

## 【书评】

### 观往知来

——评《过去和现在：中国民事法律实践的探索》

吴凌畅\*

“过去”是我们临终的目前，并不是已经死亡的事物。我们的未来不断使她出现在我们的心灵之中。

—— [美] 梅瑞狄斯

《过去和现在：中国民事法律实践的探索》（以下简称《过去和现在》）一书秉承着黄宗智教授一贯的研究旨趣，即在本书导论部分所提到的“实践历史”<sup>①</sup>之方法，区别了三种相互交叉却又不完全相同的实践内涵，即相对于“理论”而言、相对于“表达”而言以及相对于“制度”而言的实践，并考察了实践本身的历史以及实践与这三者之间互动的历史。这样一种研究旨趣，草创于作者《中国研究的规范认识危机——社会经济史的悖论现象》<sup>②</sup>（以下简称《规范认识危机》）一文，成熟于作者《认识中国——走向从实践出发的社会科学》<sup>③</sup>（以下简称《从实践出发》）一文，大成于作者所著《实践与理论：中国社会、经济与法律的历史与现实研究》（以下简称《实践与理论》）一书之导论部分。

\* 中国人民大学法学院博士研究生，研究方向为经济法与会计法。

① [美] 黄宗智：《过去和现在：中国民事法律实践的探索》，法律出版社 2009 年版，第 1 页。

② 该文以《中国经济史中的悖论现象与当前的规范认识危机》为题，原载《史学理论研究》1993 年第 1 期。

③ 该文原载于《中国社会科学》2005 年第 1 期。

在《规范认识危机》中，作者不仅发现了不能照搬西方的学术理论来解释中国的历史事实，而且发现在中西方的学术研究中都存在所谓的“悖论现象”<sup>①</sup>。面对悖论现象，我们不能依然从理论出发，面对残酷的历史“削足适履”，而是应该“从实际的悖论现象出发，寻求能够解释这些现象的概念”。<sup>②</sup>在《从实践出发》中，作者结合布迪厄的实践社会学及实践理论，认为学术“应当从实践出发，进而提高到理论概念，然后再回到实践去检验”<sup>③</sup>，并且结合中国近代革命的相关事例应用该方法对方法论本身进行了论证。而在《实践与理论》的导论部分，作者则将二者（实践和理论）之间的关系描绘得更加清晰。作者认为，中西方学术研究长期以来都存在理论、表达与实践、经验的二元对立，“我们要做的不是非此即彼的选择，而是要认识到，对真实世界来说，二元中的任何单一方面都是片面的，真正需要我们去集中关注的是两者间持续不断的相互关联和互动”。<sup>④</sup>所以学术研究中真正要做的是聚焦“实践”与“理论”二者间的并存与互动、关注二者之间的连接与媒介，从实践出发、抽象出符合实践的理论、再将该理论返回实践检验。

正是在这样一种一贯而来的研究旨趣下，作者在《过去和现在》一书中就社区调解、基层治理、离婚实践、取证程序、民事判决及法庭调解6个方面的内容进行具体展开，继而对中国法律的现代性问题进行了一个阶段性的归纳，最后得出关于中国法律“实践主体性”的结论。限于篇幅所限，本文在具体内容部分仅就“社区调解”部分展开。

## 一、中国社区调解的过去和现在

作者在本书第二章就“社区调解的过去和现在”进行阐述。从时间维度上，将时间细分为20世纪20年代、20世纪40年代、改革开

<sup>①</sup> “悖论现象指的是，那些被现有的规范信念认定有此无彼的对立现象在事实上的同时出现。”参见[美]黄宗智：《经验与理论：中国社会、经济与法律的实践历史研究》，中国人民大学出版社2007年版，第57页。

<sup>②</sup> [美]黄宗智：《经验与理论：中国社会、经济与法律的实践历史研究》，中国人民大学出版社2007年版，第68页。

<sup>③</sup> 黄宗智：《认识中国——走向从实践出发的社会科学》，载《中国社会科学》2005年第1期。

<sup>④</sup> [美]黄宗智：《实践与理论：中国社会、经济与法律的历史与现实研究》，法律出版社2015年版，第8页。

放、20世纪90年代这几个比较重要的时间节点。

在每一个时间段，作者基本都按照“使用材料”“纠纷内容”“调解人员”“调解原则和方法”的版块渐次展开。在本章节的最后，作者基于一系列体现时间纵向维度的材料观察认为，中国传统以来的社区调解并不会像中国传统法律那样被淘汰，社区调解制度不仅过去是、现在是而且将来依然是中国法律制度中不可或缺的重要组成部分。

究其原因，作者认为早期社区调解的主要功能在于“在一个熟人社会中尽可能地息事宁人，避免长时期的相互敌视”<sup>①</sup>，而这样一种熟人关系在集体时代反而因为集体化而变得更加紧密。改革开放以后，尽管有学者论及中国的农村从“熟人社会”向“半熟人社会”转型，<sup>②</sup>但在社区调解中，发生纠纷的对象依然是夫妻、婆媳、邻里等熟人关系，所以社区调解依然有其存在的必要。只不过这时候随着国家政权体系在村庄这种基层组织的渗入，调解方法上不再以世俗常理作为调解标准、以息事宁人作为调解目的，而是需要在“卫护国家法律和政策的前提下，兼顾到人情和道理”<sup>③</sup>。在改革后期，随着国家政权体系的进一步深入，社区调解相较于改革初期而言，呈现着更加“法规化”的特点。但无论时代如何变化，发生纠纷的主体依然为具有熟人关系的个人，所以“关系”可以成为我们理解社区调解之所以长盛不衰的切入点。

关于中国人所谓的“关系”，韦伯在考察了新教伦理对资本主义的兴起所具有的宗教影响后，继而考察了中国的儒教，其发现“中国的伦理，在自然生成的（或被附属于或被拟制成此种性质的）个人关系团体里，发展出其最强烈的推动力。……（个人关系的原则）意图将个人历久弥新地与其氏族成员牢系在一起，并将他嵌入氏族的模式中，不管怎么说，他是被系于‘人’，而非切事的职务”。<sup>④</sup>继承了韦伯衣钵

① [美] 黄宗智：《过去和现在：中国民事法律实践的探索》，法律出版社2009年版，第31页。

② 半熟人社会具有以下三个特征：其一，村庄异质性增加，村民间熟悉度降低；其二，地方性共识的逐步丧失，加速了村庄内生秩序能力的消亡；其三，村民对存在的主体感也在逐步丧失。参见贺雪峰：《新乡土中国》（修订版），北京大学出版社2013年版，第9页。

③ [美] 黄宗智：《过去和现在：中国民事法律实践的探索》，法律出版社2009年版，第48页。

④ [德] 马克斯·韦伯：《韦伯作品集·中国的宗教》（第五卷），简惠美译，广西师范大学出版社2004年版，第319—320页。

的帕森斯顺应着韦伯的思路，认为与清教伦理代表着一种普遍基督教倾向形成鲜明对比的是，“儒家给予一个人与其他特定个人之间的关系以伦理神圣性，并进而对这种关系给予强烈的伦理强调”。<sup>①</sup> 从中，帕森斯提炼出了“普遍性”与“特殊性”这一对概念，用以区别某个个体在特定的互动情境中所获得的他人评价和判断是否对所有行动者来说均适合。<sup>②</sup> 然而，这样一对具有对立性的概念分析工具是否适用于中国的社会关系分析，中国学者却提出了自己的想法。例如，余英时认为，“现代社会学家往往根据中国重视个人关系这一点而判断中国的社会关系只有‘特殊性’而无‘普遍性’。这种看法于是又变成了中国社会是传统性而非现代性的论据。我个人对这一论点深为怀疑”。<sup>③</sup> 从本书的角度来看，诸多民事纠纷是源于关系的前提存在而产生的，而在关于纠纷的社区调解（尤其于后期）中，调解所依赖的调解规则，既充斥着普遍性意味的法律、政策等，也掺杂着特殊性考虑的情理、道理，所以不能从西方二元对立的观念出发、从单一的立场来看中国人的社会关系。

深究之，二元对立的思想传统在中国一直缺乏赖以生存的本土资源。语言是社会文化延续的载体与结晶，这一结论也可在对中西方语言的分析中找到例证。索绪尔作为结构主义的开创者，其结构主义语言学的根本特征就是“能指 - 所指”的二元对立，于此基础上，其发展出“语言 - 言语”“共时 - 历时”“组合 - 聚合”等多项语言学的概念分析工具，开创了将二元对立作为普遍逻辑分析原则的结构主义时代。<sup>④</sup> 相比之下，中国的语言传统则缺乏这样的特征，一些概念自身具有强大的包容性而无须通过相对应的概念而获得理解，诸如“道”“气”等。就如“阴”与“阳”看上去如此相对立的概念，在《黄帝内经》中更强调的是相互转化的辩证关系，故有言：“天有阴阳，地亦有阴阳。木火土金水火，地之阴阳也，生长化收藏。故阳中有阴，阴中

① 何兆武、柳卸林主编：《中国印象——世界名人论中国文化》，广西师范大学出版社 2001 年版，第 257 页。

② 帕森斯认为，用以比较分析社会结构的四对两分法变量，除了普遍性与特殊性外，还有个人定性与集体定向、功能专一性与功能扩散性及情感性与情感无涉性。参见 [美] 塔科尔特·帕森斯、[美] 厄尔·斯梅尔瑟：《经济与社会》，华夏出版社 1989 年版，第 32 页。

③ 余英时：《中国思想传统的现代诠释》，江苏人民出版社 2003 年版，第 18—19 页。

④ 参见王铭玉：《现代语言符号学》，商务印书馆 2013 年版，第 22 页。

有阳。……动静相召，上下相临，阴阳相错，而变由生也。”<sup>①</sup>

所以，结合着本文一开始所探讨的“悖论现象”，我们更应该认识到，在“西学东渐”的过程中，我们不能被西方学术中的习惯性思维所束缚住自己的研究视角，因为这种习惯性思维很有可能无法正确认识和分析中国社会的特有现象。再以思想传统为例，中国人很少有二元对立的观念，而更多地体现为一种连续统一的关系。所谓连续统一的概念，是指“在两极之间存在着一种过渡性，这种过渡使两极之间的差异和对立变得模糊，而凸显了彼此之间的相通、相容乃至相互转化之可能，从而形成一种你中有我、我中有你的社会认知与行为方式”。<sup>②</sup>在这样连续统一的思维分析下——发生民事纠纷的双方不再是针锋相对的原被告而极度地需要法院在其中作出居中的裁决，此为社区调解（乃至法庭调解）存在的必要性；在调解的过程中，既有普遍性法律政策的适用，又有特殊性情理道理的释明，这种原则和情境之间的调和就是社区调解方法之体现。

## 二、中国法律现代性的未来面向

黄教授在本书的第八章“中国法律的现代性？”中，首先探讨了美国法律的现代性，再在此基础上讨论了中国法律的现代性。关于美国法律的现代性，作者认为美国法律的现代性的精髓并不在于这些多种传统之中的任何一种理论，而在于其在一个相对宽容的政治社会制度中，各家各派通过各种不同利益群体的代表而多元共存、相互影响、相互渗透，这实际上表明了美国法律的实用主义倾向。

关于实用主义，是一种超越经验主义与理性主义的哲学范式。实用主义创始人之一詹姆士在《实用主义》一书中指出，经验主义者指的是那些喜爱各种各样纯粹事实的人，理性主义者指的是那些热衷于抽象的和永恒原则的人，而实用主义能够像理性主义那样保持有宗教性，但同时又能像经验主义那样保持与事实的最丰富的密切关系，所以实用主

<sup>①</sup> 《黄帝内经·素问·天元纪大论》

<sup>②</sup> 翟学伟：《中国人的关系原理：时空秩序、生活欲念及其流变》，北京大学出版社2011年版，第65页。

义可能把经验主义思想方法与人类的更多宗教性的要求完满地协调起来。<sup>①</sup>虽然英国的经验主义与欧陆的唯理主义长期以来分庭抗礼，但它们却隐含着分享着一种对人类的二元论认识，根据这种观念，人类是以某种方式寄寓在物理躯体内的一种精神或非物质的思想。实用主义者的突破就在于否定了心灵与身体二元论的各种版本，而将思维或“知识探索”视为人类有机体的一种活动模式，是生物和文化进化在适应环境后的产物。<sup>②</sup>所以，美国实用主义法律理论倾向于将法律描述为一个中空容器，里面可以填充各种内容，而不再需要曾经要求哲学提供的道德支撑；对实用主义者来说，正是法律道德和哲学上的空洞打开了占据的可能性。<sup>③</sup>

在观察到美国法律的现代性即是其综合性的同时，作者对中国法律的现代性进行了考察。他认为，我们如果能离开抽象的理论争论而从近百年的法律实践来看，可以看出现代中国法律已经初步成形，既有它自己的特点，也具有西方与中国传统的成分，既有相当明确的道德价值观念，也有相当明确的实用性认识方法。其组成因素既有清代遗留下来的成分，也有可以称作中国革命的传统，而在两者之外，更有从西方移植（并经过修改）的成分。这个混合体看来似乎是个大杂烩，但其中其实已经形成了一些积极的特征，以及多元并存的原则和方法，足可以称为具有中国特色的现代性。实际上，这很类似于甘阳所提出的“通三统”。甘阳要通的三统，不是传统意义上的政统、学统和道统，而是指改革开放以来的传统、毛泽东时代的传统以及中国数千年文明的传统在当下社会的三者并存。所以，唯有自觉地立足于中国历史文明的连续统中，方有可能在全球化时代挺拔中国文明的主体性。<sup>④</sup>

欲要更加深刻讨论“法的现代性”的问题，首先要先建立一套关于现代性的基本框架。“现代性”一词，基本认为最早出自波德莱尔的

① 参见 [美] 威廉·詹姆士：《实用主义》，李步楼译，商务印书馆 2012 年版，第 7—41 页。

② 参见 [美] 托马斯·格雷：《美国法的形式主义与实用主义》，田雷等译，法律出版社 2014 年版，第 100—102 页。

③ 参见 [英] 科特瑞尔：《法理学的政治分析：法律哲学批判导论》，张笑宇译，北京大学出版社 2013 年版，第 272 页。

④ 参见甘阳：《通三统》，三联书店 2014 年版，第 1 页。

《现代生活的画家》一书。

在波德莱尔关于现代性的定义中，他认为“现代性就是过渡、短暂、偶然，就是艺术的一半，另一半是永恒和不变”。<sup>①</sup> 由于波德莱尔的美学视角，他将现代性与艺术结合在一起。在谈到浪漫主义时，他说道：“谁说浪漫主义，谁就是说现代艺术，即各种艺术所包含的一切手段表现出来的亲切、灵性、色彩和对无限的向往。”<sup>②</sup> 可见，波德莱尔对于现代性的意义，既指现代生活的短暂性和偶然性，也指艺术和美所体现出来的短暂性和偶然性，同时也包含了对现时生活充满孩童般的体验兴趣的现代人的现代性。现代人、现代艺术和现代生活是波德莱尔现代性概念中的三位一体，虽然波德莱尔是在同古代对比的过程中来突出现代生活的重要性，却没有在一个更宏大的视野中突出现代生活巨大转变之深刻以及与之伴随的现代性概念之重要。

关于现代性，很难有学者对其进行一个准确的定义。例如吉登斯曾经有过尝试——“现代性是指大约从十七世纪的欧洲起源，之后或多或少地影响到全球的一种社会生活或组织的模式。”<sup>③</sup> 这种定义虽然因为其指向的清晰性而广为流传，但是其特指的属性过于强烈，会导致“现代性”一词失去其应有的变化意蕴。

汪民安将“现代性”分为三个层面进行分析：<sup>④</sup> 其一，作为历史进程的现代性，指的是一种同中世纪决裂的多层面的历史进程；其二，作为气质禀赋的现代性，几乎是不可置疑地相信自己在不断地进步；其三，作为体验的现代性，指的是现代人和现代化进程之间存在的一种互动的复杂的经验关系。具体来看，只是在同中世纪剧烈的对照中，只是在整个社会的政治、经济、文化和观念同中世纪全面决裂的背景下，现代性才萌芽，它自身的独特性才崭露头角。从政治角度来看，现代社会摧毁中世纪的神学基础，现代国家的概念才得以建立；从经济角度来看，只有在中世纪的庄园经济遭到破坏的基础上，市场至上的经济观念

① [法] 波德莱尔：《波德莱尔美学论文选》，郭宏安译，人民文学出版社1987年版，第483页。

② [法] 波德莱尔：《波德莱尔美学论文选》，郭宏安译，人民文学出版社1987年版，第218页。

③ [英] 安东尼·吉登斯：《现代性的后果》，田禾译，译林出版社2000年版，第1页。

④ 参见汪民安：《现代性》，南京大学出版社2012年版。

才得以合法化；从哲学角度来看，正是摆脱了上帝和自然的双重阴影，现代主体哲学才得以奠定。这种对之前阶段不断超越的气质禀赋，可以表现为创新的时间意识、对未来的乐观、成熟感、进步信念、超人式的力的奔腾、发展主义和唯科学主义等。最后，现代性本身也是一种体验。现代生活锻造出了现代意义上的个体，锻造出他们的感受，锻造出他们的历史背影；同样，这个现代个体对现代生活有一种前所未有的复杂想象和经验。

哈贝马斯关于现代性的谱系学分析也值得我们思考。哈贝马斯在《现代性的哲学话语》<sup>①</sup> 中考察了现代性批判的历史，认为在自黑格尔以来的思想史上，存在两种关于现代性批判的不同传统：一种是以黑格尔为代表的理性的批判的传统，另一种是以尼采为代表的非理性批判的传统。现代性批判一次次力图摆脱主体哲学的困境，却一次次地误入歧途；后现代理论继承尼采非理性的批判的传统，对现代性作了不符合实际的全盘否定。因此，我们就必须返回到黑格尔在耶拿时期所放弃的选择，即回到一种交往理性观念，从而换一种方式来思考启蒙辩证法。也许，现代性话语在第一个十字路口就选错了方向，这个问题是如此的重要，以至于决定了启蒙的现代性这一未完成的规划是否还能继续下去。实际上，哈贝马斯已经作出了自己的选择——以建立交往理性的方式来克服以主体为中心的理性，为现代性奠定规范性基础。如果这一核心论旨可以成立，可以说哈贝马斯终于走出了两百年前黑格尔及其后来的思想家们所误入的歧途，为未竟的现代性事业开辟新的希望之路。

对于现代性概念的学术分析在考察了诸多版本之后，我们应该看到，当前现代性的概念生成仍旧依附于西方学术研究的知识体系中。在此情形下，简单地将西方概念套用于中国实际，难免得出关于中国社会（以及中国法律）是否具有现代性的错误认识。所以，需要构建中国自身关于“现代性”理论体系，但又不能完全脱离西方已有的研究成果而自说自话。在此方面，本章做了一个很好的尝试。

### 三、中国学术研究的主体性建构

黄教授在本书最后一章的结论处提到：“近百年来中国虽然在法律

<sup>①</sup> [德] 于尔根·哈贝马斯：《现代性的哲学话语》，曹卫东译，译林出版社 2011 年版。

理论和条文层面上缺失主体意志，但在法律实践层面上，却一直显示了相当程度的主体性。”<sup>①</sup> 而笔者更为关注的是，从本书的方法论角度来看，我们不仅应该看到中国法律实践所显示的主体性，更应该重视中国法学研究所需要的主体性建构。按邓正来的话来说，“在全球化时代的世界结构中，中国法律哲学的基本使命就是经由关系性视角和共时性视角的建构去重新定义中国，同时经由重叠性思维方式而建构起‘主体性的中国’，并根据中国自己的法律理想图景引领中国法律、法制的建设或指导中国主动参与的世界结构重构进程”。<sup>②</sup> 甚至，将视野放至更大，我们更应该关注的是中国整体学术研究的主体性建构。

“这是一个需要理论而且一定能够产生理论的时代，这是一个需要思想而且一定能够产生思想的时代。”习近平总书记在2016年5月17日哲学社会科学工作座谈会上如是说。诚然，当前我国处在一个特定的历史时代，这一时代将中国当前社会与中国传统社会做了形式上的割裂、在向西方学习的过程中迈进了所谓“现代性”的进程。然而我们应该看到的是，单纯地将西方理论应用于中国实践的分析，常常催生了“南橘北枳”的尴尬。因此，当前中国的学术研究，无异于在“传统”和“西方”的夹缝之中求生存，纵向与横向方面资源寻求都受阻的情况下，必将“置之死地而后生”。

宏观上来看，西方现代的社会科学学术界长期以来多倾向于一种二元对立非此即彼的思维习惯，而且由于其所占据的霸权地位，这种倾向今天已经渗透全世界的学术研究。此种二元对立的思维本质，在当前中国研究领域表现为两种具体的现象。一是西方化和本土化的对立，现在已经高度意识形态化和感情化。我们长期以来试图从西方舶来的概念表达体系中去解决中国的实践问题，笔者将之称为“西方表达—中国实践”的对立。二是与此相关的理论和经验的对立，等于是把理论和经验截然分开。西方目前的理论多从理性人的构造出发，把它作为一切理论的前提，这种基本的认识方法可以称为“形式主义”，我国在向西方

<sup>①</sup> [美] 黄宗智：《过去和现在：中国民事法律实践的探索》，法律出版社2009年版，第258页。

<sup>②</sup> 邓正来：《谁之全球化？何种法哲学？——开放性全球化观与中国法律哲学建构论纲》，商务印书馆2009年版，第251页。

理论界学习的过程中也出现了“形式理论—实质经验”的对立。

然而，非此即彼的倾向其实偏离了学术应有的最终目的——怎样最好地认识真实世界，其中的关键点应在于拒绝在理论与经验、表达与实践以及中国与西方的二元之间作非此即彼的选择，而是要看到其实际上的二元并存和互动。因此，我们需要强调一种“从实践到理论再返回到实践检验”的侧重实践的认识方法，需要秉承着一种“到最基本的事实中去探寻最重要的概念”的基本研究进路。

#### 四、结语

“实践—理论—实践”这样一种思维进路，作为出发点的“实践”和作为归属的“实践”必然都应立足于中国社会的实践。而其中理论的处理，如基于中国自身一脉相承的理论，从而形成一种封闭式的自洽，当是最好。然而，目前尚无法达到这种要求。因此，我们不仅要看到西方主流理论与中国当前的实践相悖之处，更应该在与之对话的同时与那些同主流理论敌对的另类理论对话，通过中国的经验实际来鉴别西方诸理论中对中国实际有洞察力和没有洞察力或错误的部分，在这一过程中尤其需要重视针对中国社会及其历史流变的观察。因为当前中国与传统中国仅仅是作了形式上的决裂、在某些实质性方面仍有延续，某些传统因素通过文化等短时间内无法发生改变的途径依旧影响着中国人的行动逻辑，作为以人为研究对象的社会科学研究理应对此予以重视。通过实践观察及理论批判，应当建立起中国社会科学自身的话语体系，并最终指导中国的实践。笔者将此种思维进路称为“中国实践—西方理论批判—中国理论建构—中国实践”。

（责任编辑：刘东辉）