毛主义法庭处理离婚的特征和方法之前,有

⁽上接第16页注释①) 教师,他应该为他人树立榜样。他们还试图通过党组织施加政治压力,因为原告已申请入党。他们也提供了物质刺激:学校校长答应给女方在校内安排工作,这样夫妇俩就会有更多的时间在一起。但丈夫不为所动,法官于是告知他,"根据夫妻实际情况,离婚理由不足。如你坚持离婚,本院将判决不准离婚。"面对这样的声明,大概是考虑到自己无论如何不能改变法院的决定,丈夫在法院召开的第二次调解会上做出让步,撤回了离婚请求。然而,我在松江县访问的法官们称,这种策略只是不得已而为之。一般说来,法官们会引用、解释法律条文,让当事人明白法院会怎样判决,但不会做出本案中那样的赤裸裸的威胁(INT93-B-4)。

必要将"调解和好"类型的案件置于全部离婚案件的更宽泛的背景中(见表 1)。"调解和好"又称"调解不离婚",此外,以不离婚为结局的类型还有"判决不离婚";准许离婚的则包括"调解离婚"和"判决离婚"两类。根据现有的统计数据,以上四种是离婚案件的主要结局类型。^①

不 离		离 婚	
通过调解	通过判决	通过调解	通过判决
调解和好	判决不离 (婚)	调解离婚	判决离婚
(调解不离婚)			

表 1 离婚案件的结果

判决不离婚 尽管法院施加了强大的压力,有时诉讼人仍会坚持离婚。如此,法院会迫不得已而直接判决不准离婚。全国的统计数据(后文将进一步讨论)显示,这种情况相对调解和好要少。这类案例的大多数牵涉一方与第三者的外遇。例如,1965年B县的一个案件,申诉人是一位30岁的男子,农民出身而后来成为唐山附近一家工厂的工人,是党员。他在10年前结婚,即1956年,据他说是由父母包办的,并且婚后夫妻关系一直不好。他妻子对他的父母不好,让婆婆受了很多气——他声称这是导致自己母亲去世的部分原因;最近妻子还迫得公公从

① 在诉讼过程中,案件的类型有时会发生变化。最初强烈反对离婚的当事人可能会让步同意离婚。随着这种变化,法院也可能不再热衷于调解,转而认可不能和好。例如,1977年B县的一个案件就清楚地反映出这两种过程(B, 1977, 11)。

家中搬出去。因此他提出与这个思想又落后脾气又坏的女人离 婚。他的申诉书显示他是一个有文化的人,其措辞的风格就像 是一个优秀的党员同志写信给另一位好党员同志。然而,妻子 却坚决反对离婚。据她的陈述,婚后夫妻感情实际上很好;她 对他的父母也不错:她怀疑丈夫在唐山有了外遇。

依照通常的程序, 法院进行了调查, 与男方的厂领导、女 方村里的领导以及有关的"群众"(尤其是男方的亲戚和邻居) 谈话。在调查过程中, 法官们了解到女方讲的是真话: 事实上, 这对夫妻是自主结婚,感情一直很好。只是最近,从 1964 年 起,丈夫开始虐待妻子。这种转变完全是因为他和一个寡妇有 了外遇。这才是他坚持离婚的真正理由。法院做出结论:丈夫 犯有"喜新厌旧"的严重错误,因此直接判决不准离婚。

松江县的两位法官告诉我, 法官们普遍认为不能"给予" 有"第三者"的讨错方离婚许可,否则无异干"奖励"通奸。 申诉方为了另寻配偶、虽然通常坚决要求离婚、但法院视通奸 一方为过错方,另一方为受害方。这是法院在处理这类案件时 的指导思想,这种意识直到 1989 年最高法院发布"14条"后方 受到质疑。在上述案件中, 法院判决不准离婚的理由是"为保 护妇女与子女利益"。

调解离婚 绝大多数准许离婚的案件涉及双方自愿,对方 一般都爽快地同意离婚,或至少不强烈反对。在这类情形中, 法院通常仅仅协助拟定一份双方都接受的离婚条件方案。这类 案件被归入"调解离婚"类。仅以 A 县 1965 年的一个案件为例 (A、1965, 14): 丈夫是一名军人,曾经多年离家在外,而妻子 有了外遇。于是丈夫提起离婚诉讼,妻子最初表示反对。但当 得知丈夫的意愿十分坚决时,她说她并不是真的反对,只是不愿回娘家,因此希望留住夫家,直到找到新的丈夫;她还要求对8岁孩子的抚养权。法院于是进行了调解,使双方达成如下协议:①妻子可以在目前的家中(夫家的一个房间)居住一年;②在这期间由妻子抚养孩子,而由丈夫承担抚养费;③妻子可以使用现有房间中的物品,直到离开。双方都同意这些条款,并签署了一份正式的"民事调解协议"。因此这个案件的结局在案卷中记为"调解离婚"(又见B,1988,12)。

利决离婚 除了调解离婚,另一类以离婚为结局的案件是罕见得多的判决离婚。这种类型的结局发生的情形通常是一方当事人并不是真想和好而是出于法律不认可的动机而提出反对——常常是为了迫使对方多做让步或仅仅是为了泄愤。以 B 县 1965 年的一个案件为例,妻子从 1964 年 2 月起一直住在娘家,并于 1964 年底向法院请求离婚。她的理由是丈夫不诚实、脾气暴躁、愚蠢。通过和大队干部及她的亲戚邻里谈话,法庭了解到这位妇女勤于劳动,在村里受人尊敬,婚姻关系的主要问题是她认为丈夫愚蠢。大队和公社的干部调解了几次都没有成功。丈夫表示反对离婚,但并非出于和好的愿望,而是意欲讨回婚前给她娘家的 250 元钱以及得到全部的夫妻共同财产。

法庭与双方面谈了几次,试图设计一个他们都能接受的财产分割方案,未果。法庭认为丈夫要求退回全部的彩礼钱和得到全部的共同财产是不合理的,提出让女方给他 30 元,后者不同意。法庭于是按照自己认为合理的财产分割方案判决离婚。该案经过正式判决,因此归入"判决离婚"类。

全国的图景

从许多方面来看,1989 年是毛主义原则和方法完全支配离婚法实践的最后一年。已经提到,最高法院在这一年 11 月颁布了后来为人们所熟知的"14 条",放宽了离婚的条件。1990 年及之后对这些条款的全面贯彻将会相当程度地改变离婚制度。但在 1989 年,法院调解和好的案件数量仍高达 125000 件,直接判决不准离婚的仅 34000 件,这些数字几乎涵盖了所有首次提出的单方离婚请求;同年度准予离婚的案件数据则可能造成误导:377000 件调解离婚,88000 件判决离婚(《中国法律年鉴》,1990:993)。① 这些数字表面看来很高,但正如抽样案例所显示,绝大多数准予离婚的案件都是因为双方自愿,法庭主要帮助他们拟定具体条件。当双方都愿意离婚而不能在具体条件上达成协议时,法院才进行判决。另外,它们也批准了一定数量单方再次提出的离婚请求,预示了 90 年代将要发生的变化。然而,法院对具有严重争议的离婚请求几乎全部驳回,要么调解和好,要么直接判决不准离婚。

与1989 年形成对照的是2000年,它处于可以称为离婚"自由"的10年之末期(在修改婚姻法、加强对离婚的限制之前)。尽管2000年的离婚案件总量为1300000件,大于1988年的747000件,调解和好的案件却仅为89000件,而判决不准离婚的案件则增加了两倍多,达108000件(《中国法律年鉴》,

① 其余的大多数案件(约122000件)或是当事人撤诉,或是因某种理由而中止——比如庭外调解成功。这里使用的是以1000为单位的近似数字。

2001: 1257)。^① 数字的变化显示出调解的地位明显下降。换句话说,毛主义实践不再具有绝对的支配力。

松江县的两位法官解释了判决不准离婚案件数量增加的原因。正如我们所见,毛主义模式要求法官下乡调查,并且交相运用社会的、家庭的乃至官方的压力促使当事人和好,这种程序耗时极巨。在上文讨论的第一个案件中,法官六次下到那对夫妇所在的两个村庄进行调查和调解。由于其他民事诉讼(如财产、债务、继承和老人赡养等)从80年代开始显著回升,积案成为大问题,上述耗时的方法变得日渐不切实际。在这种背景下,90年代的审判制度允许法官根据诉讼人当庭提供的证据当庭做出裁决。这种审判方式被称为"庭审调查",在50年代的运动中曾被等同于国民党的法制(INT93-9)。

然而,不应夸大 90 年代的变化。众所周知,中国共产党巨大的宣传机器常常引导官员们夸大每一次政策转变带来的变化的重大性。我访谈的法官们因此倾向于描绘出一个戏剧性的转型——从要求实地调查的毛主义风格的法制到庭审调查的新实践。这样的描绘可能造成一种印象:法院处理离婚的方式突然之间完全改变,对单方提出的离婚请求从几乎置之不理到轻易地许可。然而,全国的统计数据讲述了一个截然不同的故事。即使在"自由的"90 年代,像过去那样驳回单方请求离婚的情形依然大量持续存在;调解和好的案件虽然的确减少了但仍然数量很大,而判决不准离婚的案件数量 2000 年 (89000

① 与1989年不同,2000年的统计数据没有将离婚诉讼从"其他婚姻和家庭" 案件中单列出来。1989年离婚和其他婚姻案件的比例约为6:1,这里使用 的2000年的离婚案件总数是按照这个比例推算出来的。

件)和1989年(108000)相差无几。此外,因放宽对离婚的法律限制而带来的那些变化,尽管在易于离婚的美国人看来不过是相当温和的趋势,但也激起了反对的呼声和更严格管制的要求。在21世纪的中国,单方请求的离婚仍然难以获准,而调解和好作为毛主义的遗产仍然是中国民事法律制度的一个重要特征。

毛主义离婚法实践的特点

从意识形态上和观念上来看,调解和好的毛主义实践与众不同之处在于,它假定党一政国家应当介人夫妻的"感情"。这种假定容易使我们联想到旧的"极权主义"模式,即由党一政国家控制那些当今西方社会通常认为是超然于公共或政治领域之外的"私人领域"的事务,尽管西方历史上宗教权威(尤其是罗马天主教会)一贯介人这些事务。这种假定也符合各种令人耳熟能详的毛主义公式化表达,尤其是"人民内部的(非对抗性)矛盾"观念,即一旦与阶级敌人的"敌我矛盾"消除之后,社会将会处于社会主义和谐之中(毛泽东,1957[1971];韩延龙,1982;杨永华、方克勤,1987)。共产党应当扮演一个积极的角色,促进这种和谐的关系,包括夫妻间的和睦。

党一政国家干预婚姻关系的一些有特色的毛主义方式并非那么显而易见。我们从上文讨论的案件中已经看到共产党权力微妙的或不那么微妙的运用。存在着大量的强调道德一意识形态的"批评"和"教育"。这种控制的关键之一是将日常生活的细节"提高"到更大的政治原则层面,"文化大革命"时期尤其

如此:于是,亲戚邻里被贴上了"群众"甚至"社会"的标签; 家长式的态度和行为被贴上"封建"的标签;懒惰和喜好漂亮 衣服则对应着"资产阶级";工作和生活方式,则是由党来进行 政治评价的"表现",等等。此外,道德劝诫和意识形态教育还 伴随着实际的物质刺激,诸如,上文讨论过的,帮助困难中的 夫妇盖一所新房子(乃至为丈夫安排一份新工作)。

当这种制度的代理人以某些微妙的方式行使他们的权力时,情况可能不是那么一目了然:法官们习惯性地自我指称为"政府",或至少放任他人这样看待自己——他们不仅是法院的官员,而且与党—政国家的整个权威机制融为一体;因此当地干部总在调解中扮演一个不可缺少的角色。而调解过程中对亲戚邻里参与的强调,也通过更大范围的社区和社会加大了对要求离婚的夫妇的压力。

此外,政治权力的行使也经过了精心包装,从而避免以专断的面目出现。因此,询问群众称为"访问";询问当事人称作"谈话"。在上文讨论过的案件中,老法官与另一位合议庭法官的不同之处在于,他总是首先让对方倾诉委屈和问题,然后才表明自己的观点。而他本人所表达的不仅仅是一个意见,而且是通过彻底调查得来的客观真理。后者本身即是毛主义治理术和权力行使的特色,毛泽东本人就清楚的体现了这一点,例如,他的经典之作《湖南农民运动考察报告》和他对(江西)兴国县、长冈乡和(福建上杭县)才溪乡的调查报告(毛,1927,1941a [1967])。"调查研究"绝对不只是学者们做的事,而且是法官们(和干部们)用以行使权力的语言中不可或缺的部分,并且实际上也是毛主义"群众路线"的领导风格/治理术(下文

讨论)中的有机组成部分。毛泽东的警句"没有调查就没有发 言权"(毛泽东, 1941b)成为毛时代的法官、干部和官员们援 用频率最高的格言之一。反过来说,一旦按照适当的方法(访 问可信的党组织领导和群众)进行了调查研究,调查者的意见 的分量就大大加强了。这样, 法官就能称他的裁决具有社会的 和政府的权威。

有关婚姻和离婚的一整套语言本身即传达了党的立场和对 那些要求离婚的人们的压力。我们在前面已经看到, "和(合) 好"一词就是"和('和谐'或'团结')"加"好"。如上文看 到的那样,和好被赋予了"团结(他人)"的政治意义。和好的 正面价值是无可置疑的。相反、离婚是关系"破裂"的结果、而 "妨碍"婚姻的"第三者"和通奸者都是过错方,另一方则是受 害者——尽管婚姻法没有明确地为其贴上这个标签。至关重要 的是, 调解代表着某种极有价值的中国特色, 乃是地方法院应 努力将之发扬光大的。

与调解过程相连的还有一套特殊的仪式。作为毛主义治理 术的"群众路线"的一部分, 法官们总是亲自"下"乡调查, 而非传唤证人到庭坐堂办案,后者是毛主义司法重点批评的审 判模式。我们已经看到,访问和谈话的适当方式是引导当事人 和他们的亲戚邻里自愿参与并如实地表达他们的观点,而不是 居高临下的纠问。最有效和重要的一点或许是, 调解不应满足 于达成一纸签名附指纹的协议书,还应当召开一个调解会,让 相关当事人在既有领导也有群众在内的社区公众面前一一表明 他/她计划在今后如何改进。这样的实践乃是微妙地运用官方和 社会的压力促使夫妻和好的具体体现。

就其目的、方法、语言和风格而言,显然不能将毛主义的调解简单地等同于"传统的"调解。我在另一著作中已经谈到,法庭调解在帝制时期的中国几乎不存在;县官们既没有时间也没有意图按照毛主义法官的方式来处理案件(黄宗智,2001)。诚然,那种有可能由乡村里的社区或家族领袖实施的法庭外调解与毛主义的法律制度有着某些共通之处:比如,对道德话语的运用、邀请公众(即其他社区成员)参与的仪式等等。然而,旧式的社区或家族调解首先建立在自愿妥协的基础上,由一位第三方中间人居间说和。中间人诚然是那些在社区中受尊敬的人,但他们通常没有官职(黄宗智,2001:第三章)。这种调解既不求助于官方强制,也与强加共产党政策的做法大相径庭。

毛主义的共产党本身便将自己的调解实践同旧式调解人的活动做了区分,认为后者不过是"和事佬",只关心促成妥协,却缺乏判断是非的(由意识形态或政策决定的)清晰立场。这种方式被称为无原则的"和稀泥"(韩延龙、常兆儒,1981~1984:3.426~427,669)。至少在证实调解不可能之前,毛主义法庭对离婚的态度是一贯否定的。调解过程中的自主性也与传统的乡村调解不同。离婚请求人可以撤回或放弃请求,但不能自主地寻求其他人士或机构的服务。要获得离婚许可,请求人必须克服法庭反对离婚的态度,经历必需的法庭调查和调解程序,并服从法庭以中国共产党特有的毛主义方式实施的权力。简言之,将毛主义调解等同于传统的民间调解会使两者都变得含混不清。

也不应将调解和好的毛主义实践与美国人关于调解的惯常

观念相混淆。更确切地讲,所谓的调解和好实际上是党一政国家通过司法系统实施的强制性的消除婚姻矛盾的"服务",在传统中国和现代西方都找不到它的对应物。毛主义中国之努力介入陷入危机的夫妻关系,积极地寻求改善他们感情联结的途径,是比较独特的。这种前所未有的事业只能通过其产生的历史条件和过程来理解。

历史起源

毛主义法律制度主要由两个历史进程所塑造。其一是中国 共产党试图在早期对离婚的激进允诺和农民强烈反对的现实之 间找出一条中间道路,从而形成的法律实践的演变。其二是农 村工作方式的形成,呈现于民国时期国民党统治下得到发展的 现代法律制度触及不到的地方。

激进的允诺和农村的现实

对离婚的激进允诺可以回溯到 1931 年在江西颁布的《中华苏维埃共和国婚姻条例》。当时正是婚姻观念发生巨大变革的时期。甚至连当政的国民党也在 1930 年的民法典中承认了性别平等的原则并制订了相对自由的离婚标准(黄宗智,2003:第 10章)。在当时的进步思潮中,性别平等原则至少在理论上无可置疑(在自我标榜为革新者这一点上,国民党并不落后于共产党)。更直接更密切相关的影响源可能是 1926 年苏联《婚姻与离婚、家庭与监护权法》第 18 条的规定: "婚姻的解除基于婚

姻中双方当事人的同意,也可由其中一方单方面提出。"(《苏维 埃婚姻法》,1932:13;参见 Meijer,1971:51)

江西《中华苏维埃共和国的婚姻条例》照搬了上述规定; 第九条宣布:"确定离婚自由。凡男女双方同意离婚的,即行离婚。男女一方坚决要求离婚的,亦即行离婚。"(转引自 Meijer, 1971:281;中文参见湖北财经学院,1983;1~4)这种态度较 当时的西方国家远为激进,后者从60年代才开始实行无过错离婚(Philips,1988:561~572)。表面上看来,这条激进的法规 会让千百万中国男女摆脱他们不愉快的婚姻,而不论他们的配偶意向如何。

然而中国共产党几乎立即就从这种激进的立场撤退,原因非常实际:党希望保护红军中的农民战士对妻子的主张权。于是,颁布于1934年4月8日的正式的《中华苏维埃共和国婚姻法》尽管重复了先前立场激进的规定(现为第十条),又紧接着补充,"红军战士之妻要求离婚,须得其夫同意"(韩延龙、常兆儒,1981~1984:4.793)。实际上,中共赣北特委在1931年起草的"妇女工作计划"中就已经充分表明有必要作出该修正。"我们必须避免对婚姻自由加以限制,因为这有悖于布尔什维克的原则,但我们也必须坚决反对婚姻绝对自由的观念,因为它会导致社会的混乱并引起农民和红军的不满"(转引自 Meijer,1971:39;着重号为本文作者所加)。正如 Kay Johnson 指出的那样,对农民战士利益的威胁会危及共产党的权力基础(Johnson,1983:59~60)。

对农民而言,在这里所要考虑的因素是显而易见的。结婚 在农村是一件非常昂贵的事情——按照结婚的通常花费和大多 数农民的收入水平,一生只负担得起一次。允许一个不满的妇 女任意与丈夫离婚,无论对军人还是他们的家庭都是很严重的 打击。对美国读者来说,要理解离婚对男方父母的经济内涵, 不妨设想一对(美国的)年轻夫妇在父母为他们的新婚买了房 子给他们后即因婚姻琐事争吵离婚。这样的经济考虑可能比丈 夫感情上受到的伤害重要得多。

另外, 部分妇女也和男性一同反对单方请求的离婚。在革命 运动内部, 男性党员要求与他们的(农民)妻子离婚的情况并不 鲜见。他们的借口是妻子政治"落后",实际上是想和其他(来自 城市的)女同志结婚。丁玲 1942 年在"三八"妇女节发表的著名 文章, 批评党内的男性沙文主义, 也影射了这一点(丁玲, 1942)。这个问题甚至直到 80 年代还存在争议(见下文讨论)。

因此毫不奇怪, 在单方离婚请求问题上从支持到回撤的趋 势蔓延得很快。在紧接着的抗日战争期间,这种对大众不满的 让步在共产党的根据地体现得最为明显。其立法完全脱离了江 西苏维埃时期的表达, 而与国民党的民法典相似, 规定了准予 离婚的条件,包括重婚、通奸、虐待、遗弃、不能人道和不能 治愈的疾病(与此同时, 边区开始以夫妻的感情关系为基础来 构造离婚法的标准, 这种对婚姻和离婚的新的概念化方法在革 命后的年代取得了支配地位)。江西苏维埃时期基于任一方的请 求即准予离婚的规定被完全废除。①

① 见 1939 年《陕甘宁边区婚姻条例》, 1943 年《晋察冀边区条例》, 及 1942 年《晋冀鲁豫边区条例》(Meijer, 1971: 285~287, 288~294 [附录 3, 4, 6); 中文见韩延龙、常兆儒, 1981~1984, 4.804~807, 826~829, 838~ 841; 与国民党立法的比较, 见 Huang, 2001: 第十章)。

在根据地以及 1949 年后中华人民共和国有关离婚的立法中,保护军人利益的特别规定十分普遍。1943 年的《晋察冀条例》和 1942 年的《晋冀鲁豫条例》均规定,仅当一名军人在抗日战争中"生死不明逾四年后",其配偶才能提出离婚请求(韩延龙、常兆儒,1981~1984:4.828,840)。陕甘宁中央根据地1939 年的条例没有涉及军婚问题,但在 1944 年的修正条例中规定"至少……五年以上不得其夫音讯者"才能提出离婚(韩延龙、常兆儒,1981~1984:4.810)。下面我们将会看到,50 年代初期对军人的保护更得到加强。

然而,当中国共产党从一经请求即准予离婚的立场撤退时,并没有完全背离自己公开宣布的目的,即废除"封建"婚姻。在 50 年代初期,共产党重点打击的目标包括重婚或一夫多妻、婢女、童养媳、父母包办和买卖婚姻。1953 年的案件抽样显示,许多婚姻因为属于上述范畴之一而获准离婚或宣告无效。B 县的一个案件涉及童养媳,法院认为,"封建婚姻制度……不合理,又不道德……此种婚姻关系如再继续下去,只有痛苦加深"。法院因此判决离婚(B,1953,19)。在另一个案件中,一对夫妇年纪很轻时就由父母包办结婚,法院裁定,"彼时因双方年纪尚小……因此达不到互敬互爱和睦家庭"(B,1953,7)。还有一个类似的案件,法院准予离婚的理由是"婚姻系早年经父母包办的,结婚后以至感情破裂"(B,1953,15)。松江和奉贤两县的数据显示(见下文),直到 60 年代初期,每年都有相对大量的离婚案。此后的离婚案件数量减少,80 年代才又返回到 50 年代的数量。

显而易见,中华人民共和国初期比后来要容易取得离婚。

婚姻法有关调解的程序要件在后期执行得较初期严格得多。反封建婚姻的运动实际上创造了一种离婚自由的风气;一些申请人的婚姻虽然不明确地属于那些重点打击的范畴,也能获准离婚。这种比较自由的倾向仅仅在共产党认为封建婚姻已大体上被破除之后才终止。在抽样的案件之中,一位党员干部请请婚教,他因此获得了批准(B,1953,1;又见B,1953,5)。另一位干部赢得离婚的理由是因为他妻子是"家庭妇女,没有文化,不能工作"。法院批准了他的请求,"因双方社会职业们,感情逐渐破裂"(B,1953,7)。一位女干部基于同样的理由离了婚:她的丈夫"思想落后,开会都不叫去"(B,1953,20)。另一位妇女不顾她的军人丈夫的反对,在几次调解离婚失败之后,最终获得了成功。法院解释这样判决的目的是"为了今后使双方解除苦恼,有利生产及不出意外"(B,1953,4)。

然而,上述最后那位妇女的案件是个例外。最高法院在当时发布的司法解释和指示中都反复强调了一种情况:如果涉及军人,即使妻子是童养媳也不应准予离婚(买卖或包办婚姻中的妻子更不容易获准,尽管这种婚姻违背了女方的意愿)。最高法院总是引用第十九条:"现役革命军人与家庭有通讯关系的,其配偶提出离婚,须得革命军人的同意。"这个条件甚至适用于解除婚约,而在其他情况下婚约是不具约束效力的(最高人民法院,1994:1099)。正如最高法院在给西北分院的回复中解释的那样,即使解除童养媳婚姻也须取得军人的同意,这"是基于最大多数人民的最大利益"的原则(最高人民法

院,1994:1090),是与允许结婚自由和离婚自由同等重要的基本观点。^①

然而,必须将这种倒退的过程和与之平行的反封建婚姻的运动过程联系起来观察。毫无疑问,1950~1953年的婚姻法运动有力地打击了"封建婚姻",使离婚法实践在那些年极大地自由化。最好的证据是农村抵抗该运动而导致的冲突的范围和强度。Kay Johnson 指出,根据中国司法部本身的报告,1950~1953年间,每年有7~8万人(多为妇女)"因婚姻不自由而自杀被杀"(Johnson,1983:132;《贯彻婚姻法运动的重要文件》,1953:23~24)。

如果把 1950 年的婚姻法看作仅仅是从(一经请求即予离婚的)激进允诺的倒退,就会忽视它在打击旧式婚姻方面所起的重大作用。事实上我们已经看到,这些成果在中国乡村社会的背景下是革命性的。同时,当时法律对乡村造成的影响要比对现代化了的城市来得大,原因是旧式婚姻在前者那里更为普遍。然而,共产党从江西时期的规定到为保护军人和农民利益而做的倒退也是当时历史现实的一面。这两个过程——党针对种种落后的旧式婚姻的运动,以及从激进承诺(一经请求即予离婚)

① 根据地的经验已经预示了司法制度此时的运作。正如上文所述,陕甘宁边区 1939 年的立法没有涉及军人离婚的问题,并特别禁止童养媳、买卖和父母包办婚姻;1944 年的修正立法却增加了关于军人同意的规定,去掉了对童养媳、买卖婚姻和父母包办婚姻的禁止,仅仅保留对重婚的禁止(韩延龙、常兆儒,1981~1984:4.804~807,808~811)。显然,军人在此前10年就享有离婚的豁免权。

的倒退——需要放在一起来考察。①

通过规定有争执的离婚必须先行调解,共产党在两条原则的张力之间寻找其艰难穿行的道路。双方同意的离婚并不难办,因为两方均无异议。对于有争议的离婚,可行的办法显然是既不全部拒绝也不一概准许:前者意味着背离共产党对结婚和离婚自由的承诺,后者又肯定会遭到乡村社会的强烈反对。这种情况下,调解是有效的折中。当共产党希望重点打击旧式婚姻时,例如50年代,对调解的执行就相对宽松;而当党想就离婚采取更保守的姿态时,如60年代及其后,则可以严格地执行调解。最重要的是,这种程序有助于冲突的最小化。它提供了一个制度的渠道,使对立的意见都能与闻,也使共产党能最大限度地为案件设计出令双方至少在名义上能同意的解决方案。这样,党既可以维持自己终结封建婚姻的目标,同时也将农民的反对降至最低。在我看来,这就是离婚法的立法和实践的真正起源和意义。

乡村传统与共产党实践的融合

上述分析尽管解释了调解在离婚中的普遍适用,却没有讨 论那些实践中所采用的具体方法、风格和形式。要理解后者, 我们必须转向调解的乡村传统以及毛主义政党如何改变了这些

① Neil Diamant (2000) 正确地强调了 1950 年婚姻法的影响,尤其对乡村的影响;同时,Kay Ann Johnson (1983) 所讲的情况也很重要,突出了共产党从江西苏维埃时期的立场的倒退。然而,Diamant 过度执著于婚姻法对乡村的影响比对城市更大的观点,特别强调这与现代化理论预测的结果相抵触。其实他忽视了一个显而易见的解释,即新的法律所针对的旧式婚姻在乡村远比在城市普遍。

传统。换言之,调解的实践既不单单是传统的也不单单是共产党的,而是两者互动的产物。

农村根据地是最初的历史背景。1927年4月12日之后的白色恐怖迫使共产党撤离城市转入地下,党必须在"第一次统一战线"的崩溃之后彻底重建。后果之一是共产党几乎完全与民国政府1926年前在全国大约1/4县份建立起来的现代法院体系阻隔开来。此后的六年里新的国民政府将之拓展到中国近一半的县份(黄宗智,2003:2,38~45)。这些现代化或半现代化的城市大多处于共产党控制之外,因此江西苏维埃以及后来的边区共产党政府缺乏现代法院的模式和司法人员。同时,共产党又在原则上强烈反对国民党的制度,一如反对清代的旧制度,根据地因此就不得不重新开始建构自己的司法机构。

其后是一个兼容传统乡村习惯和新的共产党实践的制度的 逐步形成。前者着重调解和妥协,有一套邀请当地有声望的人 士劝说当事人以彼此都能接受的办法解决纠纷的独特方法。这 些方法包括:与双方交谈并同情地倾听他们的诉说;运用道德 劝诫,试图让双方理解对方的处境;当亲戚邻里可能帮助达成 妥协时,也邀请他们加入;举行公共仪式,如聚餐或召集众人 公开宣布协议以增加其效力分量。

共产党将这些内容纳入了自己的实践。事实上直到现在, 充当调解人的干部还常常用儒家的"中庸之道"来劝说纠纷的 各方:"如果别人这样对你,你会怎么想?"(亦即"己所不欲, 勿施于人"的道理)(INT 93-12;黄宗智,2001:第三章)。 尽管调解会取代了传统的聚餐会,仍然强调由双方公开陈述自 己所做的让步(虽然后来是以毛主义的"自我批评"的形式)。

同时另一方面,共产党的特殊作风也重塑了这一过程。因此,判定是非的最终标准是党的原则和政策,而非儒家或传统的公共道德规范(这一点下文还要进一步讨论)。与众不同的毛主义群众路线也影响着调解程序,它教导城里来的知识分子如何对待农民:平等地与他们交谈并听取意见;重说服教育而不下专断的命令;学会和农民一起生活,做到同住、同吃、同劳的"三同"(毛泽东,1943,[1971])。

这些指示实际上是一种新的认识论的产物:首先从实践中学习,再上升到抽象的理论知识,最后又回到实践中去检验知识的正确与否(毛泽东,1937a [1971],1937b [1971])。与此相关联的还有一种学习方法,即通过访问"群众"而进行的系统调查(毛泽东,1941a [1971],1941b [1971])。这些因素共同构成了一种既是革命性的也是现代性的特殊的认识方法(黄宗智,2005)。^①

这种认识论上的立场反过来又为党员们设立了一套思想和行为准则。过分依赖理论而忽视具体条件的做法被贴上多种批判性的标签,包括"教条主义"、"主观主义"、"党八股"、"命令主义"、"瞎指挥",甚至"山头主义"。相反,对只关心事实而忽视理论的批评则主要只有一种:"经验主义"。显然,毛主义之把实践排序高于理论的精神更明显地体现于"群众路线",它要求干部们取得民众自愿的赞同和服从(参见毛泽东,1942

① 李放春(待刊)启发性地提出一种独特的"革命的现代性 (revolutionary modernity)"。我们可以用这个范畴覆盖这种与儒家和西方启蒙现代主义的认识论均不同的认识方法,包括它同时包含的自下而上的历史观在内。

[1967])。这种认识方法实际上附带着一套治理的理论。

调解的乡村传统与毛主义实践的融合,导致了独特的毛主义"调解和好"制度的形成。其独特的方法和风格是从共产党与村庄在根据地的互动中形成的。换言之,离婚法实践的真相,尤其是那些涉及调解和好的实践,存在于那些变化的过程当中,而非任何简单非此即彼的二元对立所能理解,比如传统/现代性、村庄/共产党、农民/现代国家。

从这种互动中产生了所谓的"马锡五模式"。马锡五(1898~1962)是陕甘宁边区的一位高级法官,毛泽东在1943年特地赞扬了他的工作风格。后来"马锡五审判方式"成为毛主义法律制度一切特点的一种简称,不仅在婚姻纠纷中如此,在其他类型的民事案件中也如此。法官们要到现场调查案件的事实真相,尤其要依赖群众,因为"群众眼睛最亮";一旦掌握了事实,法官就会着手消除"矛盾";提出双方都能接受的调解方案是解决冲突并防止其再度发生的最佳方式。整个过程可概括为三个公式:"依靠群众","调查研究",以及"调解为主"。其程序、风格和仪式已清楚呈现在上文详细的案例之中。正如我们所见,1952年及其之后,共产党在全国大力宣传马锡五审判方式,以取代他们认为不能接受的国民党的法制。1954年,马锡五当上了最高人民法院副院长(INT 93 - B - 3; INT 93 - 8, 9; 参见杨永华、方克勤,1987:131~145)。

观念基础

以上描绘出的毛主义离婚法律实践与一个观念紧密相连,即夫妻感情是结婚和离婚的决定性基础和标准。当法院驳回离

婚时,理由是感情尚好还能修复;准予离婚的理由则是感情破裂不能修复。这一构造从 40 年代起就在实践中广为运用,尽管直到 1980 年才见诸法律。它为离婚法实践既提供了正当化理由也提供了观念的空间。毫无疑问,要理解有关调解和好的毛主义实践,必须澄清随同着这个制度的观念。

最初的 1931 年《江西苏维埃婚姻条例》没有提到感情。如前所述,它基本照搬苏联 1926 年的法典,赋予婚姻关系中的任何一方单方离婚的权利。该规定基于的观念是:婚姻是平等的双方自由缔结的联合,任一方的意愿都足以解除之。我们已经看到,在抗日战争时期之前,根据地就已经放弃了最初的表达而采用与 1929~1930 年国民党民法典近似的表达,后者以 1900 年德国民法典为蓝本。该法典视婚姻为民事契约,离婚则是对违背婚姻契约的回应。违背婚姻契约的行为可以称为"婚姻过失",包括通奸、故意遗弃、虐待等。这种看待婚姻的方式基于西方世俗婚姻法的传统,是已经脱离了罗马天主教会婚姻的神圣性和不可解除性原则的传统(Philips, 1988)。中国共产党或许是无意之间在某种程度上继承了该传统。

然而,根据地的共产党在效仿国民党的实践的同时,也形成了一种以感情观念为基础的构造,而这是国民党法律所没有的。因为按照这种观念,夫妻感情是婚姻最基本的要素,只有当这种基础根本不存在或被破坏而导致夫妻"感情根本不合"时才应当离婚。与此相似,当时的苏联法律也认为,当婚姻中的关系使婚姻不可能存续而必须离婚时,离婚才是正当的(Sverdlov,1956:37ff)。这种离婚的途径与20世纪60~70年代在西方占主导地位的无过错原则有着某种亲和性。按照无过

错原则,"婚姻崩溃"(不归责于任何一方)足以构成离婚的标准,从而取代了以前立法中的"婚姻过失"标准(Philips, 1988: 561~572)。

但是感情观念的构造有它自身的特点。它的出现出自于取代清代和国民党婚姻观的愿望。按照清代的婚姻观念,婚姻意味着丈夫的家庭获得一个妻子:丈夫而不是妻子才有权离婚。更精确地说,他有权因为妻子的过失而"休"掉她,为此法律列举了七种情形:无子、淫佚、不事舅姑、多言、盗窃、妒忌、恶疾(Huang,2001:164)(当然,尽管法律理论上如此,在实践中也有对休妻的社会一文化制约)。而新的婚姻观念则立足于爱情和双方的自由选择而非父母的意愿,是共产党革命对新的社会秩序的构想的基本组成部分。这种观念自然而然地会强调感情是婚姻的必备要素。

同时,共产党(在与之短暂亲昵之后)也拒斥了国民党对婚姻的"资本主义"或"资产阶级"的观念——将婚姻视为一种民事契约,一种国家权力之外的私人事务,违背契约婚姻即可解除。正如权威性的《中华人民共和国法律释义大全》中所说:"在我国,婚姻不是一种民事契约,而是为法律确定的夫妻关系,它包括财产关系和人身关系,而最主要的是人身关系"(《中华人民共和国法律释义大全》,1992:510)。它也拒斥西方近期无过错离婚的公式,其终止婚姻的理由——因"无法协调的分歧"或彼此不再"相爱"而导致的婚姻关系崩溃——在中国共产党看来,只不过是资产阶级在婚姻和离婚问题上轻佻态度的合理化表述。在共产主义的党一政国家那里,感情观念既强调了结婚和离婚自由,也强调了长久的婚姻义务。

诚然,1950年的婚姻法没有提及感情,尽管感情观念的雏形已可见于几乎所有边区的战时婚姻立法。这部婚姻法也略去了先前的法律中列举的种种可导致离婚的过错。相反,它几乎完全着眼于程序,这种关注的重心与苏联《婚姻与离婚、家庭与监护权法》的规定(1926年颁布,1936、1944及1945年修订)相一致(Sverdlov,1956)。它也符合共产党当时重实际考虑而轻原则的倾向。

然而,有大量证据表明,当时几乎所有的法学家和法官在适用和解释婚姻法的时候都将感情范畴纳入考虑之中。于是,1949年华北人民政府司法部总结边区政府的经验时,明确地将夫妻"感情根本不和"作为决定准予离婚的最终标准(韩延龙、常兆儒,1981~1984:4.875)。最高人民法院在50年代初期发布的多个司法解释和指示反复指出该原则是解释和适用婚姻法的决定性因素(例如,最高人民法院,1994:1056,1064)。最有说服力的或许是我们从1953年抽样的离婚案件显示那些术语已经成为离婚诉状和法院裁决的常规措辞。如上文所显示,感情因素正是当时的法庭允许解除重婚、婢女、童养媳、买卖婚姻和父母包办等类婚姻所用的理由。

离婚的条件在反封建婚姻运动结束之后才开始收紧,调解作为程序要件被执行得十分严格。一套与感情公式相关联的比较标准的程序和范畴很快形成,这些也已经见于前文对抽样案件的概述。法官们在处理案件时总是首先试图弄清楚夫妻关系的基础和历史,并对他们的感情评定一个等级:"很好"、"好"、"不错"、"一般"或"不好"。一对因父母包办、违背本人意愿而结婚的夫妇通常会被视为感情基础不好。如果他们在婚后的

生活中经常吵架,其历史也会被视为不好。这些评估会帮助法院认定感情是否已经破裂,也即是说,离婚是否正当。另一方面,如果发现感情的基础和历史"好",就会为法院主张调解和好或直接判决不准离婚提供正当的理由。

直到 1980 年,婚姻法才将感情观念正式纳人法律文本,它被认为是有中国特色的、植根于实践经验的东西。正如武新宇(全国人民代表大会常务委员会法制委员会——也即是中华人民共和国正式的法律起草机构——的副主任)当时所解释的:"草案在原来的'调解无效,应准予离婚'条文上加了'如感情确已破裂'这个条件。"在改革的大气候下,修订婚姻法的部分目的是增加自由度。武新宇告诫说:"我们反对那种对婚姻关系采取轻率态度和喜新厌旧的资产阶级思想。但是,我们也不能用法律来强行维护已经破裂的婚姻关系,使当事人长期痛苦,甚至矛盾激化,造成人命案件。"他个人认为:"多年来,法院在处理婚姻案件时掌握偏严"(湖北财经学院,1983:46)。

武新宇意见的根据可以见于许多案例。显然,有许多无可 救药的婚姻由于法院系统过度热衷于达成调解和好而长期拖延。 这种情况已通过哈金的获奖小说《等待》(Waiting, 1999) 而为 英语读者所熟知。事实上,改善夫妻感情常常是一件超越法院 权力所能做到的事情,无论它多么强大,温和抑或专横,出于 好意抑或只是严格奉行政策。

然而武新宇只是讲诉了事情的一方面,妇联则强调另一面: "这些年来,喜新厌旧,草率离婚的情况有所增加,有些 人在提干、进城、或考入大学后,抛开旧配偶……以'感情破 裂'为理由……把道德观念视为封建残余,崇拜资产阶级的婚姻自由。对这些人要进行批评教育……现实生活中离婚往往给妇女和孩子带来痛苦和不幸,因此新婚姻法关于保护妇女、儿童的利益规定,应认真贯彻执行。" (湖北财经学院,1983:65~66)

这种担忧回应了丁玲 40 年前的呼吁。

不管怎样,借助感情观念,法院既能对那些关系已无望修复的夫妻放宽离婚的条件,也能对那些出于一时的愤怒或希望更换配偶的人从严限制;同时,由于关于夫妻感情质量的任何判断都是不精确的,法院方能借以做出个别的决定以便最好地适应具体案件的情况和当时的政策重心。换句话说,感情建构允许实际的考虑优先于理论原则。正如武新宇所说,"这样规定,既坚持了婚姻自由的原则,又给了法院一定的灵活性,比较符合我国目前的实际情况" (湖北财经学院,1983;46)。

其结果是一个主导性的观念框架,一方面它的起源是革命性的,甚至在某种程度上预见了当代西方的无过错离婚,但另一方面它又产生于并纠缠于所处时代的现实之中。作为一种正当化的工具,它先是既要为终结婚姻的各种封建形式鸣锣开道,又要致力于将农民之中的对抗因素化为最小;而在后来的改革背景下,则既要符合放宽对离婚的限制的趋势,又要满足保护婚姻的愿望。这个双刃的观念及其灵活适用或许是以调解和好为特色的毛主义法律制度的真正的"实践逻辑"。它也可以被视为所谓的"革命的现代性"的一种体现,塑造了当代的中国。

由于必须从不同的并且是时常相互冲突的各种目的和需要 中做出诊断,"感情破裂"标准必然是难以定义和含混不清的。 可想而知。1980年之后许多年里、什么是感情破裂的确切标 准这个问题成为关于婚姻和离婚的一切立法争论的核心。未来 的婚姻和离婚法的变化仍将围绕这个问题, 在我看来, 这个关 注也是中华人民共和国离婚法律实践的历史中独特逻辑的一部 分。

离婚法实践与整体的民事法律制度

本文的最后一个问题是:对离婚法律实践的这种分析会 为我们理解整个当代中国民事法律制度带来什么启示? 要回 答这个问题, 我们首先需要对中华人民共和国的民事诉讼作 一概览。

或许并不令人诧异, 离婚案件在中国通常占全部民事案 件的压倒性多数。表 2 是松江县法院 1950~1990 年的统计数 据,它显示离婚案件在50年代早期占全部民事案件的2/5; 其后集体化和"社会主义建设"在很大程度上消除了土地和 债务纠纷, 离婚案件迅速超过了其他所有类型案件的数量总 和: 在毛主义时代的巅峰, 离婚案件占全部案件的 90%~ 100%; 要到改革的 80 年代, 其他类型的民事案件数量回升, 才返回到类似于 50 年代的大致情况;即便如此,到 1990 年 离婚案件仍占全部案件的 2/3(在当时的全国范围内,离婚案 件的比例降至 2/5、见《中国法律年鉴》, 1990, 993)。

表 2 1950~1990 年松江县民事案件分类及 离婚案件所占全部民事案件百分比

年	土	债	离	其他	继	老人	 儿 童	房	赔	其	合	占离
份	地"	务	婚	婚姻	承	赡养	抚养	屋	偿	他	计	占百分 比 所
1950	33	135	150	138	9	0	0	32	19	111	627	23.9
1951	6	64	145	101	5	0	0	12	6	35	374	38.8
1952	16	55	211	66	2	0	0	12	1	41	404	52.2
1953	30	94	287	121	21	0	0	21	0	51	625	45.9
1954	4	12	232	5	2	0	2	3	0	12	272	85.3
1955	0	3	113	12	0	0	0	1	0	5	134	84.3
1956	0	19	257	5	2	0	5	2	3	38	331	77.6
1957	2	21	169	23	1	0	0	19	5	22	262	64.5
1958	3	19	172	16	1	0	0	13	1	12	237	72.6
1959	0	7	203	0	0	0	0	1	0	11	222	91.4
1960	0	0	179	2	0	0	0	1	0	1	183	97.8
1961	0	0	251	5	1	0	0	5	0	0	262	95.8
1962	1	2	317	11	2	0	0	10	0	0	343	92.4
1963	1	2	267	35	1	0	0	15	0	3	324	82.4
1964	0	0	182	21	3	0	1	4	2	0	213	85.4
1965	0	2	191	4	1	0	1	5	0	0	204	93.6
1966	1	0	76	1	0	0	1	3	1	0	83	91.6
1967~1969							缺					
1970	0	0	20	0	0	0	0	0	0	0	20	100.0
1971	0	0	29	0	0	0	0	0	0	0	29	100.0
1972	0	0	22	0	0	0	0	0	0	0	22	100.0
1973	0	0	18	0	0	0	1	7	4	1	31	58.1
1974	0	0	36	0	. 1	0	4	16	17	38	112	32.1

续表 2

年	土	债	离	其他	继	老人	儿童	房	赔	其	合	占离
份	地"	务	婚	他婚姻	承	赡养	抚养	屋	偿	他	Ħ	分案比所
1975	0	0	24	0	0	0	2	3	3	0	32	75.0
1976	0	0	41	0	1	0	2	0	0	0	44	93.2
1977	0	0	33	0	0	0	0	1	1	0	35	94.3
1978	0	0	61	0	0	1	0	6	1	0	69	88.4
1979	0	0	65	0	2	1	0	9	4	1	82	79.3
1980	0	1	103	0	13	3	1	17	6	6	150	68.7
1981	0	1	182	0	12	19	ı	33	9	18	275	66.2
1982	0	3	199	0	12	29	8	29	25	20	325	61.2
1983	1	5	207	0	15	27	14	36	19	48	372	55.6
1984	0	8	246	0	13	43	13	39	30	20	412	59.7
1985	0	6	180	0	6	25	10	31	24	36	318	56.6
1986	2	18	230	14	28	8	9	45	40	8	402	57.2
1987	0	37	329	9	9	26	15	38	48	3	514	64.0
1988	1	66	453	14	9	33	35	25	67	12	715	63.4
1989	3	123	557	6	4	28	33	22	70	11	857	65.0
1990	0	112	623	19	1	38	34	32	76	9	944	66.0
合计	104	815	7060	628	177	281	192	548	482	573	10860	
%	1.0	7.5	65.0	5.8	1.6	2.6	1.8	5.0	4.4	5.3	100.0	

资料来源:数据由松江县法院提供。

说明:数据反映给定年份的收案数而非结案数。

a. 80 年代的案件中本项作"宅基地"。

临近的奉贤县的情况也很相似。该县的详细统计数据(尽管离婚案件没有和其他婚姻案件分列,这些数据仍可与松江县

的数据做一粗略的比较,因为从 50 年代中期以降离婚就占全部婚姻案件的绝大多数)显示,婚姻案件在 50 年代占全部案件的 3/4,在改革的 80 年代仅占 2/5。在其他方面,该县的模式与松江非常相似,两县的婚姻案件所占比例在毛主义时代的巅峰都远远高于其他案件。事实上,说毛主义的民事法律制度主要是离婚法并非言过其实。

表 3 1950~1985 年奉贤县民事案件分类表以及 婚姻案件所占民事案件总数百分比

			,	rati						_	
年	土.	债	婚	继	老人赡养	儿童抚养	房	赔	其	合	占婚
份	地ª	务	姻	承	赡	抚养	屋	偿	他	计	占百分比 婚姻案所
1950	11	49	439	0	7	10	4	1	15	536	81.9
1951	7	34	298	6	0	0	3	1	16	365	81.6
1952	10	43	846	23	4	7	2	0	16	951	89.0
1953	56	83	532	11	0	0	11	0	37	730	72.9
1954	48	51	458	17	0	6	11	0	56	647	70.8
1955	2	15	371	1	0	5	4	0	51	449	82.6
1956	0	8	358	0	0	3	1	0	0	370	96.8
1957	0	6	381	2	3	6	1	2	0	401	95.0
1958	0	12	326	4	0.	4	0	8	84	438	74.4
1959	0	3	472	0	0	3	3	2	2	485	97.3
1960	0	0	385	1	1	ı	2	0	0	390	98.7
1961	0	0	558	2	0	2	3	1	0	566	98.6
1962	0	1	385	1	0	3	19	2	1	412	93.4
1963	0	3	296	7	0	8	30	5	10	359	82.5
1964	0	9	241	13	4	9	30	1	2	309	78.0

续表3

年	土	偾	婚	继	老人	儿童	房	赔	其	合	占百分:
份	地"	务	姻	承	贈养	儿童抚养	屋	偿	他	计	分案 比所
1965	0	5	194	4	5	7	0	2	5	222	87.4
1966~1976						缺					
1977	0	0	51	2	4	2	14	5	15	93	54.8
1978	0	0	56	0	6	2	30	6	22	122	45.9
1979	0	0	96	3	8	0	47	22	38	214	44.9
1980	0	0	72	3	7	0	36	28	22	168	42.9
1981	0	0	137	16	17	7	73	37	30	317	43.2
1982	0	0	179	8	38	14	62	92	64	457	39.2
1983	9	19	181	8	43	10	54	82	64	470	38.5
1984	8	5	227	12	39	11	26	50	42	420	54.0
1985	7	8	173	9	49	16	14	61	75	412	42.0
合计	158	354	7712	153	235	136	480	408	667	10303	
%	1.5	3.4	74.9	1.5	2.3	1.3	4.7	4.0	6.5	100.0	

资料来源:《奉贤县法院志》, 1986: 94~95。

说明:数据反映给定年份的结案数而非收案数。

a. 80 年代的案件中本项作"宅基地"。

正如我们所见,毛主义法律制度的一个核心主张是让调解构成整个制度的基石。松江县于抽样案件所在的年份(1953,1965,1977,1988,1989),判决的民事案件仅占16%,其余的大多数案件是通过调解(69%)。① 在奉贤县,从1977~1985

① 另外的 16%的民事案件是通过撤诉、中止或别的方式结案的(数据来自松 江县法院)。

年,调解的民事案件共计 2109 起,而判决的为 215 件,接近 10:1的比例(《奉贤县法院志》,1986:97)。换言之,如果说毛主义的法制主要是离婚法制,离婚法制则主要是调解法制。

这并不是说所有的调解都等于离婚法律实践中的调解和好。 上文已显示,相当一部分经过调解的离婚案件是以离婚而非和 好告终,但它们涉及一种不同的"调解"。另外,以离婚为结局 的案件大都属于双方同意的离婚,法庭的任务仅仅是帮助拟定 具体条件,让双方做出必要的让步。就这点而言,它与传统的 调解很相似。^① 相反,调解和好需要积极的干预:法庭不仅诉诸 道德劝诫,还求助于物质刺激以及来自司法机构、家庭、社区 乃至社会的压力。

实际上,在当代中国的民事法律制度中,法庭调解涵盖了一系列法院行为,从没有实质性内容的形式到真正的调解到积极的干预到简单的宣判都被归人这个宽泛的(也是误导性的)范畴。在一个极端,"调解"仅仅意味着诉讼人没有积极地反对案件的结果。这与帝制时代要求诉讼人在形式上对法庭的判决"具甘结"并没有多大区别。当代的新手法是声称案件的结果是"调解"达到的。在另一个极端,法庭不仅积极地介入离婚案件,也介入非离婚的民事案件(另有专文讨论)。后一类法庭"调解"是中国革命过程的特殊产物。

① 当然,在调解离婚中,法庭也可能强制性地介人以达成一个照法律标准看来是公平的财产分割协议。在上文引用的一个案件中,丈夫要求返还结婚全部的花费及全部共同财产,而法院认为这是不合理的。当丈夫坚持不让步,法庭就做了判决。中华人民共和国的法庭与当代美国的离婚法庭的一个不同之处在于,后者按照一套普遍的原则和经验法则来决定离婚的财产分割,前者则强调要让双方(至少表面上)自愿地接受法庭的决定。

如果我们想要把握当代中国的法庭调解的真正性质, 并区 分虚构和现实, 离婚法实践中的毛主义调解和好或许是最具特 色和启油作用的。不能按照传统的调解来理解它, 前者主要以 社区为中心并以妥协为基础(而法庭调解,我们应该记得,在 传统调解中是很罕见的)。它也与西方的调解不同,后者完全脱 离法庭的判决和强制。相反,调解和好所运用的毛主义调解诞 生于一段独特的离婚法实践的历史, 那些实践融合了多种要素, 包括传统的和现代的, 农民的和共产党的。它涵盖了一系列的 实践和观念,它运用道德劝诫、物质刺激,以及党—政国家和 法院的强制压力来抑制单方请求的离婚, 从而尽量减少激烈的 对抗: 其构造性的观念是感情, 即视夫妻感情为婚姻和离婚的 至关重要的基础:它的实践逻辑是既要结束没有良好感情的旧 式婚姻、又要最大限度地保护有良好感情基础的新式婚姻。这 些构成了毛主义离婚法实践的核心,因而也是整个毛主义民事 法律制度的核心。直到今天,它们仍是中国司法制度最具特色 的一面。

参考文献

访谈

1993年9月6~10日,每天上午9~12时,下午2~5时,我对松江县法院的法官、华阳镇司法助理、华阳镇上及村里的调解人,以及村干部和当事人进行了9次访谈。1995年1月30日至2月8日,访谈江平(1986年《民法通则》的主要规划者之一,及《行政诉讼法》的主要规划

者) 6次。1999年3月15日,就《民法通则》的起草,访谈肖峋(全国人民代表大会常务委员会法律工作委员会民法司前司长) 1次。1999年3月16日,访谈巫昌祯(2001年4月28日通过的对1980年婚姻法的修正案的起草人之一) 1次。引用这些访谈时,我均用"INT"注明,接下去是年份,以及每一个访谈的序列号(每一年的访谈均以连续的数字排序),后两项之间用"-"隔开。1995和1999年的访谈还注明了被访谈者的姓名缩写(如用JP指代江平:INT95-JP-1)。有两处引用了Kathryn Bernhardt 1993年对松江县法官和司法人员的访谈,以"-B"注明,其余同上,如INT93-B-3。

案卷

所引 A 县的案卷注明 A,年份 (即 1953、1965、1977、1988、和 1989年),以及我自己的编号。排 1~20 的是我所获得的当年的第一批案卷,排 01~020 的则是第二批案卷 (如 A1953: 20; A1965: 015)。A 县法院本身用年份和结案日期的数序为案卷编号。由于这些案卷尚未公开,我避免使用法院自己的编号和诉讼人的姓名。

所引 B 县的案卷同样注明 B,年份,以及我自己的编号。1953、1965、1977、1988、和 1989 年每年的案件排 1~20,1995 年的案件则排 1~40。

出版物

丁玲 (1942):《三八节有感》,《解放日报》1942年3月9日。

《奉贤县法院志》(1986), 无出版处。

《贯彻婚姻法运动的重要文献》(1953),人民出版社。

韩延龙 (1982): 《我国人民调解制度的历史发展》,中国社会科学出版社。

韩延龙、常兆儒编 (1981~1984):《中国新民主主义时期根据地法制文献选编》,中国社会科学出版社。

湖北财经学院编 (1983):《中华人民共和国婚姻法资料选编》,无出版处。

黄宗智 (2000 [1986]):《华北的小农经济与社会变迁》,中华书局。

- —— (2001 [1998]): 《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》. 上海书店。
- —— (2003):《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》,上海书店。
- —— (2005):《认识中国——走向从实践出发的社会科学》,《中国社会科学》2005 年第 1 期: 85~95。

李放春 (2005): 《北方土改中的"翻身"与"生产": 中国革命现代性的一个话语-历史矛盾溯考》,《中国乡村研究》第3辑,社科文献出版社。

梁治平 (1996):《清代习惯法:社会与国家》,中国政法大学出版社。 《人民调解在中国》(1986),华中师范大学出版社。

毛泽东 (1967, 1977):《毛泽东选集》第一至第四卷、第五卷,人民 出版社。

- —— (1927):《湖南农民运动考察报告》。
- --- (1937a): 《矛盾论》。
 - —— (1937b):《实践论》。
- --- (1941a): 《〈农村调查〉的序言和跋》。
- -- (1941b):《改造我们的学习》。
- —— (1942): 《反对党八股》。
- —— (1943):《关于领导方法的若干问题》。
- —— (1957):《关于正确处理人民内部矛盾的问题》。

上海律师协会编 (1991):《律师业务资料》, 无出版处。

苏力 (1996): 《法制及其本土资源》, 中国政法大学出版社。

田成有 (1996):《立法: 转型期的挑战》, 发表于《东方》 1996 年第 4期。见于 www.lawsky.org。

杨永华、方克勒 (1987):《陕甘宁边区法制史稿》,法律出版社。

张文显 (2001):《改革开放时期的中国法学》,发表于《法商研究》 2001年第1期:30~42,见于人大报刊资料:《法学、法史学》2001,6:1~14。

《中国法律年鉴》(1990),中国法律年鉴出版社。

《中国法律年鉴》(2001),中国法律年鉴出版社。

《中华人民共和国法律释义大全》(1992),中国政法大学出版社。

中华人民共和国最高人民法院 (1994):《司法解释全集》,人民法院出版社。

Bourdieu, Pierre. 1977. Outline of a Theory of Practice. Trans. Richard Nice. Cambridge: Cambridge Univ. Press.

Clarke, Donald. 1991. "Dispute resolution in China." J. Chinese Law 5, 2 (Fall): 245~96.

Cohen, Jerome A. 1967. "Chinese mediation on the eve of modernization." J. Asian and African Studies 2, 1 (April): 54~76.

Diamant, Neil J. 2000. Revolutionizing the Family: Politics, Love, and Divorce in Urban and Rural China, 1949~1968. Berkeley: Univ. of California Press.

Ha, Jin (哈金). 1999. Waiting. New York: Pantheon.

Huang, Phiilip C. C (黄宗智). 2005. "Divorce law practices and the origins, myths, and realities of judicial 'mediation' in China." *Modern China*, 31, 2 (April): 151~203.

Johnson, Kay Ann. 1983. Women, the Family and Peasant Revolution in China. Chicago: Univ. of Chicago Press.

Lubman, Stanley. 1967. "Mao and mediation: politics and dispute resolution in Communist China." *California Law Rev.* 55: 1284~1359.

——1999. Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao. Stanford, CA: Stanford Univ. Press.

- ——1959 [1950]. The Marriage Law of the People's Republic of China.

 Beijing: Foreign Languages Press.
- ----1982 [1980]. The Marriage Law of the People's Republic of China.

 Beijing: Foreign Languages Press.

Meijer, Marinus J. 1971. Marriage Law and Policy in the Chinese People's Republic. Hong Kong: Hong Kong Univ. Press.

Palmer, Michael. 1987. "The revival of mediation in the People's Republic of China: (1) Extra – judicial mediation." Yearbook on Socialist Legal Systems 1987: 219~277.

- ——1989. "The revival of mediation in the People's Republic of China:

 (2) Judicial mediation." Yearbook on Socialist Legal Systems 1989: 145~171.
- ——1996. "The re-emergence of family law in post Mao China: marriage, divorce, and reproduction." pp. 110~134 in Stanley, L (ed.), *China Legal Reforms*. Stanford, CA: Stanford Univ. Press.

Phillips, Roderick. 1988. Putting Asunder: A History of Divorce in Western Society. Cambridge: Cambridge Univ. Press.

——1932 [1926]. The Soviet Law on Marriage. Moscow: Co – operative Publishing Society of Foreign Workers in the USSR.

Sverdlow, Gregory. 1956. Marriage and the Family in the U.S.S.R. Moscow: Foreign Languages Publishing House.