

法学与政治

■ 黄宗智

中国正义体系整体的法理与现代西方的法理确实有一定的不同。但这不是一个落后的“前现代”VS. 先进的“现代化”的问题,而是一个“中华法系”在“现代化”变迁中需要探寻符合中国国情的最佳道路的问题。它不是一个中国 VS. 西方、实质 VS. 形式、非理性 VS. 理性的二元对立、非此即彼的问题,而应该是一个取长补短、协调磨合,并由此创新的问题。

■ 刘天骄

没有制约的自由,无疑有利于强者而有损于弱者。这种“自由”的国际自然状态背后,是强大的商业利益欲望,是充斥暴力的海上战争,这也正是作为新兴海洋强者的英国对外主张的规则。在这种“自由”的秩序下,英国逐步通过利益的计算和强力的博弈,成为整个海洋的霸主。

中国正义体系中的“政”与“法”

■ 黄宗智

[内容提要]传统中华法系一贯结合非正式的社会调解制度与正式的法庭断案两大系统,缺一不可理解。笔者已于另文仔细论析此点。同时,长期以来中华法系一直都是一个紧密结合“政”与“法”的体系,同样缺一不可理解。从整体的视野来观察如今中国的正义体系,我们立刻可以看到,在上述方面今天的正义体系仍然和传统的中华法系带有一定的连续性。社会的非正式调解系统仍然在正义体系整体中起着巨大以及不可或缺的作用;民、刑事两大系统仍然相互交搭、互动;“政”与“法”也仍然同样并存、互补、互动和相互作用。

[关键词]形式理性 VS. 实质理性 公安部门轻罪调解与少年教养 自首制度 劳动法 专业合作社法

本文再次采用“正义体系”的分析框架,因为“正义”比“法律”含义宽阔,它包含“非正式”的社会惯习,尤其是民间的调解制度,而“法律”则一般只考虑国家的正式成文法律。而“体系”又比“制度”宽阔,因为它不仅包含法律条文和制度,也包含其实际运作。从“正义体系”的宽阔视野来观察,才能看到中国古今法律的整体以及其与西方的异同,才能够综合古今、中西来设想中国正义体系未来的发展方向和道路。

传统中华法系一贯结合非正式的社会调解制度与正式的法庭断案两大系统,缺一不可理解。笔者已于另文仔细论析此点。^①同时,长期

以来中华法系一直都是一个紧密结合“政”与“法”的体系,同样缺一不可理解。从整体的视野来观察如今中国的正义体系,我们立刻可以看到,在上述方面今天的正义体系仍然和传统的中华法系有一定的连续性。社会的非正式调解系统仍然在正义体系整体中起着巨大以及不可或缺的作用;民事和刑事两大系统仍然相互交搭、互动;“政”与“法”也仍然同样并存、互补、互动和相互作用。

本文从韦伯的西中二元对立分析框架出发,聚焦于中国正义体系中“政”与“法”的相互关联问题。文章论证,如此由多个系统结合组成的有

黄宗智:中国人民大学法学院、美国加利福尼亚大学洛杉矶校区历史系(Philip C. C. Huang, Renmin University of China Law School; Department of History, University of California, Los Angeles)

机整体,乃是中国古今正义体系的特色,与西方正义体系既交搭而又不同。本文不会试图进行“全面”的论述,而将集中于几个实例——公安行政部门对民间纠纷所做的调解、同部门对未成年犯行为者所做的感化和教养改造、过去和如今的自首制度、社会保障局等行政部门在劳动法实施方面所起的作用,以及近年的专业合作社法——来说明此中的原理,以它们为例来论证中国正义体系的弱点和优点,并借此来指出“中国特色”正义体系的“发展”和“现代化”方向和道路。

一、问题

(一) 韦伯的形式理性 VS. 实质非理性

韦伯在其对世界各大文明的法律历史的叙述中,特别突出了四大理想类型:即形式非理性、形式理性、实质非理性,以及实质理性。其中关键的两大类型是“形式理性”与“实质非理性”。在前者之中,法律是以(演绎)逻辑来整合的,是一个不受外部权力干预的独立系统。而其对立面,无论是中华法系还是穆斯林(“卡迪法”)等法系,都是以特殊的道德价值而不是普适的演绎逻辑所主导的,都欠缺独立性,随时可以受到统治者权力和意愿的干预,因此乃是“实质主义的”,也是“非理性的”。(Weber, 1978[1968], Vol. 2: 655-658)

韦伯的历史叙述最终特别突出了西方的优越性,把其历史说成是个一贯朝向现代“形式理性法律”形成的过程。在他的历史论述中,其他各大文明都是和西方对立的,都是“实质主义”、“非理性”的。最终,他的比较法史强调的是现代西方法律的现代性和普适性。在那样的核心论点的主导下,世界其他文明的法律史最终不过是他借以阐明西方法律正确性的一种陪衬或“他者”而已。(Weber, 1978[1968], Vol. 2: Chapter

VIII)

更有进者,在他的分析之中,现代西方法律是从个人权利(他把其认作为一个不言自明的普世公理)出发的,通过逻辑而得出一系列的法则(定理),适用于任何事实情况。如此的观点在美国由兰德尔开启的“古典正统”得到至为鲜明的体现。据此,法律被认作是一门科学,一如几何学那样。它被认作是一个维护权利(人权)的独立体,是超然于行政之上的准绳。它凭借演绎逻辑而实现普适性、绝对性,排除了行政干预。它代表的是现代理性化的治理,并因此而赋予其“正当性”。在韦伯的分析之中,其他文明的法律体系都是受到行政权力干预的,以特殊的道德价值或统治者意愿,而不是以普适的演绎逻辑为准的。同时,其他文明的法律体系,也是基于具体情况并缺乏普适演绎概括的,是以特殊而不是抽象的普适法律原则为主的。(Grey, 2014, 尤见第3章; Langdell, 1880: 1-20; 亦见黄宗智, 2014a 第1卷: 总序)

韦伯以上的叙述显然带有强烈的西方中心主义倾向,但它仍然不失为一个对西方法律体系具有强大洞察力的分析。相比之下,他对其他文明的法律的分析,则因局限于其历史时期对非西方文明比较有限的知识,并不具有其对西方法律同等的洞察力。虽然如此,韦伯的比较法分析框架如今在西方学术界仍然具有巨大的影响,几乎是所有相关学术研究的主导框架或对话对象。它是一个值得我们与之认真对话的分析框架。

根据韦伯的分析,西方的现代正义体系强调的是,以法律为最高准绳,尽可能排除其他“外来”影响。在那样的正义体系中,法律是一个由法律专业人士主宰的高度正规化、形式化、程序化的独立系统。它带有一定的封闭性,能够独立于皇权/行政权力。此外,西方基本没有像中国(古今)那样庞大的,存在于社会的非正规体系

——韦伯在其论述中因此并没有考虑此点。同时,上面已经提到,中国的民、刑事系统相互交搭和互动,与现代西方法律体系中二者截然划分很不一样。它也包含高度的行政参与,是一个“政”与“法”两者并存、相互作用的正义体系,而与西方的“三权分立”截然不同。它更是一贯要求寓抽象法理于具体事实情况,明确认为法律原理不是固定、永恒、抽象、普适的,而是一个不断连接与适应变动中的实际情况的演变体,在这一点上也与韦伯型的形式化法律迥然不同。

成文法律、社会非正式调解机制,以及行政参与这三个维度都是长期以来中国正义体系所不可或缺的组成部分。它并不像韦伯分析的现代西方那样要求法律独立和凌驾于其他领域之上,而是认为一个正义体系应该同时具有社会以及行政的参与。如此的基本概念和思维乃是中国与韦伯型的西方正义体系基本的不同。

韦伯的“形式主义”vs.“实质主义”两大理想类型,一定程度上捕获了以上的不同。我们需要改正的不是韦伯这个宏大的框架,而是韦伯难以避免的西方中心观,其把“形式主义”和西方简单等同于“理性”,强烈倾向于把“实质主义”和非西方简单等同于“非理性”。在现代主义和西方中心主义的驱动下,韦伯最终基本完全认同于“形式主义”的法律,拒绝“实质主义”,无论“理性”与否,并最终把“实质理性”也简单等同于“非理性”。本文在对照中西方正义体系的异同之上,将集中推进与改正韦伯提到但没有详细论述的“实质理性”理想类型。本文论证,正是“实质理性”正义指向了一个超越中西二元对立以及不同于现代西方正义体系的发展道路。

(二)“党”与“法”

与此问题相关的是,在当今中国的政治体制中,“党”(共产党)的基本性质与现代西方在选举、议会、多党制度下的“政党”(political party)迥

然不同。西方意义的政党是处于国家和法律之下而进行党派之争的实体。(因此,英语“政治”[politics]一词在人们心目之中,相当广泛地带有密室交易[backroom politics]的贬义。)这样的政党可以通过竞选而掌握超越政党的国家权力,直到其被另一个党派所取代。在那样的体制下,“政党”是处于国家之下的一种组织,而“国家”则带有超越政党和党派之争的含义。但当代中国的“党”(共产党)则被设定为人民意愿的代表,不仅超越政党政治以及行政,甚至超越于国家机器之上。(亦见白轲,2014)

共产党成为一种“超级政党”诞生于一定的历史背景之下:在民国初年的议会体制下,众多(类似西方意义的)政党在议会中争论纷纷,但实际的权力则被军阀所掌握,议会的争议因此多脱离实际权力的运作,乃至不切实际。在如此的客观政治环境下,逐渐形成了对超越“政党”的一种(可以称之为)“超级政党”的要求。(“超级政党”概念见汪晖,2014,尤见第70—71页)民国时期,无论是国民党还是共产党,都试图成为如此掌控国家权力和军队的超级政党。在全民抗日和全民战争的大环境下,他们成为中国“政治”的主流。自建党以来,共产党以一个阶级政党(无产阶级、工农兵代表)的自我定位来追求反资产阶级、反封建剥削的革命理想,将其认作为自己的历史使命。在掌权之后,更以党来作为领导国家、超越国家/行政机器的组织。在改革时期,则同时引进了西方的宪政、民主等理念和制度,包括其对议会政党的认识。但是,共产党一直把自身认作为一个超级政党来看待自身与国家之间的关系,基本将后者(包括国家法律)视作实现自身理念的行政机器。

同时,现、当代中国也纳入了西方的宪法话语以及民主和议会等制度,这在改革时期尤其突出。但在整个体制中,共产党无疑仍然是一个超

越于国家机器以及其他(西方意义的)党派组织之上的超级政党。它代表的是共产主义/社会主义的理念,被设定为是代表绝大多数人民的利益和意愿的实体。共产党是根据广大人民的意愿和利益而行使超政府、超党派,乃至超法律的统治权力。

在如此的背景之下,正如有的学者已经详细论述,中国共产党的党章和运作规则在一定程度上具有相当于西方国家宪法的威权,甚至可以说是超越于民主形式的国家宪法之上的宪法。(当然,它也同时带有众多组织规则——关于党员、干部、纪律、统一战线、党领导军队、宣传等——的内容。)为了与西方学者、西方概念框架沟通,有学者把党章和党的基本运作规则比拟于西方(特别是不列颠传统中)的“不成文宪法”,认为其相当于西方意义的宪法,或基本法中的更为基本的、未经明言的“不成文宪法”。(强世功,2009;亦见白轲,2014)

现有的《中华人民共和国宪法》的主题是“国家”和公民权利而不是共产党的权力和功能。宪法讨论的主要是国家的组织和机构,并没有仔细、具体说明党与国家之间的关系。但在“序言”之中,用了五句话来表明中国共产党所占的位置:“一九四九年,以毛泽东主席为领袖的中国共产党领导中国各族人民,在经历了长期的艰难曲折的武装斗争和其他形式的斗争以后,终于推翻了帝国主义、封建主义和官僚资本主义的统治,取得了新民主主义革命的伟大胜利,建立了中华人民共和国。”这句表述可以理解为对党的正当性历史基础的说明(如此的正当性显然绝不逊色于来自选举的正当性)。然后,“中国新民主主义革命的胜利和社会主义事业的成就,是中国共产党领导中国各族人民,在马克思列宁主义、毛泽东思想的指引下,坚持真理,修正错误,战胜许多艰难险阻而取得的。”这是确立党的意识形态正

当性的表述。“中国各族人民将继续在中国共产党领导下,在马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论和‘三个代表’重要思想指引下,坚持人民民主专政,坚持社会主义道路,坚持改革开放,不断完善社会主义的各项制度,发展社会主义市场经济,发展社会主义民主,健全社会主义法制……”这句话总结了改革以来的重要变革。“在长期的革命和建设过程中,已经结成由中国共产党领导的,有各民主党派和各人民团体参加的,包括全体社会主义劳动者、社会主义事业的建设者、拥护社会主义的爱国者和拥护祖国统一的爱国者的广泛的爱国统一战线,这个统一战线将继续巩固和发展。”“中国共产党领导的多党合作和政治协商制度将长期存在和发展。”这两句话可以理解为对共产党与其他政党性质不同的说明,确立了其超越其他(一般意义的)党派的领导地位,亦即这里所谓的“超级政党”。(《中华人民共和国宪法》,2004)

此外,宪法并没有对共产党的特殊性质做进一步的阐释,并没有更明确地区分共产党的性质与其他的“民主党派”的不同,也没有具体说明共产党与国家之间的关系。所以,宪法绝大部分可以说只局限于关乎国家和公民的一些高度形式化的表述,并没有具体说明“社会主义”政治体制与一般现代西方的政治体制的不同。由此,容易给人一种错觉,以为中国政治体制中的共产党和其他民主党派并没有实质性的分别,以为中国的宪法与其他国家的宪法性质也没有基本分别,因此导致不少提倡更完全地模仿西方,尤其是美国的宪法的学术建议。

但是,我们如果把国家宪法中的序言与共产党党章的序言对照,立刻便会看到,上述的几句话显然是国家宪法对党章相对较长的序言的扼要总结(《中国共产党章程》,2012)。中国共产党的党章开宗明义地说明:“中国共产党是中国工

人阶级的先锋队,同时是中国人民和中华民族的先锋队,是中国特色社会主义事业的领导核心,代表中国先进生产力的发展要求,代表中国先进文化的前进方向,代表中国最广大人民的根本利益。党的最高理想和最终目标是实现共产主义。”(《中国共产党章程》,2012)作为“中国人民”的先锋队以及“最广大人民的根本利益”的代表,它的自我定位不仅是人民意愿的总代表,还是超前于其意愿的代表,也可以说是国家正当性的终极来源,赫然超越于国家机器之上。随后是与宪法序言相互呼应,但是详细得多的关于党的正当性的历史基础、其立国意识形态以及其后诸多修改和新内容(如“三个代表”)的总结叙述。相比之下,国家宪法中的序言明显只是党章的这部分内容的简要总结。宪法中用一句话来表达的内容,在党章中多以一段或数段文字来表达。党章的序言因此可以说是比国家宪法序言要详细得多的宪法性序言。就此意义来说,它确实带有一定的“宪法”实质。

党章随后说明了党作为一个组织的结构和规则,包括关于党员的行为和思想的规则(第一章);党组织的原则(如民主集中制,以及“差额”选举制度)(第二章);而后是党和党的中央(第三章)、地方(第四章)和基层(包括“非公有制经济”中的党组织)(第五章)的组织结构和职权;关于党的干部的选拔(第六章);党的纪律规则(第七章);党的纪律委员机关的组织,特别是中央的纪律检查委员会(第八章);最后是关于党徽和党旗的描述(第九章)。(《中国共产党章程》,2012)这些具体部分才是名副其实的一个党组织的“章程”。

党章因此显然具有双重的性质。作为一个超级政党和其自我定位为超越于国家之上的超级正当性实体,它的“党章”的序言带有类似于西方国家宪法的性质。同时,它带有一般组织的“章程”的性质,包括关于其组织结构、目的、原

则、规则、纪律和职权等。但学界大多只关注到这个双重性质之中的一面。有的学者把共产党认作为(或希望其成为不过是)一个一般意义的组织/党派,因此把其定位为局限于其具体的组织结构和特定职权(如思想领域、党内纪律、统战工作、领导军队等方面)的分析。(屠凯,2016)有的学者则把这个党章等同于一个相当于西方国家(尤其是英国)的“不成文宪法”。更有学者借助于韦伯的“形式”与“实质”的二元划分框架,争论如今的宪法不过是国家的“形式宪法”,党章才是中国的“实质宪法”(白轲,2014;亦见强世功,2014)。

固然,“宪法”和“党章”之间存有一定的张力、矛盾。譬如,国家宪法规定“中华人民共和国的一切权力属于人民。人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。人民依照法律规定,通过各种途径和形式,管理国家事务,管理经济和文化事业,管理社会事务。”(第一章第二条)表面看来,“人民”及其“代表大会”有可能可以超越于中国共产党之上。但是,我们知道,在党章之中声明的是一个超越于国家之上的超级组织。在其实际运作之中,共产党作为人民的先锋队和代表其根本利益的组织,一贯领导,甚至控制立法、行政和司法各个权力机构。这样的一个政体其实是一个名副其实的“党国”,也可以称为“国党”(见汪晖,2014:72,77),和西方一般话语中的“政党”迥然不同。

虽然如此,如今党本身的“依法治国”战略性政策对党组织本身也形成了一定的制约(孙谦,2013;亦见李树忠,2015;袁松达,2013;蔡定剑,2011),而其长期以来的纪律委员会对党组织内的个人行为和权力也起到了一定的自律作用,不可简单视作一个毫无约束的极权系统。

如此的“党国”体制当然也是中国“政”与

“法”紧密结合的原因之一。党的决议和行政政策既可能从属于法律,也可能补充、更改,乃至取代或超越国家机构/行政及其“法规”之上。如此的超级政党的存在也是“政”与“法”不可能截然分开的—个重要的体制性原因,当然也是“政”“法”不分传统的延续。虽然国家(人大)立法对共产党和党员具有一定的约束权力,但党仍然可以通过其所领导的国家部门和机构的政策,以及众多的行政“规定”、“条例”、“指示”、“通告”等半法律形式,来对成文法律做出补充、制约、修改、重释。

(三)“政”与“法”

上述关于正义体系整体的思想无疑渗透于人们日常的话语之中。譬如,如今虽然已有较多综合大学设立了西式的“法学院”,与行政、政策、政治等领域截然分开,不同于较传统的“政法”大学(如中国政法大学,西南、西北、华东等政法大学),但“政法”的总体框架仍然充满活力与正当性,比较传统地紧密结合法律学(与法理学)、公共管理、公共政策、政治学等。在美国,“法学”与“政治学”(political science)、公共管理(public administration)、公共政策(public policy)等学术领域是截然分开的,法学院和政治学系乃是不同的、分别的单位。前者多与社会科学学院并行,政治学是社会科学中的一个(可以称作)“次级”学科。但在“政法大学”的表述中,政治/行政是和法律并列的,并且是先于法律的。(此点与日本有一定的不同,日本与中国政法大学并行的是“法政大学”——它受西方影响更为深刻,是把“法”置于“政”之前而不是其后。)这可以说也是中国现代革命的一个传统,也可以说是源自马克思列宁主义以及毛泽东思想的一个基本思维。在“政法”的传统中,“法律”与其说是超然于国家和行政的实体,不如说是共产党所采用的治理手段。

在实际运作中,和上述的传统和话语同样,

形成了政与法之不可截然分开,造成概念和制度上的政与法的并存与相互作用。法律被视作不可完全独立于政治/行政的体系,并将长期如此。下面我们具体检视中国正义体系中的几个不同领域,其实际运作之中所展示的“政”与“法”并存和相互作用,包括其正与反的方面。

二、正义体系中的行政系统

(一)行政施法

在当今中国的正义体系之中,我们可以清楚看到其中的非(成文)法律或法律外的“行政”施法(用韦伯的话语来表述的话,是行政对法律的干预),但在中国的概念和话语体系中,则是一种并存或辅助性的协作。一个例子是,国家公安部门除了在“执法”之外,还承担了规模庞大的、在西方一般隶属于司法单位和法院的施法功能,特别是其所谓的“公安调解”,由警察通过“行政调处”来解决纠纷。(“调处”是来自根据地 and 解放区传统的纠纷处理方式,主要指“行政调处”,区别于“民间调解”;如今,也许是因为在人民共和国时期,“调解”与“调处”两词原有的比较清楚的区别变得越来越模糊了,此词已经基本被淘汰,纳入不同性质的“调解”下,如“人民调解”、“行政调解”和“法院调解”。)如表1所示,在2005年—2009年间,在公安部门所处理的年平均840万起纠纷案件中,有整整247万起(占年均纠纷案件总数的29%)是以“调解”结案的,占到那五年中年均调解结案总数1075万起中的23%。其所起作用仅次于“人民调解”,即基层村、居民调解委员会处理结案的530万起,但多于法院系统调解结案数的168万起。“公安调解”是“行政调解”中最大的一项,远远超过基层政府下所设法律事务所(行政)调解结案的63万起,和工商部门下设的消费者协会的(行政)调解结案的67万起。

表1:2005年—2009年各种主要类型调解的总数(单位:万起)

	人民调解	行政调解			司法调解	总数
	村、居民 调解委员会	基层 司法服务	消费者协会 (工商管理部门)	公安部门	民事法院 (一审结案)	
每年平均处理 纠纷/案件数	1030	70 ^a	75	840	492	2507
调解结案数	530	63	67	247	168	1075
调解结案 的比例	52%	90%	89%	29%	34%	43%

数据来源:朱景文(编):《中国法律发展报告 2011:走向多元化的法律实施》,北京:中国人民大学出版社2011年版,表4-2,第303—304页;表4-4,第334—335页;表4-13,第372—373页;表4-15,第374页;表4-16,第376页。

注:(a)没有2006年的数据。

我们看到,由行政机构来“调处”而不是民间或法院来调解纠纷是这个正义体系的一个重要方面。在正义体系的整体中,半正式的行政调解结案总数是377万起,占到全国年平均调解结案总数的35.7%(其余是非正式的“人民调解”,即村、居民调解,以及“司法调解”,即法院调解)。如此的行政化施法显然是整个正义体系中一个非常重要的部分。而整个正义体系则显然是一个既来自“政”与“法”紧密结合的传统,也来自传统的“正式”法庭判决与非正式社会调解机制紧密结合的“第三领域”传统(黄宗智,2014a第1卷:第5章)。它可以被称作为中国现代的一种“半正式”(即半行政,半社会调解)的“第三”正义系统,可以追溯到根据地时期的“行政调处”(区别于“民间”或“社区”调解),是一个来自古代的社会调解传统和革命司法传统互动结合的“中国特色”的正义系统。

另一能说明问题的事例是根据地和毛泽东时代的离婚法系统。首先,离婚法法律条文本身便规定:有争议的离婚要求必须首先经过“区政府”的调解/调处,法院才会受理。(详细论析见

黄宗智,2014a第3卷:第4章)这也是一个非常明显地把行政和法院结合于施法的实例。何况,时至今日,许许多多行政单位都附带有一定的行政化、“半正式”的纠纷处理系统:如表1所示,在公安部门之外,工商管理部门下属的消费者协会以及基层地方政府下属的法律服务所便是主要的例子。

更有进者,田雷已详细证明,中央政府在处理省际纠纷问题时,也会采用一种行政调解的方法。山东省和江苏省长期纠缠于位于两省交界的微山湖的利益分配,涉及三十多个傍湖的村庄。一种可能(比较西式的)的解决方案是以湖中心为划分线,这可以视作是以法律加逻辑(普适原则)来处理的方案。另一种解决方案则是由中央简单下行政命令,由其说了算,这可以视作为西方相当广泛地把中国政法体制想象为绝对威权性的“极权”体制(totalitarian)的方案。但在中国20世纪50年代到90年代所实际呈现的则是一种行政调解方案,由中央政府斡旋于两省之间,探求双方都能接受的方案,最终把涉及的部分村庄划归山东,部分划归江苏。(田雷,2014)

在如此的案例中,我们也可以看到中国“特色”的“政”“法”合一、行政和调解合一的纠纷处理方式。

如此的纠纷解决系统正是我们所要说明的“政”与“法”、“行政”与司法、法院判决与社会调解结合的中间(“第三”)地带,它为我们提供了两种系统的结合与互动的实例,与韦伯论析的现代西方以独立的法律为主的高度正式化、形式化、程序化的制度体系迥然不同。由此我们也可以看到,传统的中华法系的“特色”如今仍然顽强持续于正义体系的实际运作之中。

(二)儿童-少年“法”中的“行政模式”

在儿童-少年法中,清代的国家法律自始便与西方现代高度形式化的法律十分不同。后者在传统时期主要是一种教会法。但是,伴随近代的世俗化,正如韦伯分析的那样,西方法律日益形式化(符合演绎/法律逻辑地从设定的人权“公理”出发,演绎出与其紧密相连的各种定理,而后适用于所有事实情况)。它从基本的个人权利出发,逐步演绎为保护儿童、少年个人权利的法律。

清代的儿童法的演变型式则与其截然不同。正如景风华的博士论文说明,有清一代关于儿童的法律基本是从矜弱与恤幼的道德理念出发的,允许未成年的犯罪人可以“上请”收赎和免死。而乾隆帝从此出发,对国家法律做出一些具体、实用性的阐释:说明十岁以上的杀了人的儿童如果与被害人年龄相差四年以上,并且长期受到其欺凌,可以“上请”“收赎”体刑,免去死罪。乾隆帝这种关于未成年人的法律的阐释,可以视为一种代表“实质主义理性”的立法思路。它从道德理念出发,连接事实情况与实用考虑(在未成年的少年中,四年的年龄差别更可以确定强弱之分)来立法。这就和现代西方以形式化单一年龄(18岁)来作为成年人与“未成年人”的划分

线截然不同。(景风华,2016:第2章)

源自如此的实质主义传统,民国时期以及当代中国都形成了与西方很不一样的少年法律和施法传统。它不是从保护个人权利出发的法律,也不简单规定以某一年龄来划定成年与未成年的分水岭,而是采用一个比较多维度的模式:其中,法律和行政共同实施“正义”,实质与(引进的)形式并存于正义体系之中。其结果是在民国时期便已形成一个由警察部门主导的儿童与少年感化、改造系统,它主要由警察署来处理,其中无论是收容、感化、习艺、教养等制度和机构都属于警察署。其依赖行政部门和行政手段来施法的(景风华称之为)“行政模式”和如今由公安部门来“调解”处理大量轻罪纠纷性质基本一致,和西方一切划归少年法庭(juvenile courts)处理的法理、程序与司法系统很不一样。(景风华,2016:第3章)

景风华进一步指出,在西方法律中,儿童法庭的主要功能不是判刑,而是决定是否以及如何把犯法少年纳入改造所(reformatories),定罪与判刑则须由一般刑事法庭来进行。(景风华,2016:第4章第3节)从这个角度来考虑,西方少年法庭的真正功能乃是建立与刑法分离的未成年人犯法法庭体系,借以保护未成年人的人权,尽可能在成年人刑法系统之外来处理少年犯法行为。

但在中国,西方未成年人法庭的功能是由警察机构(民国时期如此,如今更加如此)而不是法院来施行的,基本处于法院系统之外。因此,这引起国内一些学者提倡应该进一步模仿西方而建立未成年人法庭体系。但是,那样的意见也许过分强调了仿效西方,低估了行政在中国古今正义体系中所起到的正面作用。中国在最近一个世纪中已经(沿着中华法系传统而)创建了规模相当庞大、有效的警察处理未成年犯法行为的系统。在笔者看来,这也许并不需要,也不该全盘

废弃。但这并不意味着否认现今的做法也有一定的弱点。其中关键是警察部门确实有可能过分专断(譬如,可见于其相当广泛依赖“刑讯逼供”的现象——黄宗智,2010,尤见727-730)、滥用职权。如今需要的也许是,在公安部门调处轻罪纠纷以及设置感化教养机构之外,适当补之以法院监督的系统,使未成年犯法者可以通过向(未成年人)法院申诉来维护其正当权益。但从正义体系整体来考虑,不要完全拒绝“法”与“政”并存、并用的司法传统。

(三)自首法律中的“政”“法”结合

正如蒋正阳(2014)所说,中国传统的自首法律是从适当给予犯罪人悔改机会的道德理念出发的,可以据此减免刑罚,并允许亲属代首。作为成文法律,它逐步形成了一系列程序性的规定,譬如,减免刑罚不适用于再犯者和杀伤者,自首必须在案情被发现之前做出,并允许亲属代首、陪首、送首,据此允许免罪或减刑。同时,更有“首服”制度,允许犯罪人与受害人直接了结。(当代法律则不允许首服,国家必须介入;同时,国家对亲属代首也有一定的限制。但毋庸置疑,这些在一定程度上承继、延续了传统的自首制度。)

在道德理念之外,自首制度显然也包含一定程度的行政手段性质。它可以提高司法效率,减低司法成本。它不仅来自道德理念的考虑,更带有实用性的、行政手段化的一面。我们可以从同样的角度来理解如今被广泛使用的“坦白从宽、抗拒从严”制度:它固然带有促使嫌疑人悔改的道德维度,但更重要的也许是带有功利性的、司法行政手段方面的考虑。蒋正阳进一步论证,在革命战争时期,边区政府相当广泛地借助“自首”的概念框架和话语来试图促使俘虏“投诚”或提供情报。这也是国民党和日本军政府相当广泛采用的战争和行政(而不简单是“法律”)手段。(蒋正阳,未刊稿)

“自首”话语和制度也可见于共产党党内纪律委员会所采用的“双规”制度。它既是一个官员改过自新的道德理念和司法制度,也是一个党组织对党内干部和高级官员所使用的管理方法和行政手段,而不能简单地被理解为“法律”,尤其不可用西方的“法律至上”的概念框架来理解。说到底,它也是一个“政”与“法”不分的制度,一个结合行政与法律的正义系统。

如此的系统无疑带有一定的实效。它可以提高破案率、减低办案成本,也可以是有效的情报搜集和策反手段,更可以是有效维持组织内部纪律的手段。它既来自古代的法律传统,也来自解放区全民战争的传统。它无疑带有一定的实质性道德理念维度,在理想情况下,可以适当“改造”犯罪人、敌人或党内的违规者。但是,我们也应该承认,这个制度也带有韦伯所批评的一面:它可能,甚或容易,成为一种行政权力过分渗透“司法”的效果。“刑讯逼供”便是比较突出的例子。党史中历次偏激的“肃反”运动,也是来自历史的教训。

我们需要的是,既不要简单把这样的系统等同于现代西方意义的“法律”或“现代化”,也不要将其视作为一无是处的“专制”“传统”的体系而简单、完全地拒绝,而是要清醒地认识到其结合“政”与“法”的实质,既看到其实质性道德化和实用性效率的一面,也看到其过分依赖不受制约的行政权力倾向的一面,以及尽可能使自首这样的制度规范化、程序化,并运作于一个可以有效制约行政权力的(法院)监督系统之下。

(四)劳动法中的国家法律与行政规定

笔者在最近十年中,写了一系列的文章论证中国改革以来的“非正规经济”(即没有法律保护以及没有或只具有低等社会福利保障的)就业人员,伴随大规模的农民非农就业(农民工)而爆发性扩增(从1978年“城镇就业人员”中的1.5万人

增加到2010年的2.2亿人),达到城镇就业人员总数的63.2%。伴之而来的是“正规经济”就业人员(即具有法律保护和社会福利保障的)在城镇就业人员总数中所占比例的快速萎缩(从1978年的99.8%降到2010年的仅仅36.8%)(黄宗智,2013:63,表2;亦见黄宗智,2014a第3卷:附录三;黄宗智,2014b第3卷:第11,12,13章)。这无疑是一个巨大的历史性变迁,也是改革中的中国面对的规模最大、最严峻的社会问题。

这个变化可以清晰地见于近年来的劳动立法中对“劳动关系”的严格和狭窄的定义,越来越把大多数的劳动者排除于其外,把他们纳入了不受劳动法律保护,或只受十分有限的保护的“劳务关系”和“劳务派遣”的范畴之下。2010年,符合2008年实施的《中华人民共和国劳动合同法》规定的“劳动关系”的正规经济人员总数仅有约1.28亿人,比起1978年中国工业和服务业未曾高速发展之前的0.95亿人其实所增无几,而改革期间大多数的新增第二、三产业就业人员,特别是超过2.7亿的农民工,则大多被排除于法定“劳动关系”范畴之外。也就是说,如今大多数的城镇劳动者已经成为不受法律保护,没有或只有低度社会保障的“非正规”劳动者。(黄宗智,2013:63,表2)

但我们同时也要看到,在这个巨大的历史潮流中也有一定的逆流。譬如,国家面对数量巨大的工伤事件——2014年全国“认定工伤”和“视同工伤”的总共有114.7万人,其中“评定伤残等级人数”的约占一半,有55.8万人(人力资源和社会保障部,2015)——一定程度上已经采纳了由国家提供工伤保险的行政渠道来应对这个问题。我们同时可以从司法实践中(实际案件判决中)看到,地方法院的审判人员,遇到工伤赔偿案件时,如今并不是清一色地简单援用成文劳动法律条文来审理涉及工伤赔偿的案件,而是同时援用了其他的资

源,包括行政部门的条例,尤其是国务院公布的《工伤保险条例》(2004年施行)以及2013年的《人力资源和社会保障部关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见》(2013)(钟炜玲,未刊稿)。固然,国家并未从如此的角度来明确修改成文法律,并且仍然在经济战略上坚持必须照顾到发展经济和企业的决策。但是,无可置疑,国家的半法律、半行政措施在工伤赔偿层面上,起到了一定的作用,在一定程度上拓宽了工伤赔偿的范围。

当然,在劳动法适用范围层面上,作为行政机构的人力资源和社会保障部(以下简称“人社部”)本身也通过行政渠道直接参与涉及劳动者权益的审定。首先,现行法律程序规定,在向地方法院提起诉讼之前,劳动者必须先经过当地人社部下设的“劳动争议仲裁委员会”的仲裁程序。这样,人社部的行政部门其实直接参与了劳动法司法过程,成为其一个关键的步骤。这也是行政与法律紧密结合的一个实例。

如此并用行政与法律其实是中国正义体系中一个常见的现象。上面我们已经看到,过去的离婚法实践采用了同样性质的规定:法院不受理未经“区人民政府”行政单位调处的离婚争执(黄宗智,2014a第3卷:82;亦见《中华人民共和国婚姻法》,1950:第17条),一如法院不受理未经人社部仲裁的劳动争议。在中国的正义体系中,国家政策甚至可以指定某些争议是完全不可以告上法院的:譬如,20世纪90年代后期以及本世纪初,在国企“抓大放小”的私有化改革过程中,国家通过行政政策规定,法院不受理涉及职工与企业间关乎下岗、买断工龄、福利等的纠纷——它们必须由企业单位本身来处理。(黄宗智,2016:14-15)毋庸说,这样的行政规定更加巩固了企业方的权力,削弱了职工所可能依赖的法律手段。又譬如,国家政策规定法院不受理涉及人民共和国时期之前的房屋所有者与房管部门之间关于

房地产所有权的争执。从西方法律视角来看,这是完全不可思议的行政凌驾于法律之上的做法。

类似于工伤事故赔偿问题的是众多正式与非正式用人单位“拖欠工资”的现象以及由其引起的众多社会抗议。国家在劳动法之外,同样采用了来自行政部门的条例/办法,如劳动部在1994年发布的《工资支付暂行规定》的“通知”(钟炜玲,未刊稿),以及其后诸多的条例和规定,包括《国务院办公厅转发建设部等部门关于进一步解决建设领域拖欠工程款问题意见的通知》(国办发[2004]78号)(国务院办公厅,2004)等文件。此外还有不同省、市发布的“规定”。各级法院同样可以援用(可以称作)“半正式”、“半法律”的行政“条例”、“规定”、“补充规定”、“通知”等。与人社部在劳动纠纷中所起的作用类似,通过以上的行政和半行政、半法规措施,国家在一定程度上拓宽了对劳动者的保护范围。

当然,我们可以从韦伯论析的独立法律体系概念出发,把半行政、半法律的决定和意见都纳入其中,从而争论中国的“法律”在这些方面是具有弹性的,是可以予以不同于其条文的理解的。我们甚至可能认为,“法律”其实是在通过司法实践来走向一种与法律条文不同的立法和司法方向,争论“法律”在实践中正起着一种斡旋于条文与社会实际/需要之间的“半正规经济”作用。但是,在笔者看来,如此的分析需要用长时段中由于司法实践而更改法律条文的历时性经验证据来论证。(例见黄宗智,2016,尤见6-8)上述的在“转型”期间的共时性现象的含义则更在于,它们说明了中国现行的正义体系的性质与来自西方的韦伯型“法律”概念的基本不同。它一贯是“法”与“政”长期结合于正义体系整体之中的制度——法律可以是对行政的约束或规范,反之,行政也可以是对法律的约束、重新阐释、限定,乃至背道而驰。“政”与“法”如此并存、互动和纠

缠于单一正义体系之中,正是中国古今正义体系的一个根本特色,不可简单使用西方的“法律”至尊体系概念框架来理解。

我们固然可以像韦伯那样把此点视作中国的正义体系的关键“弱点”,认为是“外来”的行政对法律的干涉,法律因此缺乏独立性,乃是“非理性”的。但我们也可以把这样的司法实践视作中国历来正义体系与西方不同的关键的一面,既可以是弱点,也可以是优点:它可以导致执法含糊、法理和法律条文不清不楚,乃至行政权力枉法,但也可以成为一种伸缩性更大,能够更灵活处理中国变革时期中众多复杂、矛盾的实际问题的立法和司法实践的道路。在实际的判例中,我们可以看到不仅是(狭义的)成文法律的援用,也能看到对国家政策以及行政部门的条例等的援用。事实是,在“转型”过程中,如此的多维和弹性的立法、司法和行政举措都可以被看作为一种对最有效、最持久的制度的探索,其未来的状态仍然是一个未知之数。这正是改革期间中国正义体系的一个重要特点。

显然,以上这种法律和行政规定并用,甚至于在法院判决中并用,是和西方法律十分不同的。在韦伯型的现代西方“法律”概念之中,法律是凌驾于行政部门之上的,无论是法院还是行政部门,都须要遵循法律来办事,其中充满把法律建构为永久的以及普世的至高准绳的冲动。在美国,把争执诉诸法庭更被视为受宪法保护的一种基本权利,不可凭借行政手段而剥夺。而在中国,在法律制定内容之外可以适当考虑各种各样的部门规定和政策。而且,无论是行政部门还是法院系统本身,都可以采用“半正式”(未曾成为正式法律条文)的规定、指示、意见、说明、通知,乃至地方上的法规等,来作为法院和政府部门可以参照的法律-政策。同时,党通过国家行政部门,甚至可以规定某些特定争执不被法院

受理。

说到底,中国的正义体系一直都没有完全采纳西方那样的“三权分立”原则,而是长期,直至今日仍然在相当程度上援用了“中华法系”的“政”与“法”并存、结合的传统。同时,法律乃至正义体系整体也被认为不是一个固定体,而是一个可以充满不同部分之间的张力的体系,也是一个可以相应不同事实情况而变,需要不断摸索的系统。对一个处于剧变的社会来说,这也许不失为一个更具伸缩性和弹力的正义体系建设进路。

(五)合作社法

本文最后要讨论的实例是如今(2006年颁布,2007年开始实施)的《农民专业合作社法》。与上述其他的例子不同,在合作社方面,由于改革时期对过去的计划经济和集体化农业的深层反动,导致了一种完全抛弃革命传统,模仿西方的强烈冲动。因此,在《中华人民共和国农民专业合作社法》中,基本完全仿效了西方的(被认作为国际通行的)专业合作社模式。其制度环境的前提是高度市场化的经济以及高度企业化的农场,包括规模化的家庭农场。由此出发,想象了一个联合众多的(企业化)农场于一个完全以成员间的共同经济利益为组织原则的合作化模式,以及完全面向市场的合作化系统。其基本运作规则是按投入资本额(按股分红)或按营业额(而返还盈余)分配,偏向规模化的企业成员倾斜(李展硕,未刊稿)。其构想是,众多的企业化农场由于其共同利益的驱动来组织(诸如加工、运输、销售等)的合作,并且是一个完全市场化的、自愿的、没有任何政府(行政)扶持或干预的组织。(《中华人民共和国农民专业合作社法》,2006; International Cooperative Alliance, 2016)

在市场化、全球化和“与国际接轨”的大潮流下,中国采纳国际化的模式是完全可以理解的,而且中国农业确实已经呈现了一定的“企业化”

趋势。但问题是,由于中国“人多地少”的基本国情(这方面和东亚的日-韩-台相似,也和南亚的印度相似),绝大多数的“农场”如今仍然是几亩到几十亩规模的“小农”农场,而不是数百到数千亩的相对“地多人少”的西式、规模化、企业化的农场。(黄宗智,2015a;亦见黄宗智,2014c)但如此把中国农业的现实构想为与西方相似的规模化农场是脱离实际的想法,其所设想的是比中国农业要更加高度市场化、规模化、企业化的农业。这是其一。

其二是对中国农村其他方面的社会实际的忽视。在地多人少的美国新大陆,由于其历史背景——1860年的《宅地法》(*Homestead Act*)允许移民登记领取160英亩的土地,1909年的《加大宅地法》(*Enlarged Homestead Act*)将其扩增到320英亩,1916年的《养殖宅地法》(*Stock Raising Homestead Act*)更将其扩增到640英亩(3840华亩),如今美国农场的平均规模是441英亩,即2646华亩(National Agriculture Council, 2015)——自始便没有可能形成像中国这样由紧密人际关系组成的村庄社区。在近现代的运输、通讯条件下,美国农业可以基本无视村庄/社区来组织农业合作社。但是,把这样的制度和社会现实投射于中国农村,由此来设计农业合作社,是完全脱离实际的抉择。笔者已经详细论证,中国应该借鉴的不是西方,而是日-韩-台的合作化历史经验(黄宗智,2015a)。采纳西方的模式是一种不符合实际的,盲目追求齐步于国际“前沿”的选择,是过分试图效仿“先进”的西方,完全脱离中国实际的错误选择。

更有进者,国家如今所采纳的合作社施行方式是完全依赖立法,通过颁布法律来设定专业合作社的蓝图,此外则主要依赖民间的自发性来组织这些合作社,完全没有借鉴日-韩-台历史经验中的以村庄社区和其上的各级行政单位为组织

框架的半政府型组织,并由其接管之前的地方政府相当部分的支农资源和功能。因此,2007年以来兴起的合作社许多是有名无实的、悬空的,乃至是为了获取国家补贴和税收优惠的“伪”合作社。有关单位虽然积极吹嘘其成效,但事实是,如今的专业合作社为小农所起的作用不大(黄宗智,未刊稿;亦见黄宗智,2015a)。其中关键是,国家通过立法而构想的专业合作社是个不切实际的政策,因此导致了不少虚拟和作假的合作社。

虽然如此,在国家设定的不符实际的蓝图之下,仍然有一些是真正起到为小农服务作用的合作社,其数量可能达到所有合作社的20%。它们多以村庄社区为基本单位,虽然多是较小规模的(刘老石,2010;亦见黄宗智,2015a)。这个现象一方面说明了,农村具有合作社的实际需求;另一方面,也说明如今国家的政策实际上是向规模化、企业化的农场倾斜的,虽然对合作社也有一定的补贴、鼓励举措,但是,远远不如在“招商引资”大战略下对农业企业的扶持规模那样大,那么积极。在国家角色仍然起到关键作用的中国经济之中,如此不均等的待遇其实是把合作社(相对企业而言)置于弱势的地位,其效果等于是一种对合作社的制度性抑制和阻碍。这个事实尤其存在于现有的制度下,与企业化农业不同,绝大多数真正的合作社根本无法向国家金融机构融资,因此只可能成为较小规模的组织。(详细论证见黄宗智,未刊稿)

具有讽刺意味的是,在这个领域中,国家目前已经走到了全盘模仿西方的极端,包括其完全依赖法律和人民自愿的进路,以及完全拒绝行政的“干预”。实际上,在客观环境最接近中国实际的日-韩-台历史经验中,国家在推动合作社上起到了至为关键的作用。其出发点是日本明治后期地方政府设定农业现代化为其主要任务的传

统(为小农提供现代投入,组织水利,技术援助,农产品加工、运销、销售),其后该制度被扩延到日本统治的朝鲜和台湾地区(虽然主要目的是为了向日本本国提供更多农产品)。再其后,在美国的占领(或决定性影响)之下,由于一组认同于罗斯福总统“新政”美国官员的(偶然的)决定性影响,在原有的地方政府传统基础上,大规模改组,把其相当部分支农资源纳入到新建立的半政府型合作社,由此获得绝大多数农民的自愿参与。同时,实施了以小自耕农为主的土地改革,基本终止了地主经济(把农场规模限定于45亩——日本三“町”——之下),并禁止城镇资本购买农地,使自耕小农完完全全成为日-韩-台农业的主体。结果是出现了日本20世纪60年代和70年代农业发展的“黄金时期”,以及稍后在韩国和台湾地区呈现的类似的农业发展,为它们在人均产出上进入西方“发达国家”的行列做了重要的铺垫。同时,也为这些地区较高的社会公平度奠定了基础——此点可见于它们如今的基尼系数:日本为37.6,在全球141个国家中排行第65名;韩国为31.1,排行第29位;台湾地区为34.2,排行第45名;中国则是47.2,排行第114名,是倒数第27名。(C. I. A., 2015; 亦见黄宗智,2015a:27)

具有讽刺意味的是,一贯“政”与“法”合一不分的中国,在这个问题上,居然走到完全依赖立法,拒绝行政的极端。这是一个过分崇洋,过分模仿(想象中的)西方现代化模式的反面实例,亟须改正。在以上的实例中,我们看到,即便是在“三权分立”、法律至上的现代西方,法律仍然不可脱离其社会环境和历史背景来理解。把某一种模式或法律制度从其历史社会环境抽离开来,试图把其移植于完全不同的历史社会环境之中,是一个基本性的错误。其中的关键是,无论是立法还是行政,都必须从实际出发,不可仅凭理论来设想。人民共和国期间,中国农业已经经历了

走集体化计划经济极端的错误,如今则同样极端地试图走上完全相反的资本主义企业化农业道路,亟须重新从头规划。

三、对“实质理性”的重新阐释

(一)实质理性

上面我们已经看到,韦伯虽然建构了一个四分法的理想类型,但在他的历史叙述中,由于其深层的西方中心主义倾向,最终使用的其实不过是四大类型中的两种:即形式理性和实质非理性,并没有详细考虑形式非理性和实质理性。他把西方的法律发展史等同于形式理性类型的形成,特别突出罗马法、教会法中的形式理性雏形,写的是一种目的先行的现代化历史。虽然如此,他的分析成功地突出了西方现代法律的一些基本特征:即依赖形式逻辑(演绎逻辑),强调个人权利(相对国家权力)的维护,强调法律系统的形式化、程序化、独立化等。韦伯的不足在于基本只把其他文明的历史当作他的总叙述的对立面,作为其陪衬,借以突出西方法律/文明的普适性和优越性。

他只以很简短的篇幅来讨论社会主义国家的法律。他虽然简略地把其等同于“实质主义理性”法律,但并没有对其做出深入的分析。他的论析基本局限于两个层面的批评:一是批评其劳动价值论,认为它没有考虑到资本、被继承的财产以及市场经济中的价值;另一则是批评其没有能够确立法律的独立性,允许具有特殊性的道德价值以及统治者的意愿介入法律。结果是,等于把实质理性和社会主义法律也等同于(实质)非理性类型。(Weber, 1978 [1968], Vol. 2: 812-814)

更有进者,他没有详细考虑到形式理性法律的局限。他曾指出其昂贵的律师费用问题(韦

伯,2005:225),但并没有点出昂贵费用与形式理性法律的独立性、封闭性和高度专业性直接关联的事实,更没有能够考虑到实质理性相对形式理性的可能优点。(黄宗智,2014a:总序,15)这正是我们这里要做的工作。

笔者在另文中已经详细论证,“中华法系”传统中一贯结合社会的非正式正义体系与正规的法庭体系来组成其正义体系整体,借此来减低社会的诉讼频率,避免形式化法律必然把矛盾推向对抗性争执的强烈倾向。毋庸置疑,中国的非正式和半正式正义体系,大大减低了中国的诉讼频率(当然,也要考虑到中国在社会激烈变革中纠纷频率较高的因素),也是西方近几十年来的“非诉讼纠纷解决”(Alternative Dispute Resolution,简称ADR)制度建设的重要典范。我们要认识到,非正式的社会纠纷解决机制是从“和谐”的道德理念出发的,因此,也完全可以视作“实质主义”正义体系的一个方面(黄宗智,2016)。虽然,也可以与其分开来讨论。在本文中,笔者要集中讨论的是“实质主义”的一些其他方面。

首先是其在思维方式上与形式理性的不同。实质主义不要求设定普适的真理,不要求把法理通过逻辑化来达到普适化,不要求把法律原则抽离具体事实情况而被适用于所有可能的事实情况,而是一贯强调要连接法理与事实情况、理论与实践、普适与特殊。这是中华法系之所以应该被认作是一个实质主义的正义体系的重要原因。它的一个基本思维是,任何抽象法理或法律都需要通过具体事实情况来阐释,因为后者是无穷无尽的,而且是经常在变动的。正因为如此,历代的法典基本都以具体事实情况来阐释抽象法律原则,亦即寓抽象法律于具体事实情况。譬如,采用惩罚违反财产“权利”的各种具体行为来说明“产权”的含义:如非法侵占、盗卖(他人田宅)、“虚(写价)钱”、“擅食(他人的)田园瓜果”

等,对每一种行为都制订了一定等级的刑罚。(黄宗智,2014a第3卷,尤见132-138)

回顾启蒙时代西方自身的思想,其实启蒙哲学大师康德在处理普适和特殊、理论和实践、抽象和具体等二元方面,要远比韦伯全面。韦伯偏重的是普适而轻视特殊、偏重逻辑而轻视道德价值、偏重理论而轻视实践、偏重抽象而轻视具体。但康德则要比他中允、平稳、全面得多。在康德看来,如果要把道德价值付诸行动(实践),人们需要经过“实践理性”(practical reason)的媒介,其中关键在其“绝对命令”(categorical imperative)准则:“你要仅仅依赖你同时也能够愿意它成为一条普遍法则的那个准则去行动”,借此区别可以普适与不可普适的道德理念,打通特殊与普适。在这方面,康德的“绝对命令”其实近似于儒家的道德观中的“己所不欲、勿施于人”的“黄金规则”。康德这个三层面(道德价值、实践理性,以及实际行动)的思想,和中华法系结合儒家道德观与法家的形式化、规范化逻辑,并辅之以在实际运作中的实用性考虑,其实是隐隐相互呼应的。(详细讨论见黄宗智,2015b:87-89)而西方后来在帝国主义时期的唯我独尊气势,包括韦伯在内,其实是失之片面的。以儒家思想来衡量,康德的思想要远比韦伯的更包容和中允,而那樣的思维也是数千年来主导中华法系的思维方式,并且仍然可以清晰地见于中国如今的正义体系。

同时,这也是一个更强调伴随社会实际和变迁而更改成文法律的法理观,因此也是一个能够宽容、平等对待不同传统与不同法理的思路。这两点可以见于上述的历代法典的变迁,也可以见于其正义体系的多元性,其结合法家与儒家的传统。而且,它区别可资调解来处理的案例(一般多是没有明显对错的纠纷)以及要明确分出对错的法庭断案,不像形式法律那样把所有纠纷都纳入明分对错,推向非此即彼的对抗性框架内来处

理,因此而引起许许多多不必要的长时期的、昂贵的对抗性法律纠纷。(西方法律因此已于20世纪60年代到80年代期间在离婚法中废弃了之前的必分对错法理,普遍采用了“无过错”(no fault)——即不再考虑过错——的离婚法理。)它促使细事和无过错纠纷可以通过中间人的斡旋而简易、低成本地处理,并且在一定程度上能够维持(即便只是表面上的)和谐,让同一社区的成员能够更好地长期共处。

(二)实质主义 VS. 程序 / 条文主义

如此的实质理性的正义体系能够避免高度程序化的西方法律所引起的,凭借法律程序漏洞而在形式上遵守法律而实质上违反法律精神的弊端。譬如,如今美国的500强跨国公司,不少雇用数以百计的税收专业律师和会计来钻法律漏洞而避免应缴纳的营利、增值税。它们广泛使用注册或藏匿资产于所谓的“避税天堂”(tax haven)的国家和地区(如爱尔兰[苹果公司]、百慕大[Bermuda]、巴拿马[Panama]、开曼群岛[Caymen Islands]、瑞士等地) (“10 Best Tax Havens in the World,” 2016)的手段来降低或避免自身该负的纳税义务。其结果是,把国家财政的重担转嫁于不能采用如此手段的社会中等和中下等阶层。其中的关键是法律重形式和条文多于实质。实质正义当然有可能因为威权统治而导致官员贪污腐败的行为,但在重视实质过于形式和条文方面,则不会允许普遍的貌似守法但实质是犯法的行为。而且,在贪污和腐败方面,集权于单一政党(或行政长官)的威权统治并不必然会导致更多的官员贪污和腐败——以廉政著名的新加坡和香港便是实例。

美国20世纪90年代以来各州所采纳的所谓“三振出局”法律(three strikes law)也是法律过分形式化的一个实例。其原意是为了减轻法庭的负担,规定一再犯罪的人,在第三次犯罪时将被

重惩,长期监禁(起码20年)。但是,在实施中,譬如在加利福尼亚州(以下简称“加州”),许多毒品的小贩或毒品使用者由于该法律(及其形式化援用)而被判长期监禁,使大量的相对轻罪者与暴力性重罪犯一起被长期监禁,也使美国监禁率已经是很高的局面更加恶化。其中黑人占到较高比例——而其犯罪肇因又多是社会性的(由于居住在犯罪率特别高的贫民窟,或/以及支离破碎的家庭环境),而不是根本性的,严重的罪恶。加州因此在2012年修改了其原来的“三振出局”法律。(American Civil Liberties Union, 2016; “California Proposition 36, Changes in the Three Strike Law”, 2012)此前,在高度形式化、程序化的美国法律体系中,加州的法官们在“三振出局”的法律规范下,多按照原来形式化的条文来判案。从实质理性来考虑,如此的犯罪者更应该通过改造而不是重惩来处理。

(三)对抗性的法律

以上是在形式化法律的成文法范围之内的一些弊端,但更重要的也许是在成文法律覆盖范围之外的弊端。我们看到,过度形式化、程序化的法律很容易导致必分对错的弊端。而且,它缺乏处理细事和轻罪的调解机制,只能要么将其纳入过重的成文法之内来处理,要么根本就无法处理,结果常会促使原本是细事的纠纷恶化为更严重的罪行。

这也是美国监禁(比例)之所以特别高(每10万人中有693名监犯,在全球221个国家中排名第2;而中国每10万人中有118名监犯,在全球221个国家中排名第136位)的重要原因(“Highest to Lowest – Prison Population Rate [World]”, 2016)。而来自“中华法系”传统的日本正义体系,正因为其如今仍然广泛依赖社会和法院的调解,其诉讼和犯罪比例要远远低于美国:每10万人中只有47名监犯,在全球排第202名;美国每

10万人中有365名律师,而日本则只有16名,才是美国的1/23。(Magee, 2010; 亦见黄宗智, 2016:20,脚注91)

如今的中国,因为正处于社会矛盾特多的“转型”过程之中,如果采纳美国式的对抗性纠纷处理制度,废弃中国式的“大事化小、小事化了”民间调解的古代传统以及行政调处的革命传统,而采纳美国事实上常常是“小事化大”的法律体系,其后果可以说不堪设想。同样,如果废弃公安与行政部门/机构的司法作用,其法院系统将会不堪重负。

四、结语

看到正义体系的多维整体,考虑到其社会环境和所处的历史环境,才可能看到“实质理性”法律的优点。这并不是要否认其所可能导致的行政过分干涉司法以及恶劣的统治者可能严重歪曲司法,甚至无视法律而依赖警察政治、行政专政、群众暴力等种种可能的弊端,而是要说明实质理性主义法律的道路并不一定不如形式理性法律,并不一定像韦伯原先的理想类型那么简单明了、优劣分明。我们要的不是对西方-美国的盲目崇拜和模仿,而是要同时洞察到两类不同正义传统的优点和弊端及其原因,包括美国模式的优点和弊端。由此出发,才有可能做到“取长补短”地对待中西矛盾问题,才有可能对中国当前和未来的正义体系作出明智的抉择。

如此的抉择的第一步是清醒地同时认识两种正义体系。在宽阔的“多元”“正义体系”视野下,我们才能看到传统的非正式正义体系与现代的法庭正义体系结合所起的作用——减少诉讼频率、减轻法院负担、维护社区“和谐”。同样,认识到“法”与“政”的兼用、平衡、协调,才能看到如今半司法、半行政的调处所起的正面作用。在轻

罪案件中,公安部门对待轻罪中的调处/“调解”,虽然达不到法院运作那样的规范,但是更能够适当考虑具体事实情况以及纠纷实质来简易、低成本地处理。固然,它也带有公安部门滥用权力(例如,刑讯逼供)的风险。未来也许可以考虑补之以法院监督来维护当事人申诉权利的法律系统。

至于少年与儿童的改造、感化、教养、习艺等,公安部门确实可以比法院系统更灵活、实用和低成本地处理犯法的未成年人。固然,如此的系统也带有过分专断的风险。未来也许应该同样设置法院监督来防御滥用警察职权,确立当事人申诉的权利。

至于劳动法,如今在模仿美国、法律形式化、偏重经济发展以及资本更甚于劳动者的大潮流下,凭借行政手段来适当维护劳动者至为紧迫的需要,也是一个无可厚非的做法。鉴于很高数量的工伤频率(以及由于依赖廉价劳动力来推动经济发展的战略所导致的越来越狭窄的“劳动关系”适用范围),凭借行政手段和保险“条例”而不是“法律”来反潮流地维护在工作中受到严重伤害的劳动者,以及凭借行政规定来处理工资拖欠问题,也不失为一种权宜之计。当然,从长远的视角来看,迟早还是需要凭借成文法律来规范。

最后是如今的专业合作社法,盲目模仿现代西方法律,无视中国历史与社会的基本实际,所说明的是,背离实际的意识形态化的理论是多么地充满误导性,多么地使人们以空想来替代实际,以错误和不合适的理念来替代具体、实际的可行方案(政策和法律),为的是表面上的“现代化”、“与国际接轨”和“国际前沿”。受其伤害的则是被完全忽略其利益和意愿的农民大众。我们可以说,无论是实质法律还是形式法律,都有可能犯如此脱离实际的错误。中国的专业合作社法可以说是一个极端的例子,代表的是不顾具

体情况来援用舶来的形式主义法律以及形式主义经济学理论/意识形态。需要的是,脚踏实地地来借助实质理性传统及其思维方式,结合行政与司法来更好地回应亿万小农真正的需要。

总的来说,中国正义体系整体的法理与现代西方的法理确实有一定的不同。但这不是一个落后的“前现代”VS. 先进的“现代化”的问题,而是一个“中华法系”在“现代化”变迁中需要探寻符合中国国情的最佳道路的问题。它不是一个中国 VS. 西方、实质 VS. 形式、非理性 VS. 理性的二元对立、非此即彼的问题,而应该是一个取长补短、协调磨合,并由此创新的问题。

参考文献:

白轲(Larry C. Backer),2014,《强世功对“不成文宪法”以及中国宪政秩序的研究》,见黄宗智等:“中国政治体系正当性基础的来源与走向:中西方学者对话(七)”专题,载《开放时代》第2期,第20—29页。

国务院办公厅,2004,《国务院办公厅转发建设部等部门关于进一步解决建设领域拖欠工程款问题意见的通知》(国办发[2004]78号),国务院办公厅网站,<http://sifaku.com/falvfagui/41/zdpzfp18cdb.html>。

国务院,2004,《工伤保险条例》(中华人民共和国国务院令 第375号),百度文库,http://wenku.baidu.com/link?url=f3BkA7Vj41fYQ_dHnyigQ99TMvldtdskjN0nbxGTCN-Ni-Uln7rFmFGWu8NNdpZRvcv06oebQgUpNo-ZAMYqJISCG7Mft0R3FIX9opoyYSrO。

蔡定剑,2011,《政治体制改革的历史与现状》,载《炎黄春秋》第2期,第1—8页。

黄宗智,未刊稿,《中国农业发展三大模式——行政、放任、与合作的利与弊》。

黄宗智,2016,《中国古今的民、刑事正义体系:全球视野下的中华法系》,载《法学家》第1期,第1—27页。

黄宗智,2015a,《农业合作化路径选择的两大盲点:东亚农业合作化历史经验的启示》,载《开放时代》第5期,

第18—35页。

黄宗智,2015b,《道德与法律:中国的过去和现在》,载《开放时代》第1期,第75—94页。

黄宗智,2014a,《清代以来民事法律的表达与实践——历史、理论与现实》,三卷本增订版(第1卷:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,2001[2007],上海书店出版社;第2卷:《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》,2003[2007],上海书店出版社;第3卷:《过去和现在:中国民事法律实践的探索》,2009,北京:法律出版社),北京:法律出版社。

黄宗智,2014b,《明清以来乡村社会经济变迁:历史、理论与现实》,三卷本增订版(第1卷:《华北的小农经济与社会变迁》,1986[2000,2004,2009],北京:中华书局;第2卷:《长江三角洲的小农家庭与乡村发展》,1992[2000,2007],北京:中华书局;第3卷:《超越左右:从实践历史探寻中国农村发展出路》,2014),北京:法律出版社。

黄宗智,2014c,《“家庭农场”是中国农业的发展出路吗?》,载《开放时代》第2期,第176—194页。

黄宗智,2013,《重新认识中国劳动人民——劳动法规的历史演变与当前的非正规经济》,载《开放时代》第5期,第56—73页。

黄宗智,2010,《中西法律如何融合?道德、权利与实用》,载《中外法学》第5期,第721—736页。

强世功,2014,《白轲论中国的党政体制》,见黄宗智等:“中国政治体系正当性基础的来源与走向:中西方学者对话(七)”专题,载《开放时代》第2期,第57—69页。

强世功,2009,《中国宪法中的不成文宪法——理解中国宪法的新视角》,载《开放时代》第12期,第16—40页。

蒋正阳,未刊稿,《中国特性的法律现代化——以陕甘宁边区自首制度为中心》(引用经作者允许)。

蒋正阳,2014,《清代与现代自首制度的比较研究——对法律现代主义的几点反思》,载黄宗智、尤陈俊(编):《历史社会主义:中国的实践法史与法律》,北京:法律出版社,第265—290页。

景风华,2016,《中国少年法体系的变迁:文本、理念与

实践》,中国人民大学法学院博士学位论文。

李树忠,2015,《迈向“实质法治”——历史进程中的十八届四中全会“决定”》,载《当代法学》第1期,第3—13页。

李展硕,未刊稿,《村经济合作社分配制度研究》(引用经作者允许)。

刘老石,2010,《合作社实践与本土评价标准》,载《开放时代》第12期。

人力资源和社会保障部,2015,《中国社会保险发展年度报告2014》,四维信息网,http://www.chinazxx.com/show.asp?id=1917。

孙谦,2013,《法治建构的中国道路》,载《中国社会科学》第1期,第13—17页。

田雷,2014,《中央集权的简约治理——微山湖问题与中国的调解式政体》,载黄宗智、尤陈俊(编):《历史社会学:中国的实践法史与法理》,北京:法律出版社,第291—320页。

屠凯,2016,《党内法规与国家法律共处中的两个问题》,载《中国法律评论》第3期,第47—51页。

汪晖,2014,《代表性断裂与“后政党政治”》,载黄宗智等:“中国政治体系正当性基础的来源与走向:中西方学者对话(七)”专题,载《开放时代》第2期,第70—79页。

韦伯(Max Weber),2005,《韦伯作品集:法律社会学》,康乐、简惠美译,桂林:广西师范大学出版社。

袁松达,2013,《走向包容性的法治国家建设》,载《中国法学》第2期,第5—17页。

《中国共产党章程》,2012,新华网,http://news.xinhuanet.com/18cpnc/201211/18/c_113714762.htm。

《中华人民共和国婚姻法》,1950,载湖北财经学院(编):《中华人民共和国婚姻法资料选编》。

《中华人民共和国宪法》,2004,人民网,http://www.people.com.cn/GB/shehui/1060/2391834.html。

《中华人民共和国农民专业合作社法》,2006,中华人民共和国中央人民政府网站,http://www.gov.cn/flfg/2006-10/31/content_429392.htm。

钟炜玲,未刊稿,《论我国劳动法适用范围——以“半正

规经济”为例》(引用经作者允许)。

朱景文(编),2011,《中国法律发展报告 2011:走向多元化的法律实施》,北京:中国人民大学出版社。

American Civil Liberties Union, 2016, “10 Reasons to Oppose ‘Three Strikes, You’re Out’,”

<https://www.aclu.org/10-reasons-oppose-3-strikes-youre-out>, accessed May, 2016.

“California Proposition 36, Changes in the Three Strikes Law,” 2012, Ballotpedia, [https://ballotpedia.org/California_Proposition_36_Changes_in_the_Three_Strikes_Law_\(2012\)](https://ballotpedia.org/California_Proposition_36_Changes_in_the_Three_Strikes_Law_(2012)).

C. I. A., 2015, “Country Comparison: Distribution of Family Income—Gini Index,” <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/rankorder/2172rank.html>, accessed March 20, 2015.

Grey, Thomas C., 2014, *Formalism and Pragmatism in American Law*, Leiden/Boston: Brill.

International Cooperative Alliance, 2016, “Co-operative identity, values and principles,” <http://ica.coop/en/whats-co-op/co-operative-identity-values-principles>.

Langdell, C. C., 1880, *A Summary of the Law of Contracts*, Boston: Little, Brown, and Company.

Magee, Stephen P., 2010, “The Optimum Number of Lawyers and a Radical Proposal for Legal Change,” <http://buckleymix.com/wp-content/uploads/2010/10/Magee.pdf>,

accessed July, 2015.

National Agriculture Council, 2015, “Agriculture Fact Sheet,” <http://www.agday.org/media/factsheet.php>.

“10 Best Tax Havens in the World,” 2016, The Motley Fool, <http://www.fool.com/investing/general/2016/01/03/10-best-tax-havens-in-the-world.aspx>.

Weber, Max, 1978 (1968), *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology* (2 Vols.), Berkeley: University of California Press.

“Highest to Lowest – Prison Population Rate (World),” World Prison Brief, http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison_population_rate?field_region_taxonomy_tid=All&=Apply, accessed September 26, 2016.

注释:

①笔者在另文(黄宗智,2016)中采用了“正义体系”的框架来分析中国的民、刑事以及非正式与正式正义相互作用的传统。此篇与该篇可以视作姊妹篇,同样是在完成了笔者明清到今日的民事法律研究三卷本(黄宗智,2014a)之后的进一步总体性思考。

责任编辑:皮莉莉