

挖掘中国法律传统与思维方式的现代价值

文汇报 2014 年 3 月 24 日，第 09 版文汇学人、访谈录

三月底，黄宗智（Philip C. C. Huang）的法律史三卷本《清代以来民事法律的表达与实践：历史、理论与现实》（增订版）面世。这位 1991 年即已晋升美国加利福尼亚大学的“超级教授”（Professor, Above Scale）再一次以沉甸甸的成果展示了学术之路之常新、学术之树之常青。

按照黄宗智本人的观点，其学术生涯可以说相当于三个完整但不同而又相互关联的学术生涯：首先是农村社会经济史研究；1990 年之后转入法律史研究；2004 年退休之后，主要在中国国内教学（现为中国人民大学法学院讲座教授）并转向对现实问题的积极关怀，且十年间的学术“生产率”要双倍于前两阶段。

犹记得，上世纪 90 年代的国内学术界出现过一种“黄宗智现象”：他的《华北的小农经济与社会变迁》和《长江三角洲小农家庭与乡村发展》成为研究中国经济史、社会史的经典文献；他的《中国研究的规范认识危机：论社会经济史中的悖论现象》为学术“规范化与本土化”的讨论提供了更为基本的问题意识；他对哈贝马斯的“公共领域”和“市民社会”概念的挑战并提出“第三领域”的概念，也曾引起很大反响。

黄宗智的法律史研究，则为我们勾勒出中国法律古代的、现代革命的和西方移植的三大传统，提出了一系列概念（如“实用道德主义”、“第三领域”、“半正式治理”等），用以概括中国文化和社会的突出特点。学术兴趣转换的背后，不变的是黄宗智的理论关怀，也就是他所说的“一个问题”：中国的未来是什么？我们如何从中国历史实践和中国现实的研究出发来探寻中国未来的图景和理论？

日前，黄宗智就其新著的内容及如何为中国法律的发展探寻可行的、符合中国实际的融合中西和古今的模式等问题，接受了记者采访。

一、调解制度展示了中国“实事求是”的思维方式

文汇报：中国是一个有着悠久历史和灿烂文化的古老国家，中华法系也是世界几个著名法系中的一枝奇葩，独具特色，自成一格。根据您的 25 年研究清代以来法律史的一些基本认识，您认为中国法律的思维方式主要特点是什么？

黄宗智：首先，清代法律实践历史所展示的特殊思维方式是，在连接概念和经验方面，一贯要求紧密结合法律概念和经验情况，寓抽象法律原则于具体事例，拒绝脱离具体事例的抽象化。这是《大清律例》所展示的基本思维方式。这就和是西方现代法律核心的形式理性（formal rational）思维方式十分不同。正如韦伯所说，形式理性主义法律要求的是，“（1）所有的法律决定必须是抽象法律命题之‘适用’于具体的‘事实情况’；（2）所有的事实情况，必然能够通过法律逻辑而从抽象的法律原则得出决定。”韦伯心目中的“逻辑”显然是西方的所谓“演绎逻辑”，也是他和西方许多知识分子所认为是西方文明所独有的逻辑思维。美国“法律形式主义”（legal formalism，亦称“古典正统”classical orthodoxy）鼻祖兰德尔（Christopher Columbus Langdell）便特别强调现代法律的这个特点，把法律等同于古希腊的欧几里德几何学，坚持法学能够同样地从有数的几个公理得出众多的定理，而后通过“法律逻辑”来适用于任何事实情况。在韦伯眼中，中国传统法律绝对不属于这样的“形式理性”类型，而是属于“实体主义法律”（亦称“实质主义法律”）类型。他认为，后者的特征是，它偏重具体事实、缺乏抽象原则、更缺乏法律逻辑，而对韦伯来说这些都是形式理性主义法律所必备的条件。

中国法律思维不是缺乏抽象概念，而是一贯认为事实情况千变万化，不是任何抽象原则所能完全涵盖，因此要赋予抽象原则实质性的意义，必须通过实际具体例子来阐明，而法律所未曾考虑到的事实情况则可以通过比附类推方法来处理。相对韦伯提倡的从抽象到事实到抽象的思维方法来说，中国法律一贯使用的可以说是从事实到概念到事实的认识论。

此外，清代法律实践还展示了另一个一贯的法律思维方式。它有前瞻性的一面，但依赖的不是西方现代法律的权利前提“公理”，而是儒家的道德理念，例如“仁政”、“和谐”、“无讼”、以及君子的“忍”和“让”等。同时，它也有比较实用性的一面，允许在实际运作中，相应社会实际而作出调整。这种思维可以见于《大清律例》中主要采用道德性表达的“律”以及众多比较实用性的“例”的结合。它也可见于官箴书中的道德话语和实用话语的并存。

在韦伯眼中，以上的思维方式都不是他所特别认可的形式理性思维。

文汇报：除了法律思维方式与西方十分不同，从法律的实践历史来看，比起正式的民事诉讼，中国人更重视通过调解来解决争议。您如何看待国人这种俨然具有厌恶诉讼、喜欢调解的传统？

黄宗智：韦伯所谓的实体主义法律的最好例子可能是中国的调解制度。在调解之中，无所谓普适的法律原理和逻辑，也无所谓抽象原则之适用于所有具体情况。它的重点不在抽象法律原则，而在解决具体纠纷。它的方法不在依据法律逻辑从抽象原则得出关于对错的判断，而在探寻实际可行的妥协方案。它的目的不在维护抽象普适的法律原则，而在维护社区长期共同相处人们间的和谐关系以及"己所不欲，勿施于人"的道德理念。在韦伯眼中，这样的制度是十足的"实体主义"法律类型的制度。

同时，它也展示了中国"实事求是"的思维方式。它的重点不在抽象原则而在事实情况和可行性。唯有通过对事实情况的掌握，调解人员才有可能提出实际可行的纠纷解决方案。我们也可以说，它在乎的不是形式理性法律所十分着重的（形式化）程序而是解决实际问题。它不会像形式主义法律那样区别"法庭真实"和"实质真实"，不会为了服从程序法而排除实质性的真实，不会把法庭的探究限定于在法律现有程序所允许的范围之内所得出的"法庭真实"。而形式理性主义法律则认定这是作为人为法律所可能获得的最贴近实质真实的真实，而真正的绝对性真实则唯有上帝才能知晓。按照韦伯的类型，中国调解制度背后的认识论和纠纷解决方法是完全来自"实体主义"的。

文汇报：植根于中国传统文化，并在传统社会得到持续发展的调解制度，在促进社会稳定与和谐方面具有其他制度难以替代的功能，但随着中国社会加速由传统向现代转型，传统调解赖以存在的社会基础正逐渐改变，如何使这一"东方经验"再现辉煌？

黄宗智：固然，中国的调解制度在近百年来经历了多重的变迁。在清代，它主要是社区和宗族的非正式（非官方）调解制度，其组织和运作基本是上述的模型。进入中华民国时期，一方面是原来的制度在农村的延续，另一方面是国民党极其有限的、不十分认真的尝试把调解纳入其正规法庭制度。但在中国革命的解放区，调解制度则大规模扩延，在社区的调解之上加上了基层干部的调解和调处，基层政府的行政调处，以及法庭调解（包括带有强烈判决性的调解）等一系列的制度创新。这些变化在1949年之后的毛泽东时代更得到前所未有的扩展，一度成为法律制度整体的主要内容。但在改革期间，既由于农村社区的变化（从熟人社会到半熟人、陌生人社会的演变）、也由于农村干部功能和权力的收缩，所起作用曾经显著收缩。同时，面对越来越多的诉讼案件，法庭也越来越倾向更多地依赖较高效率的判决，较少依赖很花功夫和时间的调解，尤其毛泽东时代那种深入基层调查研究、走"群众路线"的调解。

虽然如此，世纪之交以来，在社会需要（人民广泛认为调解，相对法庭制度而言，是费用较低而成效较高的制度）和政府积极推动的双重动力下，调解制度重新扩展。它今天仍然是中国法律制度的一个极其重要的组成部分，其所起作用 and 规模要远远超出世界其他大国的法律制度。目前，在每两个纠纷之中，仍然有一个是通过社区干部调解而消解的（而旧式的非正式亲邻朋友调解制度也在一定程度上重新呈现--虽然其数量不好估计，因为没有关于它们的系统统计材料）。剩下的一半进入法庭制度的纠纷中，每两起中仍然有一起是由法庭（不同程度地）借助调解手段来解决的。由此可见，调解今天仍然显示出顽强的生命力，不失为中国法律制度很有特色的一个组成部分。

通过众多实际案例和跨时演变分析，我提出了一个简单的原则性建议：在没有过错（或当事人基本同等过错）的事实情况下，适用调解，而在有过错的情况下，方始采用形式化的法庭判决制度。中国完全没有必要像西方对抗性的形式理性制度那样，把没有过错的纠纷推向必分对错的非此即彼的形式理性对抗性法律程序，完全可以在无过错的纠纷情况下，侧重调解。那样划分调解和判决的分工，既可以避免西方对抗性制度的弊端，也可以避免运用调解来处理有过错的纠纷的"和稀泥"弊端。

二、两种"主义"的结合造成了韦伯形式理性主义的偏激性、狭窄性

文汇报：无论如何，在韦伯眼中，中国今天的调解制度肯定不是形式理性的理想制度。对他来说，即便是英美普通法传统也具有很不理想的实体主义成分--他尤其不认可其陪审团制度，认为它违反了形式理性法律制度依赖掌握专业知识、词汇和逻辑的专家的优良特征。您是否认为，韦伯形式理性主义过于理想化？

黄宗智：这里我们也许能够窥见韦伯形式理性主义的偏激性、狭窄性。在他关于法律史的宏观叙述中，他完全没有从以下的角度来考虑到英美普通法：它与其说是实体主义的，不如说是实体主义和形式主义的混合体。它其实源自两者之间的长期拉锯。一方面，它是一种重经验轻抽象法理的"判例法"，特别强调之前的判例在法律制度运作中的关键作用。但另一方面，我们上面已经看到，历史上美国普通法经历了兰德尔（作为哈佛法学院院长）那样极力把法律形式理性化的演变，结果树立了所谓的法律"古典

正统”。虽然如此，我们还要看到兰德尔的哈佛同事霍姆斯（Oliver Wendell Holmes, Jr.）所代表的、占据到与“古典正统”几乎同等地位的法律现实/实用主义，它也是近乎主流的传统。两股潮流事实上长期并存、拉锯，可以说共同造就了美国的法律体系。两者之间的关系具体地体现于长期以来举足轻重的最高法院的九名大法官之间的分歧和拉锯。

我们如果借用韦伯自己的“形式主义”和“理性主义”两大理想类型范畴来反思他的历史叙述，便可以看到他所总结的这两种“主义”的结合其实造成了一个具有特别强烈的封闭性和普世要求的传统。正如韦伯指出，“形式主义”“非理性”源自巫术时代，一方面高度非理性，但另一方面则特别强调高度形式化的仪式，因此显然是具有高度封闭和排他性倾向的传统。而“理性主义”的核心则在于演绎逻辑，它固然是极其精确严密的思维方法，但也具有强烈的自以为是绝对真理的倾向，自以为可以超越时空、自以为乃是普世的真理。两种传统的汇合事实上造就了高度封闭、排他的法律专业化团体。而后者则正是韦伯所特别认可的，把他们称作是捍卫和组成形式理性主义法学的主要“担纲者”。

但后者也是韦伯自己指出的形式理性法律所面临的最严重危机的肇因。他敏锐地指出，二十世纪初期法律制度所面临的主要问题是其高昂的律师费用，造成劳动人民不能和资本家同样依据法律来维护自己权益的局面。

更有甚者，正如韦伯自己所指出的，19世纪末期和20世纪初期，形式理性法律所面对的关键问题是其高费用的律师基本把法律公正限于资本家和有钱人。韦伯没有说明的是，这个问题的根源正是他所十分称道的、法律人士的高度专业性和排他性。韦伯点出的问题可以说是今天的美国法律制度的致命弱点。

文汇报：与此相关的，是否可以认为高度程序化的形式理性主义法律也促使法律专业偏离实质正义而沉溺于繁杂的程序？

黄宗智：是的。今天许多美国律师的专长，与其说是法律和正义，不如说是程序及其漏洞。几乎每个财富500强的公司都聘有一大群专钻税收法律空子的律师和会计。其惯用的一个手段是把公司的利润账目从国土之内转入海外的“避税天堂”。如今，大企业不承担其应负的纳税义务已经成为普遍的现象。这是当今美国法律制度的另一个致命弱点。

在其对待实体主义的论述中，韦伯一再把形式主义和实体主义视作互不相容、完全对立的两种体系。但是，我们可以更实际地来理解现代西方法律在这方面的演变过

程。它不是一个简单拒绝和排除实体理性社会主义革命正义的历程，而更多的是资本主义的逐步对劳工和社会主义运动做出妥协的过程。今天绝大多数的西方国家（及其法律制度）实际上既是资本主义性的，也是"福利国家"（welfare state）性的，其所经历的历史演变绝对不是一个简单的非此即彼的过程。

三，传统和现代的"实用道德主义"不失为一个仍然可用的思维方式

文汇报：韦伯则自始至终一贯认为形式主义和实质主义是绝对对立的。我们要问的是：难道我们在追求中国自身的"现代性"中，除了韦伯认可的形式理性之外便别无选择？只能走上他所提倡的思维方式？只能模仿他早在 19、20 世纪之交便认为是面临严重社会不公危机的法律制度？

黄宗智：我个人认为，韦伯提倡的纯粹形式理性主义法律对中国来说是不合适的、也是不可能的。它之所以不合适是因为中国法律的历史背景和韦伯心目中的德国典范十分不同。中国近百年历史所确定的是，中国法律制度在实际运作层面上，必然是三大历史传统的混合体--即古代法律、革命法律、和舶来的法律，缺一便不符合历史实际和社会现实。在实践层面上，现-当代中国为了适应社会实际，已经对引进的西方法律做出了一系列的重新阐释和改造，其中既有古代传统的延续和创新，也有革命传统的发明和演变。要单一地拒绝古代和革命传统既不符合历史实际，也不符合社会需要。如此的选择其实是不可能的，因为它只会导致法律与历史和社会的脱节，只会导致不可行的、不适用的法律制度。

中国法律三大传统的并存和混合不仅可以见于调解制度和形式化法庭制度的结合，也可以见于众多其他法律领域：拙作比较详细地探讨了离婚法律、侵权赔偿法律、财产权利和赡养义务、男女平等继承权利等。它们在文本上似乎完全是从西方引进的法律，但在实际运作中都展示了中国特殊的转释。拙作的重点在于为中国法律的发展探寻可行的、符合中国实际的融合中西和古今的模式。

同时，我们也不可忽略过去所犯的 error。譬如：一些不那么明智的盲目模仿西方的实例，包括试图移植西方基于其对抗性法律制度（和法律程序主义）的取证程序于离婚法，以及近几年来凭借被误解的西方"恢复性正义"理论而兴起的"刑事和解"运动。再则是今天的劳动法，它已经脱离原先社会主义革命的立法精神，亟需重建。此外则是

旧传统遗留下来的恶劣制度，包括广泛存在的“刑讯逼供”，亟需改革。拙作借用诸如此类的具体例子来指出基于实践经验的创新道路。

文汇报：那么，韦伯理论对当下中国是否有镜鉴意义？

黄宗智：进入理论层面，我认为韦伯的思想和理论是个重要的资源，因为它具有全球的视野、强劲有力的和清晰的分析框架（理想类型），其中既有历史也有理论，乃是我们自己建立理论的理想对话对象和敌手，可以帮助我们对自己的历史路径进行概念提升。

一个很好的出发点是**中国古代传统的思维**。它和韦伯从理论到经验到理论的思维方式截然相反，是从经验到理论到经验的思维，也是今天中国人仍然强烈倾向的思维方式。要求中国立法者和法学学者完全采纳并真正适应由演绎逻辑主导的法律思想，真是谈何容易，因为中国知识分子一般都特别难以运用西方的演绎逻辑。法律专家如此，更毋庸说普通人了。其中一个关键因素是面对二元对立的建构，大多数的中国知识分子很自然地倾向于长期以来儒家所强调的“中庸”（过犹不及）思维，不会轻易采纳非此即彼的抉择，而更会倾向于兼容两者、争取其间平衡的中庸之道。同时，中国知识分子的宇宙观长期以来都比较倾向于把二元对立的事物和现象看作类似乾与坤、阳和阴的相互依赖、相互作用、相辅相成的关系而不是对立的非此即彼的关系。我们可以说，长期以来，中国知识分子在这方面的倾向是基于对大自然的认识，是一种对有机事物和世界的认识，而不是像西方现代那样的基于单一朝向，一推一拉的无机事物和机械化、工业化世界的认识。我们可以认为无机的工业比有机的农业经济先进，但我们绝对不可以把无机的因果关系认作比有机的相互作用关系更符合人间社会的实际。

中国这种既此且彼的思维习惯不仅可以见于古代，也可见于革命时代（例如，其“非对抗性矛盾”的概念），更可见于改革时代（例如“社会主义市场经济”的建构）。我个人认为，如此的思路特别适合今天中国法律面对的实际问题。韦伯型的形式理性思维不可避免地会把我们逼向在中西之间作出单一、非此即彼的抉择：要么是全盘西化、要么是完全依赖本土资源。但中国的实际显然不允许如此的抉择。今天中国的实际的最基本给定现实是，它兼有中国的（古代和革命的）传统和舶来的西方，缺一便无所谓“现代中国”。这是历史实际，也是别无可能的选择。

文汇报：今天我们如何面对形式理性法律对中国自身的实质理性法律传统的挑战？如何重建中国法律历史的现实意义，重建中国法律历史在全世界的法学和法律中所应有的地位？

黄宗智：我认为，面对形式理性法律对中国自身的实质理性法律传统的挑战，最明智的抉择是直面两者共存的现实，而后在其中追求明智的融合与超越，而不是不实际、不可能的非此即彼抉择。关键在于如何融合、如何超越。

拙作提出了一系列由实践历史挖掘出来的融合中西的例子，它们正好说明如何走向如此的结合。先是在有机的因果观之上，加上中国由来已久的紧密连接经验与概念的"实事求是"以及"摸着石头过河"来探讨新型的融合的思维方式。其中，传统和现代的"实用道德主义"不失为一个仍然可用的思维方式。在拙作中已经粗略地勾勒了一些具体的结合方案和模式；这里要做的是为其提供基于中国历史的哲学和宇宙观依据。我认为，这是中国未来的立法和法律体系重组的明智的方向，不是韦伯那种既是拒绝中国古代传统也是拒绝中国现代革命传统的思路、那种既是西方中心主义也是狭窄的现代主义的思路。中国自己的思维方式和实践历史所指出的道路才是真正具有中国主体性和可行性的道路。