

# 中国正义体系的三大传统 与当前的民法典编纂\*

■ 黄宗智

[内容提要]广义的中国正义体系是由三大传统组成的。一是来自古代的“中华法系”传统,包括其非正式正义体系,特别是社区的调解体系。同时,行政与法律长期交织,如今仍然非常明显。二是清末民国以来从西方,尤其是大陆法系移植过来的成文法律,包括其权利理论和话语,以及经过法律逻辑整合的众多法则和条文。这是主宰当今民法典编纂的主要传统。三是20世纪中国革命的传统,包括其党国政治体制和社会主义话语,至今同样仍然十分明显。同时还有其与另两大传统相互作用而形成的大规模“半正式”调解,主要是法院调解和行政调解。当前,在民法典的编纂中,法学家们主要只关注成文法律,大多是从西方引进的法律,但如果从长时段的历史视野和实际运作的正义体系来看,长远的民法体系建立,必须同时关注到传统与革命两大传统,必须考虑到如何处理引进的成文法律与其他两大传统的关联问题,这既是因为其实际存在于司法实践中,也是因为唯有综合三大传统才有可能真正认识到并建立中国法治的“特色”。

[关键词]“习惯法” 法史研究 非正式、半正式与正式正义体系 产权中的“家”与“个人” “党”与“国”以及“政”与“法”

## 一、问题

广义的中国正义体系是由三大传统组成的。一是来自古代的“中华法系”传统,包括其非正式正义体系,特别是社区的调解体系——今

天,在全社会每年共约1000万起(有记录的)纠纷之中,每两起仍然有一起是通过社区“人民调解”解决的(见表1)。而在西方,真正的中国式的和解,最多只达到法院处理案件中的几个百分点(在美国低于2%;在调解更为发达的荷兰,也才

---

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)

\*本文是为中国人民大学法学院历史与社会高等研究所召集的“历史社会法学与民法典编纂”(Historical-Social Study of Law and the Compilation of the Civil Code)学术会议(2017年5月20—21日)撰写的论文(完成于2016年10月)。会议文章分别发表于本刊和《法学家》。

3%)。①再则是中华法系中的行政与法律的长期交织,如今仍然非常明显。②二是清末民国以来从西方,尤其是大陆法系移植过来的成文法律,包括其权利理论和话语,以及经过法律逻辑整合的众多法则和条文。这是主宰当今民法典编纂的主要传统。三是20世纪中国革命的传统,包括其党国政治体制和社会主义话语,至今同样仍然十分明显。同时,还有其与古代和引进的两大传统相互作用而形成的大规模“半正式”调解,主要是法院调解和行政调解——在其近年处理的年均约1500万起纠纷中,每三起有一起是调解结案的(见表1)。也就是说,当前的正义体系在实际运作的层面上,明显同时含有以上三大传统“多元”的方方面面,其间既有分别并存,也有互补结合,更有相互作用和融合。当然,也不可避免地带有拉锯、摩擦、碰撞、矛盾,包括滥用和腐败。

笔者这里所采用的正义体系/(广义)法律体系概念,是个远比国内一般通用的狭义的“法律”范畴要宽阔得多的范畴。对“法律”一词最狭窄的理解当然是只指国家成文法律,也就是如今通过全国人大正式颁布的法律。但即便是使用狭义“法律”概念的人们,也会同时考虑到中央和地方性的行政法规以及政府各部门和地方政府的行政规章。笔者强调的则是,在成文法规的条文之外,我们还需要考虑到其实际运作,不然,只可能被限定于法规的表达/话语层面,无视其与社会实际相互作用的司法实践层面。更有进者,因为成文法规只是维护正义和解决纠纷机制的一个部分,我们还需要纳入非正式正义体系(民间/人民调解)以及半正式的纠纷解决机制(行政调解和法院调解)。同时,因为在中国的党国政治体制下,“政”与“法”紧密交织和缠结,缺一不可理解,我们必须考虑到其间的关系。不然,也不可能看到正义体系的整体。

有的读者也许会感到以上对“正义体系”的

定义有点过分宽泛。这里需要说明,如今代表全球视野的“世界正义工程”(World Justice Project,简称WJP),及其每年发表的、影响极大的关于全球主要国家正义体系的量化衡量指数和排名,所采用的概念和上面简单总结的对“正义体系”的理解是基本一致的。首先,世界正义工程原定的八大范畴便明显包括政法体系的整体及其实际运作,包括从使用者的角度来衡量法律体系。而且,世界正义工程早已认识到,西方由于其正规法庭费用过分昂贵、诉讼过分频繁,从20世纪70年代开始已经相当普遍开始建立“非诉讼纠纷解决”制度(Alternative Dispute Resolution,简称ADR)。因此,世界正义工程早已把非诉讼纠纷解决制度纳入其对各国正义体系的衡量,目前是把其置于第七范畴“民事正义”(Civil Justice)之下。但同时,世界正义工程也已认识到其之前基本无视农村而把调查点完全集中于每个国家的三大城市的不足,因此决定今后要纳入农村的研究和指数。更有进者,世界正义工程也隐约认识到西方的非诉讼纠纷解决制度并不足以涵盖非正式正义(informal justice),因此决定把非正式正义添加在原先的八大范畴之上作为第九个要具体估量的范畴。虽然目前它尚未真正把第九个范畴纳入其总估量数据,真纳入的话,应该会对中国和历史上海受中华法系影响的其他主要东亚国家——特别是日本和韩国——的估量起到重要的作用。世界正义工程代表的对“正义体系”的理解,可以说是当今国际法学的主流和前沿。笔者已撰文详细论述过以上简单总结的各点,在此不再赘述。(黄宗智,2016a)

但是,中国今天的法学界绝少采用整体化的“正义体系”视野。如今,在民法典的编纂过程中,法学家们主要只关注成文法律,大多是从西方引进的法律,其重点在“与国际接轨”和“完善市场经济”等国家主要战略决策,并没有认真考

虑到广义的、整体化的“正义体系”以及其所涉及的众多难题。我们如果从长时段的历史视野和实际运作的正义体系来看,长远的民法体系的建立,还必须同时关注到古代与革命两大传统,必须考虑到如何处理引进的成文法律与其他两大传统的关联问题,这既是因为三大传统实际存在于司法实践中,也是因为唯有综合三大传统才有可能真正认识到并建立中国法治的“特色”。

固然,当前偏重仿效西方的倾向是完全可以理解的。中华法系传统依据的是与现代西方法律体系截然不同的法理,诸如“和”“仁”“家”等道德价值,与西方现代以个人权利为核心的法理十分不同。在中华法系“和谐”理念主导下遍布社会的民间调解体系,与西方由个人权利观念(以及侵权和责任)主宰的法律体系,两者很不容易在法理上整合一致。至于当代的社会主义革命传统则更加如此。在中国与西方十分不同的党国政治体制下,“政”与“法”之间的关系与西方三权分立的体系显然很不一样。同时,解放区和毛泽东时代建立的半正式行政和法院调解体系,在中国的正义体系中起到极其重要的作用,但在西方是比较少见的。而其背后的法理既涉及传统中华法系的道德观念,也涉及如今的党国体制和引进的法院体系。如何把这一系列不同的维度整合起来是个重大的难题。目前关于这些难题的学术探讨不多,部分是因为逻辑上整合的困难,部分也是因为在政治层面上分歧较深,也比较敏感。

无可置疑,在实际运作层面上,三大传统一直都是并存的,而且展示了中国历史中具有深远根源的思维倾向,即认为中国这样的文明-大国,应该能够容纳不同的,乃至相悖的、矛盾的“多元”,由其并存和相互作用,不必过分追求其逻辑上的整合。历史上的儒、法结合,儒、佛并存,乃至游牧文化与农耕文化的结合等,都是具体的

例子,也可以说是中国文明的一大特色。

近年来流行的“法律多元主义”一词一定程度上表达了如此的思路。在该词一般的用法中,其含义主要是事实性的描述,指的主要是不同的法律传统、理论和体系的并存(肖光辉,2007),不带有原来西方“政治多元主义”(political pluralism)那样的凭借政权多中心化来限制专制和树立民主与自由那样的含义,也不带有系统综合或整合不同的多元的含义。它主要是如今存在的实际的经验性描述。

在笔者看来,如此的思路固然无可厚非,它是符合实际的,也是实用性的,但是,我们仍然需要对多元体系中所包含的分歧与结合、矛盾与共同点做出系统的学术探讨,把其所涉及的主要难题梳理清楚。首先是为了掌握事实,并避免陷入简单的、二元对立的非此即彼的认识和争执:要么全盘西化要么全盘本土化,要么是资本主义要么是社会主义。那样的话,既看不到问题的全面,也看不到其真实性质。同时,梳理清楚多元体系中的主要分歧和共同点,才有可能探讨如何取长补短,如何整合或融合,乃至超越。

笔者认为,对那样的道路的探索,最实用可行的办法是鉴别中国正义体系在实践层面上已经展示的磨合。系统梳理其中已经展示的“实践逻辑”,会有助于我们对中国正义体系实际的理解,也有助于我们探索如何整合三大传统来创建一条新的道路。这是本文的重点所在。文章的讨论将偏重建设性的方面,更多强调正面的结合,但也将关注到负面的短处与问题。

## 二、当前的民法典编纂工程

在“与国际接轨”、建立和完善市场经济、“依法治国”的指导思想下,近年来的主要立法趋势是以西化和移植为主,模仿西方现代法律,追求

其中的逻辑化整合。最近几年(2014年4月以来),在党中央(十八届四中全会)的指示下,更重新推动了“民法典编纂”的工程。首先,在已经制定多年的《民法通则》的基础上,进行修改补充,尔后在之前颁布并已实施了一段时期的部门法律——婚姻法、继承法、合同法、物权法、侵权责任法的基础上,来整合编纂一部比较完整的“民法典”。如今,1986年颁布的《民法通则》已经经过修改成为新的“民法典总则草案”,并已提交全国人大常委会,(于2016年2月)由全国人大常委会法制工作委员会(以下简称“人大法工委”)将“草案”的“征求意见稿”印发地方人大和中央有关部门讨论。之后,由全国人大党组向中央政治局常委会提交《关于民法典编纂工作和民法总则(草案)几个主要问题的请示》,于6月14日得到中央的“原则上同意请示”。其后,经人大法工委按照指示修改后,形成《中华人民共和国民法总则(草案)》,并于2017年3月提交第十二届全国人大五次会议审议通过。而后,将据此整合各部门法律,拟于2018年提交全国人大常委会审议,预计在2020年颁布完整的民法典。(《中国民法典拟于2020年编纂完成》,2016)

法学界参与民法典编纂工作主要围绕两个团队进行。一是中国社会科学院法学研究所,2000年便在梁慧星研究员领导下成立“中国民法典立法研究课题组”,召集了多个院校法学界人士于2003年编著出版《中国民法典建议稿》,并于2013年出版《中国民法典草案建议稿附理由》丛书,共八卷九册,分别是:中国民法典草案建议稿、总则编、物权编、债权总则编、合同编(上下册)、侵权责任编、亲属编、继承编。2014年,更由同所的孙宪忠研究员组织“民法总则立法课题组”,两次向全国人大提出编纂民法典的议案。<sup>③</sup>

另一组法学界学术人士是2015年成立的、由第十二届全国人大法律委员会副主任委员张鸣

起,以及中国人民大学常务副校长、中国法学会副会长、中国法学会民法学研究会会长王利明领导、召集的团队,编著了《中国民法典民法总则专家意见稿》,并于2015年6月24日正式提交人大法工委。(《中国法学会民法典编纂项目领导小组会议召开》,2015;《〈中华人民共和国民法典:民法总则专家建议稿(提交稿)〉正式提交全国人大常委会法制工作委员会》,2016)

仔细阅读梁慧星的著作,我们可以看到,其总体设想是构建与西方现代法律相似的民法,并且有意识地继受西方大陆法系,尤其是德国的民法典。在梁慧星看来,古代中国没有民法,只有刑法。因此,中国现当代的民事立法,只可能继受现代西方的民法,特别是1804年的法国民法典以及1900年的德国民法典。其对制定民法的目的的理解是“为在中国最终实现人权、民主、法治国和现代化奠定法制基础”。梁慧星尤其突出确立“人权”和财产权,强调保证个人人格权利并“禁止任何组织或个人侵占、哄抢、破坏”个人合法财产,且把这个目的置于“文化大革命”的历史背景中来理解,认为对中国来说,它相当于一个“人权宣言”。(梁慧星,2015a;亦见梁慧星,2015b,2014)

至于组织编著《中国民法典民法总则专家意见稿》的王利明,则自始便明确说明,“如果说1804年《法国民法典》是19世纪风车水磨时代的民法典的代表,1900年《德国民法典》是20世纪工业社会的民法典的代表,我国的民法典则应当成为21世纪的民法典代表之作”。其与梁慧星把中国民法典编纂工程当作继受西方大陆法系(尤其是德国)传统的主导思想清晰易见。王利明更加强法律应具备“逻辑自治”和“科学合理”性。同时,指出民法典要对应新技术——诸如信息技术和生物技术等所产生的新法律问题和需要,来制定关乎知识产权、人体器官、代孕技术等方面的法律。再则是环境危机和环境保护方面等具



有21世纪“时代特征”的法律。最后,王利明提出了一个“四步”起草方案:第一步,先起草民法典的总则;第二步,起草人格权编;第三步,起草债法总则编(并以此概括、主导合同编与侵权责任编);第四步,汇总、完善民法典整体。(王利明,2014;亦见其之后撰写的多篇短文,这里不一一列出)

梁慧星和王利明虽然都提到传统的“中华法系”,并似乎对其推崇备至,但是很明显,两人都认为这是个已经过时的体系,与今天的立法基本无关。(梁慧星,2015a;亦见王利明,2015)在全面引进西方法律和法学的今天,此点已经被许多法学家视作不言自明的共识。至于中国根据地时期和毛泽东时代的立法传统,就更不用说了。

### 三、学术界对民法典编纂工程的质疑

2016年8月,笔者在中国知网搜索,查出2014年4月(中央指示编纂民法典)以来的关乎“民法典编纂”议题的相关文章共194篇,发现其中只有9篇从历史视角提出了对主流民法典编纂的商榷意见。以下转入关于这些近作的总结,适当响应和批评。

#### (一)习惯与习惯法研究

其中一种主要的意见是,中国的民法典需要更充分地考虑民间习惯,具体建议包括应该确立习惯为“法源”,对其进行大规模、系统的调查,一如清末民初两次进行的那样,然后把民间的习惯适当纳入民法典。高其才(2016)做了尤其大量的工作,系统搜集、整理了现存(狭义)法律条文,以及行政法规、地方性法规、部门规章、地方政府规章中有关习惯,特别是与少数民族习俗相关的材料,一一罗列。陈寒非(2015)同样强调习惯,并提出了组织调查的具体方案。两位作者的共识是,民间习惯以及习惯法乃是至为重要的“法源”。李乔乔(2016)则争论民间习惯乃是中国法

学的“本土资源”的主要内容。

但是,高其才等人所梳理出来的主要是与各地、各民族的特殊习惯相关的法规,在规范化层面,除了现行法律已经概括的“尊重少数民族的风俗习惯”法则之外,并没有对其做出概念提升和法理分析,而如今的民法起草者关注的则主要是适用于全民的普遍规范和逻辑——两者因此很不容易对接上。我们在民国时期的法律历史中已经看到,当时的民法制定者便因为所搜集到关于习惯的经验证据各地不一,不可能对其中绝大部分内容做出规范概括,而放弃了原先倾向“习惯法”思路的设想。而且,实际上当时国民党在胡汉民等人的领导下,对民间习惯所持的基本态度是排斥的,认为“我国的习惯坏的多,好的少”。(见黄宗智,2014b[2003]:53)在那样的主导思想下,起草民法的专家们最终选择的是如下规定:“民事法律所未规定者依习惯,无习惯者依法理”(第1条);然后,“民事所适用之习惯以不背于公共秩序或善良风俗者为限”(第2条)。(《中华民国民法》,1929—1930;亦见黄宗智,2014b[2003]:53)这也是今天编纂民法典的学者们所持的基本态度和原则。(梁慧星,2015a;王利明,2014;亦见高其才,2016:35)

高其才等人提议的是,要确立习惯乃是或应该是成文法最终的“法源”。但问题是,即便搜集了大量具体、特殊的习惯资料,国家法律将如何从其中抽象出对全国人民具有规范意义的法则?除了规定成文法已有的要尊重民俗的法则之外,国家法律其实不太可能对繁杂的习惯进行概括,把其提升为适用于全民的规范。而且,即便民法典原则上确认习惯为“法源”,那样做并不能帮助解决怎样把其具体采纳到各部门法律条文中的问题。

笔者认为,要解决这个问题,我们需要采用的是不同的研究进路,需要鉴别具有较广泛意义

的习惯与比较特殊的习惯,而这样的鉴别的最好方法其实是尊重习惯与国法互动的历史。首先,因为那是个特殊经验与国家法律规范之间相互作用的历程,包含国法对习惯所做出的不同抉择,如认定、妥协、拒绝,或听其自然。那样的历史所展示的是规范与习惯的对接过程。正是那样的历史才足以成为制定今天法律的参照,才会对我们了解今天的实际有真正的帮助。

我们首先要认识到,如今法学界比较通用的“习惯法”范畴是个过分笼统和含糊不清的概念。一如笔者过去已经一再强调,这是因为它没有清楚区别被国家法律接纳和约束的“习惯”(如典权)、被国家法律拒绝的习惯(如田面权)、被国家法律不置可否对待的习惯(如亲邻先买权),以及其间众多更为复杂的关系。(黄宗智,2014b[2003])“习惯法”的概念则倾向简单地把国法和习惯两者截然分开,甚至当作对立的二元,无视两者之间的相互作用。而实际上,两者几乎必然相互渗透,你中有我,我中有你。司法实践其实常常取决于两者之间的互动。被国家法律采纳为规范的,或者是在正义体系整体的实际运作中起到了广泛作用的,才真正是如今制定成文法律所必须考虑的传承。

历史上成文法演变的主要动力之一正来自条文与社会实际之间的摩擦或矛盾。当地方官员在司法实践中遇到困难时,有的会上呈中央,建议修改现有法律或添加新例条,试图使法律条文更好地适应社会现实。如果最终被皇上采纳,便会成为新的法律条文。拙作关于清代的民法(黄宗智,2014a[2001]),以及清代与民国民法的比较(黄宗智,2014b[2003]),指出了多个如此的例子。譬如,《大清律例》律条禁止子孙在父母在世时分家,但后来,鉴于民间已婚兄弟妯娌共同生活,广泛引起频繁的矛盾和纠纷,立法者最终补加了一条简单的实用性例条来适应民间的实

际情况:“父母许令分析者,听”(《大清律例》:例87-1;亦见黄宗智,2014b[2003]:21)。之后,民间已婚子女“习惯”多在父母生前便即分家。又譬如,国家法律原来认可民间的典地惯习并允许出典人无限期回赎。但后来,由于许多地方地价上涨,不少民间出典人一再向承典人索取“找贴”,不然便威胁要回赎土地,国家因此添加了新的例条,限定只允许一次性的找贴(《大清律例》:例95-3),并把回赎权限定于30年的期限(《大清律例》:例95-7)。这样,国法与习俗达成了一种妥协,相互适应和约束。(黄宗智,2014b[2003]:59-62)如此的修改法律条文的例子不少,这里不再赘述。

重要的是,正是那样的例子,展示了中华法系国家法律应时而变的性质,可以把民间生活习惯规范化为法律,也可以对其进行约束或拒绝,按照司法实践经验而制定或修订法律。如此的具体例子不再是简单的习惯经验的罗列,而是国法与习惯之间的互动。其实,这也是鉴别仅仅是特殊的习惯和具有比较广泛影响的习惯的实例。在笔者看来,如此关乎习惯与国法互动的历史,才是后来的立法者所需要特别关注的实际。

从这样的角度来思考,传统民间习惯中至为重要的其实是长时期在儒家价值观影响下所形成的遍布农村和城镇社区的调解制度/习惯。它成为补助国家法律体系最主要的社会正义资源,并与国法共同组成了中华法系最基本的特色。用人民共和国的话语来表述的话,“人民调解”乃是国家正式司法制度中的“第一条防线”。但过去讨论民间习惯的学者,较少关注调解这个至为关键的民间的正义惯习,大多要么只关注各地的特殊风俗习惯经验的堆积,要么只依赖过度宽泛的概念,简单地把民间“习惯”抽象为“民族共识”、“民族生活”、“法律源泉”或“中华文化”等概括,引用萨维尼(Friedrich Carl von Savigny,

1779—1861)和19世纪德国的“历史法学”学派来作为自己的理论依据。(例见林斌,2014)有的更把“习惯”推向类似于德国历史法学学派的“民族精神”(Volksgeist)概念,其背后是民族或乡土感情多于关乎正义体系的系统思考。

至于“习惯主义”学者们为什么多会忽视传统国家法律运作的研究,笔者的理解是,他们多已接纳了如今中国法学界对传统法律的一种(几乎是)共识——把其视作一个已经解体、不再带有现实意义的传统,认为它适合被置于博物馆中欣赏,但不适合被援用于现代的中国社会。这因而导致对传统法律实践历史的完全忽视,只关注现有的习惯。至于他们所质疑的当前的民法典编纂,当然也缺乏传统历史的视野。

固然,认为传统中国法律已经完全解体并与今天的法律问题没有任何关系的“共识”,是完全可以理解的。笔者已经一再强调,法史(legal history)领域因为近现代以来中华法系遭遇到三次沉重打击——先是国家领导人“在列强的逼迫下,为了重建国家主权而大规模移植西方法律,几乎完全抛弃了传统法律”;而后是,“在现代革命运动中,从解放区时期到毛泽东时代,既否定了国民党引进的法律,也再次否定了中国的传统法律”;再其后,“在改革时期,再次全盘引进西方法律”——促使人们多无视传统法律,或把传统与现实法律视作完全断裂了的不同体系。(黄宗智,2014c[2009]:序第1页)因此在考虑当前的法律制定问题上,法律编纂者大多无视传统法律体系。而一旦忽视传统法律,便不可能认识到传统正义体系的整体,也没有可能把习惯置于与国法关联的实际中来理解。那样,也就不可能认识到今天的正义体系的实际。结果是没有历史的习惯研究。

如今,我们需要关注的绝对不是全盘西化(移植主义)与本土主义的任何单一方,也不是成

文法律和习惯的任何单一方,而是其间的相互作用。这是历史实际,也是今天的实际。唯有通过那样的历史视野,才有可能摆脱普世抽象与特殊经验、西化与本土化的二元隔离或对立。进入实际运作的法律历史才可能认识到今天在实际中的法律体系和正义体系整体。只有认识到今天实际运作中的正义体系是从哪里来的,才有可能做出对未来走向的明智抉择。

## (二)比较法与劳动法

此外,这里值得我们特别提到的是几篇来自“外国法史”或比较法史视野的文章,都对当前的民法典编纂议题带有一定的启示。譬如,何燕侠(2015)关于日本明治时期的立法经验叙述指出:日本原先是以法国民法典为典范的,并聘请了法国专家来起草日本的民法典,基本是想全盘引进其法理和法律术语,并且在1890年便颁布了财产、债权、证据、人事等编,预期1893年便将据此颁布整合了的民法典。但是,这遭遇到强烈要求保存日本本土“淳风美俗”的穗积八束等法学家的反对,他们提出了“民法出,忠孝亡”的斗争口号,由此形成了所谓的“延期实施派”,成功地推迟了民法典的颁布。其后,日本改向模仿德国民法典,纳入众多本土的特色,特别是强化了日本“家父长”的权利,最终形成推延到1896年才颁布的《明治民法》。此篇文章的叙述可以视作与上述强调关注本土习俗的学术相互呼应,目的是促使民法典编纂者更多注意“本土资源”。

此外是来自劳动法史学家们的著作。一是粟瑜、王全兴关于意大利劳动法的著作,特别突出意大利把劳动法纳入其1942年的民法典的经验,而在劳动法的法理中,则特别突出区别“从属性”劳动与“自治性”劳动的法理。(应该说明,如此的区别乃是劳动法中关乎劳动者组织工会、进行集体谈判权利的重要理论依据——由于处于“从属”关系的弱势地位,须要集体组织来平衡。)



栗瑜、王全兴的用意应该是借此案例来质疑简单运用基于平等双方交易的合同理论于劳动法的做法,并建议中国民法典的编纂应该借鉴意大利的经验。(栗瑜、王全兴,2015)

二是董保华的著作。他根据意大利(和荷兰)的历史经验,以及德国在其1900年颁布民法典之后,也把劳动法律纳入民法,并采纳了同样区别的法理的经验,来质疑中国今天简单地把劳动定义为“雇佣关系”(亦即“劳务关系”)和“劳动关系”两大类型的划分,把劳动关系简单视作一种权力同等者之间的合同关系,无视其“形式上平等,实质上不平等”的实际。(董保华,2016)这无疑也是在民法典编纂问题上,对主流意见提出的一种质疑。

以上学者隐约指出和批评的是,中国近年来对“非正规经济”(informal economy,即不能得到法律有效保护,没有或只有低等福利的经济)的大规模依赖——主要是通过雇用农民工,也包括下岗职工,近十年来则更包括“劳务派遣工”的劳动力来减低企业成本,吸引外资和刺激中国自身企业的发展。我们知道,如此的非正规就业数量已远超过正规职工的数量,导致了社会分配方面严重的不平等(黄宗智,2013),使中国的“基尼系数”(社会平等度估量系数)从1980年的3.0(China Development Research Foundation, 2005:13;亦见黄宗智,2014f:145),上升到4.72。(C. I. A., 2015;亦见黄宗智,2015a:27)

上述几位劳动法学者们显然都认为,民法典应该纳入劳动法——当前的民法典编纂工程则应该成为修改现行的、作为特别法的劳动法的契机,以期使其更系统、公平地对待劳动者。他们已经相当鲜明地从比较劳动法历史的角度提出了问题。但是,目前民法典的编纂者显然并不打算把劳动法纳入民法,起码短期内仍将把其当作特别法来处理。而现有的劳动法在实质上允许

把2.77亿农民工、0.4—0.5亿下岗职工,以及(可能约)0.5—0.6亿劳务派遣工——占3.93亿城镇总就业人员中的不止四分之三(详细论证见黄宗智,2017)——基本置于劳动法律保护范围之外。(黄宗智,2013;亦见黄宗智,2014f:第11、12、13章)这个是国家迟早必须直面的问题。

### (三)两种例外的视角

此外,这里需要特别提到笔者从中国知网查到的两篇比较特殊的文章。一是俞江2015年的论文,说明农民在1950年《土地改革法》之后是如何逐步失去其它基地的权益的。原来在1950年到1956年间农民对其基地享有比较完全的所有权,但是,其后在集体化之下,其使用权和所有权被逐步分离开来,最终农民只具有使用权,所有权则属于集体和国家。俞江把保护人民如此的既有权益称作民法典编纂工程中应有的“底线”,他所希望看到的显然是,新民法典应该再次确立农民这方面的所有权。(俞江,2015)应该说,如此的论证和分析既考虑到法律的条文也考虑到其实际运作。更重要的是,它鲜明地指出了现有政法体系,无论其在形式化的民法典中如何一再申明公民权利,在实际运作中,一些权利完全有可能被“公权力”剥夺。

如此的批评所指出的其实也是,我们不可能把物权法凭借西方的权利和形式主义法律理论而从国家的行政体制及其“政”与“法”之间的关系完全隔离开来。即便是采取“多元”并存的思路,仍然不可避免地要考虑到两者之间的关系及其在运作之中的实际,不能凭借权利话语来混淆实际。

再则是谢鸿飞的文章。谢鸿飞采纳的是“复杂社会”与复杂法律体系匹配的历史与社会观点。首先,他指出,民法典编纂所效仿的逻辑上整合的、体系化的民法典乃是源自18—19世纪的农业+工业社会的产品。如今,在后工业社会时



代,伴随一系列适应复杂社会实际的特别法的颁布,之前的民法典一定程度上已经成为一种特别法之外的“剩余法”。西方法律建构实际上已经经历了“法典解构”(de-codification)的过程,虽然之后也有一定的“法典重构”(re-codification)趋向。不言而喻的是,对当前自以为在编纂划时代的、代表21世纪典范的逻辑化、体系化民法典的学者们的观点来说,这是一种来自历史视野的提醒和警示,指出他们那样的主导思想实际上是与当前的国际趋势脱轨而不是接轨的。固然,谢鸿飞也为其做出辩护,指出中国的民法因为尚未经过西方18—19世纪的“法典化”阶段,因此如今还需要先这样做并获得其所附带的效益——譬如,法律可预测性所附带的促进市场经济发展的效益。(谢鸿飞,2016;亦见谢鸿飞,2013,2014)

谢鸿飞还指出,中国现有的法律体系反映的是一个高度依赖特别法的进路。在中国现行的民法特别法中,其实有不少“管制性的规范”类型的条文,绝对不简单是来自西方的“自治性”的“私法”传统。而且,在特别法中,譬如“劳动法和消费法”,则是“源自依据政策考量而制定的特别法”。那样的法律不适合纳入民法典,因为它们会“侵蚀私法自治理念”。这也可以被理解为对民法典编纂者们心目中的规范化、普世化意图的一种质疑。(谢鸿飞,2016:22)

谢鸿飞的文章构思比较复杂,反映了其对复杂社会和法律体系的理解,其论点有时不完全鲜明,但是细读其字里行间的含义,其实具有相当丰富的对民法典编纂主流意识的质疑和批评,或起码是要宽阔得多的视野。以上仅是笔者这里想要特别突出的两个方面。(谢鸿飞,2016;亦见谢鸿飞,2013,2014)

#### (四)法史研究与民法典编纂

根据以上学术文章,我们可以看到,总体来说,从事“法史”研究的同仁在民法典编纂问题上

较少发出声音。在笔者搜出的论作中,居然没有一篇从传统法律历史视角来对梁慧星、王利明等主流意识提出商榷的文章。这个现象应该和法史领域(不仅是移植主义的学者,也是法史研究人员自身)长期“习惯”于“中华法系”“已经解体”并与现实无关的“共识”相关。这当然与上述的中华法系在近现代所遭遇的,由于国家领导人一再拒绝传统法律而导致的三次沉重打击相关。

在中国一百多年来因“落后”而受到凌辱和侵略的经历下,把“现代化”视作当务之急,因此要求“全盘西化”,进而促使法学界完全拒绝中国传统法律,认为其不再与现实相关,当然是完全可以理解的。再加上中国革命传统更为强烈地拒绝古代传统,更加促使人们认为古代传统一无可取,没有现实意义。而由民族意识所导致对传统文化的骄傲,则要么仅以“民族共识”或“中华文化”之类宽泛范畴来概括当前的习惯,要么形成了一种博物馆型研究,除了展览“珍品”之外,基本无视法律的实际运作以及对现实的含义。最终促使许多法史学家在真刀真枪的立法问题上,基本放弃了自己的发言权(也导致了法史领域在各大法学院中的日益式微)。

这也和法史领域长期以来一直都以思想或制度为其主要关注的议题,基本无视法律的实际运作是相互关联的。相当部分的法史专家们,要么仅强调比较抽象的“法律文化”或农村文化/农民精神,要么局限于上述类型关于特殊习惯的经验叙述,无视其与国家法律间的互动。因为不涉及古代法律体系的实际运作,也更谈不上参与现实立法具体问题的讨论。近年来,固然有不少中青年学者进入了清代诉讼案件档案的研究,但多是纯回顾性的史学研究。相关学者本身便把当代法律的问题视作完全不同的专业,大多认为自己对“民法”(特别是主流西方意义的民法)这个现实领域缺乏专业知识和发言权。因此,这造

成了法史在立法问题讨论上的缺位,也造成了如今民法典编纂处于一种与中国古代历史断裂的状态之中。

本文当然不可能在单一篇文章中,对古代和革命传统为何与怎样和今天的立法问题相关做出全面的论析。下面只能举出几个重要的例子,并且将把重点放在正面的优点的结合。虽然如此,本文并不忽视负面的、需要抛弃或改正的缺点。不然,便谈不上试图探索超越中西对立的正义体系道路,也谈不上真正的前瞻性。下面我们转入三个具体问题的论析:一是今天仍然具有极其重要含义的古代和革命两大传统中的调解体系;二是源自古代关乎家庭的价值观;三是来自(古代和)革命传统的党与国、“政”与“法”交织的体制,为的是对如何综合三大传统做出初步的方向性探索。

#### 四、中华法系的非正式正义体系

清代法律史的研究与其前的研究不同,其被保留下来的诉讼档案材料虽然为数不多,但是足够展示法律体系的基本实际运作状况。同时,研究者也可以使用相当数量的20世纪(经济、社会、文化人类学)的丰富实地调查资料。依据这两种材料,我们可以看到,农村社会的村庄普遍具有行之有效的民间调解体系,一般由该社区数位最受尊崇的人士(但也有某一位“德高望重”人士独自成为该社区,乃至包括邻近村庄的“一方善士”的实例),单独或由其中几位一起来调解村庄内部的纠纷。在城镇也可以看到同样的体系,由当事双方都尊重的有威望人士,可以是来自宗族、行会、商会或街道上的人士等出来主持调解。人们遇到纠纷,一般不会立即告上法庭,大多先进行调解,而如果有当事人告上法庭,调解人士会再接再厉地试图斡旋于争执双方之间,促

使一方认错和赔礼道歉,或双方让步妥协来解决纠纷。调解人最常用的方法是分别听取双方的意见,并凭借道德说辞,特别是儒家的“黄金规则”——“己所不欲,勿施于人”(常被表达为“如果别人这样对你,你会怎么想?”),也会借助儒家的“让”“忍”“无讼”等道德理念,来促使一方认错或双方让步和妥协,把“大事化小,小事化了”。(详细论证见黄宗智,2014c[2009]:第2章,第18—55页;亦见黄宗智,2014a[2001]:第3章)

正是社会中存在那样的正义机制,使中华法系的成文法律能够长期“以刑为主”。在早期的“法律的儒家化”过程之中,一个关键的概念是,纠纷应该先由社会自身来处理;处理不了,国家法律方才介入。这其实是有清一代“细事”概念真正的核心。因此,我们在诉讼档案中看到,只要社区调解人士或当事人具呈,说明纠纷已经通过调解解决,申请撤诉,县衙门都会毫无例外地批准(除非是涉及犯法而不容许“私了”的案件)。(黄宗智,2014a[2001]:第5章)

国家法律则自始便以惩罚犯罪为其主要内容。但实际上,调解当然并不能够解决所有的细事纠纷,而在那样的情况下,国家必须介入。久而久之,国家法律按需要逐步纳入了越来越多关乎民事的条款,但仍然保持了原先的惩罚性“刑法”框架。因此导致中华法系中的民、刑事法律长期交搭,一直没有产生像西方那样明确划分民法与刑法、私法与公法的传统。这是中华法系的一个主要特色,是其与西方法律传统的一个关键不同。究其根源,其实是遍布全社会的调解机制。(详细论析见黄宗智,2016a)

时至今日,中华法系的这个基本特色仍然顽强存在于当前中国的正义体系之中,仍然是其与西方法律之间的关键不同。表1列出了当前正义体系运作中的各种不同的调解。显而易见,如今调解在解决纠纷中所起的作用,虽然没有像毛泽

表 1:1978—1983 年和 2005—2009 年各种主要类型的调解(万起)

|             |                           | 人民调解            | 行政调解            |                   |          | 司法调解           | 总数   |
|-------------|---------------------------|-----------------|-----------------|-------------------|----------|----------------|------|
|             |                           | 村 / 居民<br>调解委员会 | 基层司<br>法服务      | 消费者协会<br>(工商管理部门) | 公安<br>部门 | 民事法院<br>(一审结案) |      |
| 1978—1983 年 | 年均处理纠纷 / 案件数 <sup>a</sup> | 800             | /               | /                 | /        | 53             | 853  |
|             | 年均调解结案数                   | 710             | /               | /                 | /        | 37             | 747  |
|             | 调解结案占比                    | 89%             | /               | /                 | /        | 70%            | 88%  |
| 2005—2009 年 | 年均处理纠纷 / 案件数              | 1030            | 70 <sup>b</sup> | 75                | 840      | 492            | 2507 |
|             | 年均调解结案数                   | 530             | 63              | 67                | 247      | 168            | 1075 |
|             | 调解结案占比                    | 52%             | 90%             | 89%               | 29%      | 34%            | 43%  |

数据来源:朱景文(编),2011: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。

(a)1981—1985 年数据。

(b)没有 2006 年数据。

东时代那样占到(民间和法院)所有纠纷中的绝大部分(此点可以见于改革初期的数据,仍然带有之前的特征——由于当时的司法体系特别强调调解,也由于对其成效的夸张),但仍然是正义体系整体中极其重要的组成部分。前文已经指出,2005—2009 年年均非正式的“人民调解”(主要是通过村民调解委员会和居民调解委员会)仍然成功解决了每两起(有记录的)民间纠纷中的一起(52%)。西方国家则大多没有同样的调解传统;若有,则十分有限(下面还要讨论)。

此外则是大规模的(可以称作)“半正式”调解(主要包括“行政调解”和“司法调解”两大类)。在被统计的由半正式调解机构处理的年均 1477 万起纠纷中,成功通过调解结案的年均 有 545 万起,亦即每三起中有(不止)一起(37%)。其中,主要是公安部门(247 万起)和民事法院(168 万起)所作的调解,也包括基层地方政府的司法服务所(63 万起)以及工商管理部门下属的消费者协会(67 万起)所作的调解。

行政调解主要是来自现代中国革命的政法

体制与社区调解传统的结合。在根据地时期,革命政权便已广泛采用了行政调解(当时称作“调处”,区别于民间调解和司法调解),特别是在离婚纠纷案件之中,行政调解成为法定的(在告上法院之前的)必经程序。如今,行政调解已经扩大到远远超过之前的规模(虽然行政调解已经较少用于离婚纠纷)。这也是中国正义体系与西方十分不同的、极具特色的一个组成部分。在其实际运作中,固然难免带有一定的“和稀泥”弱点(譬如,有些明明是侵权行为的案件,却被硬塞入调解框架来处理),但在减轻、简化正式法院的负担方面,无可置疑地和非正式调解同样起到了巨大的作用。

最后是“法院调解”(亦称“司法调解”),是新法院体系与传统民间调解结合产生的体系。在法院受理的年均 492 万起诉讼案件之中,有约三分之一(168 万起,约占 34%)是通过调解结案的。这样的规模和比例远远超过清代的法庭。(详细论证见黄宗智,2014a[2001]:第 4 章)而调解机制所依赖的主导思想是来自儒家道德观念

的“仁”和“让”，是与西方从个人权利出发的、对抗性的、必分对错的法律体系截然不同的法理，其重点在互让和妥协，不在划分对错。

问题是，当三大传统共存于当前中国的同一个正义体系中，我们该如何整合其不同的法理？在过去的研究中，有一种意见是把中国过去的法庭断案传统也理解为主要是追求妥协和和谐的调解（或“教谕式调停”），因此认为中国的法庭其实没有真正（西方）意义的“判决”，从而论证中华法系的正义体系和西方的判决型体系是完全对立的。但诉讼档案的研究已经证明，有清一代的诉讼案件中，其实充满县令明判是非的实例，其数量占到所有案件中的大多数（当然也有一些调解、“调停”的案例）。（这是笔者根据三个县的628起案件作系统梳理而得出的结论，见黄宗智，2014a[2001]，尤见附录表A.3）也就是说，清代的正义体系既包含非正式调解的一面，也包含正式断案的一面。后者与西方法律体系有一定的交搭，不是完全与西方法律对立的一个传统。正因为如此，在民国初期，中国的法律体系便已比较顺利地转入引进的、以审判为主的正式法院体系，并且援用《大清现行刑律》中的“民事有效部分”为现行民事法律足足20年，由其与民间调解体系并存。（详见黄宗智，2014b[2003]：22-25）

如此的司法实践背后的法理，固然部分来自儒家的“和谐”和“无讼”的道德理念，但在此之上，还有比较容易忽视的、更为基本的、常常是不言而喻的传统“法理”：首先，在中华法系的思想之中，调解与断案是互补和相互作用的，而不是非此即彼地对立的。如果民间能够调解，应该优先妥协、和解，让当事人撤诉，但并不排除必要时由知县依据法律来断案，明判是非。这样的制度可以理解为中华法系中的“法律的儒家化”部分内容，是“儒”“法”结合的一个重要方面。

在更深的层面上，这里还包括对形式与实

质、普世与特殊两者之间如何关联的问题的特定认识。我们看到，西方法律思维偏重形式多于实质，普世标准多于特殊行为，强烈要求把法则从事实情况中抽离出来，建立普世的规则。而中华法系则不然。它一贯要求寓抽象法理于具体实例。譬如，它不会抽象出私有产权的法则，而是通过规定惩罚侵犯产权的实例来说明法律的用意：如“盗卖”他人田宅、“盗耕”民田或“擅食（他人）田园瓜果”等（《大清律例》：律93、律96、律99）。《大清律例》更充满以“例”来具体阐明“律”的具体运作的例子。上述关乎表述多代同堂道德理念的律，与父母允许则可以分家的例，便是很好的例子。而且，长期以来，法律体系一贯认为如果律、例中没有规定，可以通过“比拟”的思维方式来推延现有法律的适用性。

这里说明的也是笔者称之为“实用道德主义”的思维方式。它不仅包含崇高的、抽象的道德理念，多体现于律文，也关注到其实用，多体现于例条——上述关乎分家的例子便是如此。因实践中的实用需要而补加条例是法律适应社会变迁的主要方式——譬如，上述的法律对“典”习俗的认可，为的是照顾“弱势”穷人的道德理念，而后来，鉴于实用需要而对其做出的（找贴一次和三十年期限的）限定。从认识论层面来理解，它要求法律同时照顾到抽象与具体、规范与事实。如此的结合也可以见于一些法律用词，譬如“情实”一词，它既带有“合情合理”的规范化含义，也带有“实情”的经验性含义。（黄宗智，2014a[2001]：84，169）这就和西方法律强烈倾向从经验/事实抽离出普世的抽象法则的思维十分不同。

正是在如此的思维方式的深层影响下，即便是今天中国法律的制定者，也会根据事实情况来限制抽象法则的适用范围。一个在当代中国侵权法律中很能说明问题的具体例子是，在法理层面，中国（引进的）侵权法完全继受了西方的基本



原则:侵权责任主要是赔偿的责任,而逻辑上赔偿责任必须是侵权过错所引起的——没有过错,便谈不上赔偿。因此,西方赔偿法律的适用都必然从确定过错出发。(虽然,其取证要求可高可低——涉及危险产品的话,取证要求可以适当降低:譬如,只须证明产品造成伤害,无须证明生产商有意伤害,即西方侵权法律中的所谓“严格责任”[strict liability]法则。详细论证见黄宗智,2014c[2009]:144-149)

但中国的法律制定者考虑到的则是另一个方面,在涉及损害的纠纷之中,实际上只有一部分会涉及过错,有许多并不涉及过错,或者是双方都有过错。在制定法律的人们看来,如此的经验性认识是再明显不过的事实,是人们都能够看到、不言而喻的实际情况。因此,立法者很自然地在过错赔偿的法理框架上,简单加上了一句:“行为人损害他人民事权益,不论行为人有无过错,法律规定应当承担侵权责任的,依照其规定。”(《中华人民共和国侵权责任法》,2009:第7条;亦见《中华人民共和国民法通则》,1986:第106条)并在后面更进一步说明,“受害人和行为人对损害的发生都没有过错的,可以根据实际情况,由双方分担损失”。这是1986年的《民法通则》已有的条款,在施行二十多年之后,基本没有修改而被纳入2009年制定的(新)侵权责任法。(《中华人民共和国侵权责任法》,2009:第24条;亦见《中华人民共和国民法通则》,1986:第132条)从西方的法律逻辑来看,这样的思维是前后矛盾的,不可与“侵权”前提并存的。但从中国由来已久的法律思维来看,则是再明显不过的、符合实际情况的法则,不需要进一步的法理论析。在实际运作层面上,对保险和公共福利不甚发达的中国来说,这是个符合实用需要的规定。(详细论证见黄宗智,2014c[2009]:188-192)

其实,西方离婚法律的历史演变便为我们说

明了中国法律这样的思维的合理性。长期以来,西方离婚法律一直和其民法的其他部分相似,是从对立性的“侵权”、必分对错的逻辑框架出发的,因而导致持续不断、越来越昂贵的,夫妻双方试图证明对方才是过错方的法庭博弈。而我们大家仅凭自身的人生经历和“真实感”都能知道,夫妻间的关系一般来说是很难分出对错的。正是部分由于那样的认识,西方离婚法律在20世纪60—80年代,基本上抛弃了之前的过错离婚原则,而采纳了所谓的“无过错”离婚(no fault)法则。但在西方的必分对错和追求普世化抽象的逻辑框架下,“无过错”不容许承认夫妻关系大多不能从对错的框架来理解的经验实际,因此,新法则被建构为离婚法律(从此)不再考虑过错的抽象、普世法则。那样就卫护了其法律思维坚决要求的逻辑整合性。而中国如今的离婚法律,在法理层面还是默认夫妻关系既可以带有过错(譬如,一方有第三者、虐待对方等),也可以不带有过错(譬如,性格、生活习惯不合)。这也是体现中西方法律思维的根本不同的一个例子。(详细论证见黄宗智,2014c[2009]:184-187)

再则是,面对其对抗性正义体系所引起的不断膨胀的诉讼费用(法庭费用和律师费用),20世纪70年代以来,非诉讼纠纷解决制度已被广泛采纳于西方各国。那也是源自对必分对错的法律体系的不满的改革,对有的法学家来说,更是因为受到中华法系(包括日本和韩国)法理的影响而来的设想。但是,因为西方长期以来对抗性法律传统,更由于其长期以来缺乏人际关系比较紧密的民间社区的调解传统,大部分西方国家的非诉讼纠纷解决体系中由调解而导致双方真正和解的纠纷案件,充其量也不过占到所有案件的几个百分点——在美国少于2%,在荷兰约3%。(论证见黄宗智,2016a:16-18)

在追求(真正的)和解的调解体系之外,“仲

裁”一般也被认作所谓的非诉讼纠纷解决制度的一部分,但是,美国的“仲裁”实质上只不过是降低了价格(通过聘请退休法官、使用教室或会议室而不是法庭来进行)的法庭审判程序,仍然是个必分胜负的机制。此外,“庭外协定”(out of court settlement)和“辩诉交易”(plea bargaining)也常被论者纳入非诉讼纠纷解决的范畴之下(例见 Subrin and Woo, 2006),但它们实质上只不过是在对抗性法庭的大框架下,一种双方为了使损失几率最小化而做出的博弈行为,与和解机制无关。前者源自当事双方及其律师,根据法庭和律师费用以及胜诉概率的预期,而做出的博弈抉择。后者则同样源自嫌疑人和检察官之间的博弈抉择(嫌疑人认罪的话可以减轻惩罚;检察官则可以减免法庭的支出和自身的付出),与中国的和解、妥协机制十分不同。(详细论证见黄宗智,2014c[2009]:16-21)

以上综述的中国调解体系背后的和解机制,其实完全可以被明确采纳为中国正义体系的部分法理依据。在笔者看来,中国法律大可“理直气壮”地说明要采纳如此的法理,为的是避免现代西方过分对抗性的、偏向抽象和逻辑的,以及不顾及基本实际的法律思维。同时我们也可以指出,西方本身近几十年来,正在挣扎着改正那样的偏向,试图克服其所导致的一系列的司法危机。最显著的例子是其近年来对离婚法律的修改和非诉讼纠纷解决制度的建设。

在正式法院的运作中,笔者曾经提出,“在有过错的事实情况下,采用审判;在无过错的事实情况下,采用调解”。(黄宗智,2014c[2009]:第7章)这就和西方在其对抗性法律制度下,强烈倾向把无过错的纠纷也逼向必分对错(之前的离婚法庭便是实例),十分不同。这也是符合中国结合实际情况与抽象法理的法律思维,更是实用性的准则。

无论如何,中国迟早要做出自身对西方短处的判断,迟早要直面怎样在法理层面上,除了引进西方的法理,同时继受、纳入中华法系以及中国革命传统中的优越法理。其实,我们如果审视法律的实际运作,而不仅是法律表达的条文,便会看到,在司法实践中,中国当前的正义体系明显同时具有其三大传统的继受和特色,缺一不可理解。也可以说,中国的法律实践其实也展示了与其经济方面的“摸着石头过河”相似的进路,目前所缺的是理论层面上的概括。(黄宗智,2015b)

## 五、古今产权中的“家”与“个人”

在现有法学研究中,固然有不少论述中国文化中关于“家”的道德价值的论著,因为它是儒家学说的核心价值之一,但那样的论著多比较抽象宽泛,较少从涉及具体部门法律条文与从其实际运作角度出发的讨论,也鲜有跨越历史与现实的论述。笔者在下面试图从今天产权方面的立法角度来对此问题做出一些初步的方向性探索,并加上具体的条文与实践的例子,目的也是为了探寻一条能够综合中西、古今的立法道路。应该先说明,这里的道德观念探讨并不包括古代关乎家庭成员的等级划分(那是瞿同祖研究的重心所在,见 Ch'ü, 1961),因为尊卑、性别上的等级划分,从清代以来便已趋向式微。(黄宗智,2016a:7)这里的重点是在更为强韧的“家产”与个人财产之间的异同和关系问题。

### (一)古代、民国与革命传统

古代私有产权主要是家庭的财产(“家产”),而不是个人的财产,并且带有一定的双向义务(责任):父母亲有抚养子女的义务,而子女反过来有赡养父母亲的责任。费孝通(1983)形象地把这种代际之间的关系总结为双向的“反馈模式”,与西方单向的“接力模式”很不一样。当然,

中国古代产权概念中的继承“权利”是以男子为主的,关键在父子关系,如今则是以父母亲和子女为主,不分男女。在中国古代的父子产权关系中,父亲没有权利把任何一个儿子排除于继承之外,如今则没有权利把任何一个子女排除,而在许多西方的法律中,尤其是英美法系中,人们可以完全凭借遗嘱传递财产,父母亲可以在子女之中,任意选择一个继承人,甚至选择家庭之外的任何人——如情妇或情夫,甚或陌生人。有人把中国古代的产权制度表述为一个“父子一体”的制度,如今的则可以称作“父母亲与子女一体”(或“亲子一体”)的制度,与西方英美法系的制度迥然不同。

更有进者,在赡养责任方面,德国民法典规定,只有在父母亲不能谋生,并且是在子女能够维持其习惯的生活水平的条件下,子女才要肩负赡养父母的责任。(The German Civil Code, 1907 [1900]: articles 1602, 1603; 亦见黄宗智, 2014c [2009]: 265-266, 286-287)对中国的法律制定者来说,这是违反中国传统“孝道”的想法。即便是全盘引进西方法律的国民党,仍在其引进的德国民法典的上述第一条条文之后,立刻加上了如下的修正:“前项无谋生能力之限制,于直系血亲尊亲属不适用之。”(《中华民国民法》, 1929—1930: 第1117条)人民共和国则更把赡养义务纳入了宪法:“父母有抚养教育未成年人的义务,成年子女有赡养扶助父母的义务。”(《中华人民共和国宪法》, 2004 [1982, 1988, 1993, 1999]: 第49条)

至于财产的分割,民国时期的法律采纳了一种“双轨”制度,既有维护传统的内容,也有从西方引进的内容。一方面是死后继承,原则上规定由子女(男女平等)继承——为了保证女儿不被排除,民国的民法规定遗嘱要遵从“特留分”原则,即女儿所得必须不少于其应得份额的一半(《中华民国民法》, 1929—1930: 第1223条;白凯,

2003: 145-147; 亦见黄宗智, 2014b [2003]: 54-55)。在农村的实际运作中,则仍然按照之前的男子继承习惯来操作(因为女儿大多“出嫁”,离开村庄和家庭农场,无法赡养在村父母)。案例显示,民国时期农村女儿继承所得一般都限于仅相当于其“嫁妆”的份额(黄宗智, 2014c [2009]: 24-25; 亦见黄宗智, 2014b [2003]: 113)。另一方面,民国的民法也允许一个财产所有者可以在生前凭借“赠与”而自由处置其财产;继承法的上述规定要在死后方才适用。(《中华民国民法》, 1929—1930: 第1147条; 亦见黄宗智, 2014b [2003]: 54-55)

人民共和国的法律与民国的颇为不同,虽然仍然是在“个人主义”和“家庭主义”之间探寻一条磨合的道路。在毛泽东时代,虽然把土地划归集体所有,但房屋的继承仍然维持了之前的传统。在赡养父母亲的义务方面,也和过去维持一定的连续性。笔者曾从华北的(河北省)丰润县(今属唐山市市辖区)档案馆抽样了1953、1965、1977、1988、1989年的民事案件档案,每年40起,并从江南的(上海市)松江县(今属上海市市辖区)档案馆抽样了同时期的每年20起,1995年40起。这些案例显示,在实际运作中,法院常常结合赡养和继承来考虑,其基本原则是,没有尽赡养责任的子女,不该享有继承权利。(黄宗智, 2014c [2009]: 151-154, 241)在1985年制定的《继承法》中,国家确立了如下的法则:“对被继承人尽了主要抚养义务或者与被继承人共同生活的继承人,分配遗产时,可以多分;有抚养能力和有抚养条件的继承人,不尽抚养义务的,分配遗产时,应当不分或者少分。”(《中华人民共和国继承法》, 1985: 第13条; 亦见黄宗智, 2014c [2009]: 151-154)之前,在1980年的(新)《婚姻法》中,也有同样性质的规定:“子女不履行赡养义务时,无劳动能力的或生活困难的父母,有要求子女付给



赡养费的权利”。(《中华人民共和国婚姻法》，1980:第15条)

这样，立法者同时照顾到男女平等的法则(儿子继承不是因为其是男性，而是因为其尽了赡养义务；女儿尽了赡养义务同样可以继承)，也十分实用性地为赡养人提供了一定的物质激励。如此把继承权利和赡养义务连接起来，实际上是当今中国继承法的重要创新。作为中国民法典范的德国民法没有如此的规定，民国时期的民法也同样没有如此的规定。人民共和国所采纳的继承法反映的可以说是中华法系一贯的“实用道德主义”的一个侧面，即在规范赡养义务方面体现了关乎家庭关系的道德理念，也在连接赡养和继承方面体现了一定的实用思维。这个制定法律的过程同时也展示，人民共和国广泛采用了先实验一段时期，确定适用有效，方才制定成文法律的立法进路。

## (二)改革时期

在改革时期，我们同样可以看到在“个人主义”和“家庭主义”两者之间摸索一条磨合两者的道路的过程。譬如，倾向个人主义的遗嘱法律和倾向家庭主义的继承法律之间是充满张力的。理论上，产权所有者个人可以在生前相当自由地处理其财产，通过遗嘱的方式来达到其分割自身财产的意愿。在其从西方引进的框架性条文中，似乎真的如此。但是，在遗嘱法律的具体条款中，我们可以看到，所有者的权利其实是有限的：遗嘱条文规定其只能在“法定继承人”中选一人，排除了西方，尤其是英美法系中的非法定继承人也可以继承的可能：“公民可以立遗嘱将个人财产由法定继承人的一人或数人继承。”(《中华人民共和国继承法》，1985:第16条)更有进者，在实际操作中，被选定的一人只能继承房子的使用权；该继承人如果要卖房子的话，则必须获得所有第一顺序继承人的同意，否则根本就不可能

卖房子，在房管部门办“过户”手续。(黄宗智，2014c[2009]:288-290)

同样的问题可见于“亲子一体”的法则与“夫妻一体”的法则之间的张力和矛盾。实际生活中的问题是，1980年以来(尤其是在城市)严格实施计划生育政策，在世纪之交及其后形成了众多“4-2-1”模式的三代家庭(即四位老人、一对[独生子女]夫妻、一个孩子)，因此突出了这样一个较普遍的问题：如果夫妻的房子是由其双方的父母亲中单方面出资购买的话，房子的产权该归夫妻二人作为“夫妻共有”的财产，还是出资的单方面，成为其独有的财产？这里涉及的问题首先是如果夫妻俩离婚，由其中单方面出资购买的房子应该属谁？是夫妻两人共有还是父母亲出资的单方面所有？这是一个实际生活中的问题，会涉及房子归哪一方的老人和继承方一同居住的问题。

最高人民法院因此在2001、2003、2010年连续三次发布了司法解释，试图摸索一条可行的方案。这些司法解释选择的是，规定父母亲赠与的房产可以被指定为夫妻二人中的一人所有。(《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》，2001；《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》，2003；《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》，2010)在强世功(2011)和赵晓力(2011)看来，那样的意见所显示的是一种极端的个人主义观点，迫使一对对夫妻确定房子产权到底属于夫妻中哪一方？也就是说，在西方的影响下，最高人民法院的意见已经变得过分个人主义化，甚或资本主义化了。之前，笔者也曾经就此发表过意见，基本也倾向强世功、赵晓力的看法。(黄宗智，2014c[2009]:292-293)

但是，笔者在后续的思考中，认识到了这样一点：强世功、赵晓力的出发点说到底其实并不



是来自中国传统的“亲子一体”的思路,更多是“夫妻一体”的家庭观。而“夫妻一体”的家庭观所依据的其实不是中国的传统,而更多是来自西方的两大传统,一是天主教的(由上帝撮合的)“神圣的婚姻”(holy matrimony)传统(因此不允许离婚),二是现代的合同关系传统(夫妻根据结婚合同而并为一体)。如此的“夫妻一体”观念的一种具体体现是,美国的房产几乎都属于夫妻“共同所有”,即如果一人去世,便会自动成为留存者全权所有(joint ownership with the right of survivorship)的制度,被普遍采用于大多数的夫妻房产,也多被使用于夫妻银行账户等财产,而中国则至今都没有采纳那样的“共同”财产制度。

上述最高人民法院的三个司法解释意见其实也可以被理解为基于来自中国法律的“亲子一体”观点。因为,在实际情况中,如果出资的父母是和子女共同生活的话,如果把房子当作中国式的“夫妻共有”财产的话,出资购房的父母亲的一方只能获得房子价值的一半,那样的话,很可能会因为子女夫妻离婚而丧失自己出资购买的房产。那样是否公平?

最高人民法院近年来的意见其实可以说是对家庭关系提出了这样一个问题:在家庭关系中,最关键的到底是夫妻一体关系还是亲子一体关系?我们知道,传统中国法理明显偏重后者,其基本逻辑是,夫妻关系是可能因离婚而终止的,但亲子关系则是不可终止的。正如宋代名儒周密(1232—1298)所说:“父子天合,夫妻人和”(《齐东野语》卷八)。最高人民法院的司法解释意见其实也可以按照如此的逻辑来理解,并不一定代表西式的极端个人主义。它反映的是,中国如今正在中西两大法律传统中摸索一条符合中国实际问题的道路。

在笔者看来,像如此的问题,最好的解决方案乃是把夫妻间的婚姻关系和亲子间的家庭关

系并列,说明其内容和来源,并据此来确定在不同的离婚情况下——如简单的离婚,以及涉及老人居住问题的离婚,可以适用不同法则。何况,家庭主义“亲子一体”的“反馈模式”/法理其实已经被明确表达于宪法之中,突出了中国文化这方面的特征。把其纳入、贯穿于民法之中,与个人权利法理并行,实在是再合理不过的做法。

这里涉及的基本问题也是思维方式的问题:是像“形式理性”法律那样,把法则从千变万化的事实情况中抽离出来,试图抽象出一个适用于任何事实情况的个人权利普世法则/公理?还是像中华法系传统那样,可以容纳“多元”的法则,并且要求把抽象法则与具体事实情况结合起来考虑?

笔者认为,前者不一定优于后者。回顾今天来自西方启蒙时代以来的理性主义大潮流下的法律,我们可以看到,其思维方式强烈倾向隔离理论与事实,偏重理论过于经验、抽象过于实际、单一的抽象法则过于多变的事实情况。这可以说是韦伯所突出的“形式理性”法律的主要特征。<sup>④</sup>但是事实上,“形式主义”法理常会导致在实际层面上没有对错的纠纷之中也必分对错的偏颇。正是那样的偏颇,导致把无过错的纠纷也推进必分对错的框架中来处理。西方过去的离婚法律领域便因此产生过多持久、昂贵的法庭纠纷。如今,西方的正式法律体系其实已经因此面临多重危机,并在离婚法律领域,从20世纪80年代以来便基本放弃了必分对错的法理而采用了不再考虑过错的离婚法律。在一般的民事纠纷处理中,则试图建立非诉讼纠纷解决的机制,试图在其必分对错的对抗性法律体系之外探寻另类的道路。但是,启蒙时代以来所形成的偏重二元对立中单一方的思维习惯,如今仍然是对拓宽非诉讼纠纷解决机制适用范围的几乎不可逾越的障碍。(详细论析见黄宗智,2015c)

这其实不仅是西方法学领域的问题,也是西方一般社会科学的普遍问题。理性主义的思维方式导致强烈倾向把理论等同于实际,也就是把从有限的经验证据得出的概括,绝对化为普世理论。在认知层面上,适当概括固然必要,但绝对化的理论则强烈倾向把对有限事实的概括,理想化为普世的抽象,最终甚至使人们简单把理想等同于实际。应该说,抽象化的概括是认知过程中不可或缺的环节,但理想化不是,其所导致的其实常是违背实际的认识。如果被政权推动而意识形态化,则更加如此。近半个世纪以来后现代主义思想大潮流已经对现代主义的绝对化认识论产生强烈的质疑和冲击,但后者迄今仍然深深地决定着许多人的思维,特别是科学主义的认识论。(详细论析见黄宗智、高原,2015)

在法理层面上,中国应该可以有意识地超越西方的现代主义,应该可以对此做出创新性、超越性的推进。在学术研究上同样:其实,大家凭其本能的“真实感”都能够认识到,“真实”绝对不能仅凭理论来完全涵括,也不能仅凭经验堆积来涵括。对“真实”的认识的关键是有力地把两者联结起来的认识和概括。要说服别人,需要的是扎实的证据加上符合实际的概括,而不是仅仅理论或事实任何一方。需要的是连接经验的理论和有限定范围的概括和理论洞见,而不是绝对化的、不可证实的“大理论”。这是拙作《实践与理论:中国社会、经济与法律的历史与现实研究》全书的中心论点,这里不再赘述。(黄宗智,2015d)

至于如何限定某一法则的适用边界,中国可以借助启蒙哲学大师康德用“实践理性”(practical reason)的“绝对命令”(categorical imperative)来连接道德规范和实际行为的思维框架。面对众多不同的道德准则,我们要问:此准则是否达到“你要仅仅按照你同时也愿意它成为一条普遍法则的那个准则去行动”,凭此来做出抉择。这

里,康德的用意仍然是要得出永恒的“理性”准则(Kant, 2002[1788],尤见第1章,特别是其中的第40、45—46页),但我们可以更为实用性地连接经验实际而区别不同限度的适用,而问:你是否愿意它成为一条在某种历史情况、阶段,或某一地方,某一民族或群体、全人民或全人类的那个准则去行动?——借此来推定该准则的适用范围。其中关键在区别不同层次的适用度。(详细讨论见黄宗智,2015c: 87-89;亦见O'Neill, 1996: 49-59,以及黄宗智、高原,2015)在笔者看来,西方启蒙时代以来的现代主义认识强烈倾向把概括和理论推到其“逻辑上的最终结论”(logical conclusion),亦即其理想化、绝对化和普世化,但那样的思维其实是脱离实际的思维——中国没有必要跟随其后而犯同样的错误。

## 六、“党”与“国”和“政”与“法”

本文最后要探讨的问题是中国政治体制下的“党”与“国”和“政”与“法”之间的关联。这是西化和革命两大传统之间的关键问题,当然也涉及古代传统。它实际上是民法典编纂所不可回避的问题。

首先,中国国家机器和中国共产党在一定程度上是分开的;国有宪法,党则另有章程,但是,我们如果仔细检阅这两个不同的文件,会发现它们其实是紧密关联的。

在宪法的序言中,有五句话总结了党在整个政治体制中所占的位置:“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。”这句话显然是对党的正当性历史基础的说明,而且,不言而

喻的是,如此的正当性决不逊色于源自西方形式选举的正当性。“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”。这句话表述了党经过历史实践而确立的意识形态。“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……”这一句总结了改革以来的重要变革(下面再仔细讨论)。“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。”这两句可以理解为对中国共产党与其他政党性质不同的说明。首先是源自民国初期对议会政党政治的反思,由于军阀掌握实权的客观实际,议会政治多限于形式,乃至无关紧要,因此而产生对另一种、(可以称作)“超级”的政党的组建的要求。之后,在革命斗争和全民抗战中,确立了中国共产党的“超级政党”自我定位——它是个超越其他(一般意义的)党派和政党的组织。在概念上,前者(一如西方意义中的政党)是处于国家之下的组织,在议会和选举中竞争,后者则是与国家并行的组织。前者是一般的“民主党派”,后者则是党国体制中的超级的党。((《中华人民共和国宪法》,2004[1982,1988,1993,1999];“超级政党”概念见汪晖,2014:70-71)

检阅《中国共产党章程》(以下简称“党章”)

的序言,我们立刻可以看到,上引的宪法序言乃是对党章序言的简短总结,所表述的其实是同样的内容。党章的序言开宗明义地写道:“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。”(《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“最广大人民”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。随后是与宪法序言基本一致,但是更为详细的关于党正当性的历史基础,其立国意识形态以及其后诸多修正和新内容的总结表述,特别是新加的“邓小平理论”和“依法治国”(1999年),以及“三个代表”重要思想(2004年)。相比而言,宪法中的序言明显只是党章这部分内容的简要总结——宪法一句话所表达的,在党章里多用一段或数段话来表达和说明。因此,党章的序言可以说是比宪法序言要详细得多的宪法性序言。就此意义上来说,它也具有一定的“宪法”或“基本法”实质。

如此一起检视党章与宪法,我们看到的首先是,两者正文的内容虽然很不一样——宪法正文的主要内容是国家的组织和机构,而党章正文的主要内容则是党组织的结构和规则,但是,如上所述,两者在更为关键的序言上有一定的统一和整合。而在西方的体制之中,“政党”是处于国家之下而在议会和选举中竞争的实体,一旦竞选成功而成为执政党,可以暂时代表凌驾于政党之上的国家,直到其下野而被另一政党所取代。而中国则由于对中国共产党作为超级政党的定位,确立了现当代中国的党国政治体制,与西方的三权分立政治体制十分不同。

同时,将宪法和党章一起检阅我们也可以看



到,古代、革命和引进三大传统是并存的,和上述非正式与正式正义体系、个人权利与家庭道德并存相似。一定程度上,党国体制展示的是类似于古代的中央集权,以及“政”与“法”的紧密交织、缠结。当然也说明了革命传统在今天的国家体制中仍然占有的位置。而国家宪法的内容和形式,尤其是关乎公民个人权利的表述,当然也说明了从西方引进成文法律的实际。

对“党”与“国”这种并存的实际,我们可以有两种不同的理解,一种是分别的共存,可以纳入“多元”一词的一般意义来理解,不需要关注如何把多元整合为一的问题。另一种则是互补的并存,并且是在结合、整合为一的大框架下的并存。这就和(像许多西方观察者那样)把两者分割或对立为二元的思维十分不同。在如此的大框架下,中国的政治体制和正义体系其实不太可能成为简单的、完全仿效西方所代表的“民主化”、三权分立以及资本主义化的“现代化”,不太可能真正把其当作普世的“发展”道路。宪法序言中纳入党章序言的内容,而又同时让国家结构和中国共产党组织分别共存,所说明的其实是在两者共存的大框架下,两者是既分开也统一的。因此,我们不可能脱离“党”来理解“政”,或脱离“政”来理解“法”,而必须把两者放在一起检视,也必须梳理清楚两者之间的关联。毋庸说,这不仅涉及实践之中的种种难题和矛盾,也是法理层面上的难题,但如今仍然只有较少关于这些问题的讨论。

上面我们已经看到,迄今中国采纳的改革进路主要是实用性的,从实用层面,包括在底层(乡村)、中层(地方政府)和顶层(中央)的实验,边实验边逐步累进,亦即“摸着石头过河”。在其过程中,可以在“现代化”和“发展”等大战略决策下,暂时偏重西化的建设,但同时也会容纳“本土资源”的另一方对其提出质疑、制衡。两者如此的

并存乃是在党章和宪法代表的基本法中已经确定的大框架。如上所述,这其实也是三大传统的并存。目前,在过渡期间固然可以暂时避开最疑难和充满争执的问题,主要依赖在实践之中逐步摸索出两者之间可行的结合道路。但是,我们迟早不可避免地必须对如何整合两者的问题进行剖析。

同时,我们也可以看到,党对其自身演变的认识带有深层的历史感。上面我们已经看到,宪法和党章的序言把国家的建立和其理论/意识形态的形成,以及之后的改革,都置于历史演变的过程中来说明和理解。近年来更是一再修正宪法,在1982年新宪法公布施行之后,已经在1988、1993、1999、2004年四次进行重要修正:于1988年确立“私营经济”的合法性;1993年纳入“社会主义初级阶段”的历史化范畴;1999年纳入“邓小平理论”,把其与马列主义、毛泽东思想并列,并突出“中华人民共和国实行依法治国”的根本性决策;2004年纳入了“三个代表”重要思想等。(《82年后历次宪法修改的内容》,2014)这就和一般西方宪法强烈倾向一举确立带有永恒性、普世性的宪法原理和规则很不一样。前者是以历史化的过程为主,展示了应时而变的性质,后者则是以形式化的推理为主,以申明个人自由和财产权利等永恒性的“公理”/定理为主。前者展示的主要是实质主义的道德理念和历史化的演变进路,后者则是形式逻辑化的演绎推理和普世化的进路。因此,前者较好修改,后者较难修改。

这里所展示的不同也可以这样来理解:西方启蒙时代以来的现代主义的一个关键特征是对绝对化、普世化“公理”的追求,既可见于其“科学主义”,也可见于科学主义对法学与经济学、其他社会科学,乃至人文“学科”(包括哲学)的深层影响。上面我们已经看到,即便是认真考虑到

“实践理性”的康德,仍然还是在追求绝对化、普世化的“理性”公理,而不是像本文这样提倡有限度、有边界、分层次的概括。(固然,儒家“己所不欲,勿施于人”的“黄金规则”一定程度上类似于康德的“绝对命令”。)

近半个世纪以来的西方后现代主义思想大潮流主要是针对普世主义的批评。虽然,国内对后现代主义的理解偏重“去西方中心化”,带有强烈的民族感情,但西方对其的理解则更侧重对科学主义认识论的基本质疑。在这方面,中国因为一直没有走到西方启蒙以来的认识论那样的极端,一直都比较侧重历史化、经验化的认识。党章和宪法其实都展示了那样的基本思维;作为学者,我们也需要对当今中国的实际采纳同样的认识。

在“党”和“国”并存的大框架下,中国如今已经选定了“依法治国”的战略决策来作为整合两者的重要道路,要求党组织和国家机构、党领导和国家官员,都必须在“依法”的约束下来领导党和国家。(孙谦,2013;李树忠,2015;袁松达,2013;蔡定剑,2011)虽然如此,我们也要看到其高度集权的一面,譬如,民法典编纂是在中央(政治局常委)的指示下启动的,并在提交全国人大之前,必须向其“请示”。中央集权的党国体制固然具有高效的优点——尤其是在革命斗争环境中,乃至激烈的经济体制改革以及强力推动经济发展中(黄宗智,2015b);但同时,也具有中央一步差错便会导致巨大损失的弱点——在革命与当代的历史中,已有不少那样的先例(如“大跃进”和“文革”)。

而且,党国体制在革命斗争的历史过程和其后的官僚化和科层化、管制化过程中,形成了高层领导人个人具有非正式地介入“政”和“法”权力的潜规则。在各部门和机构中,上级的领导人多对其下级具有实际权力,可以非正式地干预国家各部门和机构的运作,包括法院的运作。譬如,

正如李本立(Benjamin Liebman)根据对许多法官和记者的系统访谈资料阐明,在中国法院体系的运作中,高级的官员可以凭借非正式的口头、电话或字条方式,也可以凭借较正式的“批示”方式,对下级表示特别关心某一案件,或表示要保护某一被告人的意愿,从而干预案件的进程和法院的审判。(Liebman, 2005, 尤见第67—68、89—90、150页)正是如此的权力和机制,为司法腐败制造了契机。我们可以看到,在历次“严打”腐败的经验中所突出的“保护伞”问题,正是与那样的机制相关的现象。如何限制、约束、消除如此的高级、上级官员个人对其权力的滥用,乃是一个关乎党国体制整体的问题,当然也是个悬而未决的问题。

在中国共产党已经采纳的变革之外,目前尚未完全明确的一个方面是,共产党组织的根源是列宁主义式的革命地下党,带有革命斗争时期不可或缺的高度集中、思想统一、步伐一致、绝对服从、严守秘密、恪守纪律、肃反等众多制度和操作方式。如今,在新中国成立将近70年、中国国际地位基本稳固的情况下,党和国家机构完全可以也应该转向更为民主、公开、透明的组织,在“依法治国”的战略政策下,进行更为高度的正规程序化、法治化,更有效地防御权力滥用。其实,宪法和党章中所确定的以“发展经济”为重中之重,“依法治国”“三个代表”等指导思想,已经毫无疑问地形成了“去革命组织化”的大趋势,所需要的只是进一步的贯彻。这里体现的也是一种“历史化”的思路。

把中国宪法所展示的历史感与西方的宪法思维相比,我们可以看到,西方(韦伯型)“形式理性”追求普世性的思维,其实是一种反历史感的思维,也是比较片面和偏颇的。如上所述,它带有强烈的永恒化追求,不像中国宪法那样展示了高度的应时而变的历史感。西方的现代主义则一直都强烈倾向追求绝对化、普世化的公理。而

且,西方的演绎逻辑化思维强烈把人们的思想置于一系列的非此即彼二元对立的建构之中,如形式理性与实质道德、西方与非西方、理论与经验、普世与特殊、现代与传统等,把其推向完全偏重其中的单一方。

如今,西方在近几十年的“后现代主义”思想大潮流下,本身已经对其现代主义进行了大量深层的反思,也为关心中国未来的学者提供了可资借助的理论资源。它强烈从特殊来反思普世、从相对来反思绝对、从历史来反思科学、从主观来反思客观、从人文价值来反思物质主义。

虽然如此,我们同时也需要警惕西方启蒙时代以来一再由于演绎逻辑的强大影响而走向片面、极端的倾向。如今,即便是批评现代主义的后现代主义思想本身,也已经走到了相反的极端,强烈倾向完全以特殊主义/相对主义来取代普世主义,以怀疑一切“事实”来取代(自以为是绝对真实的)实证主义/科学主义认识。实际上,如今后现代主义已经走到与其对手现代主义几乎同样的极端和偏颇——以特殊主义的普世化来取代现代主义的普世化的极端,同样是片面和脱离实际的认识和理论。它所展示的问题其实是,被西方在深层意识上认为是其文明独特遗产的演绎逻辑,其实一直都在把人们的思想一再推向其“逻辑上的最终结论”。(例见目前在学术界,尤其是在中国学术界影响极大的萨义德,1999;吉尔茨,1999;亦见黄宗智,2016b)我们如果不陷入那样的思维框架之中,而凭借自己对实际的“真实感”和“历史感”便可以看到,如此的二元对立是对真实实际的简单化或理想化。

虽然如此,我们也要看到,综合形式理性+个人权利+资本主义的西方式“现代化”,作为一套紧密相互关联和依赖的体系,其威力是巨大的。对经历过帝国主义和殖民主义侵略的国家和民族来说,乃是其所必须掌握或抗御的一种武

器,不然便会受到欺压、凌辱、侵略和殖民化。但是,同时我们更要看到,其所代表的仅仅是人类发展的一种可能形式,也是带有很大破坏性的一种形式。我们不该放弃自身的真实感、历史感以及道德理念,而完全接纳、模仿那样的一套认识,据此来组织国家和社会、经济与法律,据此来治理,据此来确定对未来的追求。在理论层面上,我们很有必要对现代西方启蒙时代以来的形式理性主义+科学主义+资本主义进行剖析,进而阐明中国在这些方面的判断和抉择。在笔者看来,这是中国今天十分需要大力推进的工程。

无论是西方“主流”的现代主义-科学主义-普世主义还是反主流的后现代主义-文化主义-特殊主义任何一方,显然都不足以指导中国如今的探索。中国需要有自己的来建设适合中国的认识和理论的信心。在正义体系方面,应该凭借中国文明在长时段历史中,以及近现代所经历的苦难和动荡中所形成的真实感来探索符合中国自身的历史、实际和理念的理论。真正可以依赖的是长时段延续的中华文明中的真正崇高的价值观、真正的洞见、真正符合实际的认识。当然,也需要采纳西方文明的众多优点,来补助自身不足的方方面面,但绝对不可能是简单的非此即彼的全盘西化或全盘中化,不可能是任何绝对化了的单一方。

如今,国家迫切需要直面一个根本实际:在中国革命传统中,中国共产党是主要依赖工农劳动者而获得胜利的(譬如,由其来组成党的军队和开展游击战争并为其提供粮食和物资),因此,在革命过程中,既是由于党的信念也是由于党的切身利益,劳动者是主要的获益者;但在改革时期,原先的决策“让一部分人先富起来”使部分官员和新兴资本家获得了巨大的利益,而劳动者则在法律保护、福利、社会地位等方面都损失较大(见黄宗智,未刊稿),造成了贫富分化的扩大。“让一部分人先富起来”原先只是个权宜之计,但



问题是,历史上鲜有既得利益者自动或仅凭某种道德理念而让权让利的实例。如今,亟需重新平衡社会不同部分的权益,而其责任则非中国共产党莫属。唯有党才具备如此的权力,唯有党才具备如此的理念。何况,这是党在其党章中给自己设定的历史使命。这更是关乎党切身利益的关键:共产党革命的胜利及其正当性,归根到底来自“得民心者得天下”的至理;今天,要继续卫护其正当性和“天下”,说到底其关键也在同一至理。正是这样的道德价值理念、实用考虑,以及历史感,组成来自古代和革命传统的中国正义体系的“实质主义”一方,可以与引进的“形式主义”一方构成一个两者并存、拉锯、相互制约和相互推进的新型中国正义体系。

## 七、结论

以上三个议题中的具体例子说明的首先是,中国传统和谐理念所主导的民间调解制度在今天仍然有极其重要的价值,足可借以纠正西方过分对抗性的法律体系的不足。其实,西方本身也正在摸索着这样去做。同时,在中国革命的党国体制与如此的非正式正义和从西方引进的法律体系的相互作用之下,所产生的各种各样的半正式调解,包括行政调解以及法院调解,都是在全球视野下很有特色并行之有效的体系。当然,也多有缺点和衔接不良之处,但可以通过实验而步步改进、完善。而用从现代西方引进的,以公民权利和责任以及高度形式化、程序化、逻辑化的体系,来判决民事纠纷中真正涉及法律上是与非的案件,乃是中国古代和革命传统中相对薄弱的方面。两者完全可以,也应该相互作用、取长补短,达成更为完善的正义体系。如此的探索其实一直都在实践中进行着,如今需要的是把其精确、清晰地提高到法理的层面。

第二,在个人主义与家庭主义这一对道德价值观中,中国在实践中层面上并没有完全“继受”西方把前者突出为单一法律(相当于)“公理”的做法。其实,中国完全可以,也应该两者兼顾,通过实际的适用来梳理和完善,没有必要一面倒地完全接纳个人主义而排除家庭主义的价值观。<sup>⑤</sup>至于如何在法理以及实际运作中调合两者,可以通过长期的实验而后总结概括。在过去的实践中,其实已经相当广泛采用了那样的进路,所需要的是对其中良好的经验进行理论概括。关键是,要推进中国长期以来已经相当发达的、符合真实世界实际的认识和思维方式——要求连接理论与经验,寓抽象于具体,使其相互阐明、相得益彰。

同时,还可以加上笔者的建议,凭借(康德所阐明的)“实践理性”来进行概括,但不一定要像康德那样坚决追求普世性,而可以采取依据经验证据而区分不同层次的——特殊的、历史化的、地方性的、民族性的、全民性的——抽象和限定。我们已经看到,宪法和党章其实都清楚地展示了这样的历史感和实践感。如此的认识论上的进路远比简单的普世化、绝对化更符合实际,完全没有必要全盘采纳西方现代主义的法学和社会科学中失之偏颇的、强烈逼向绝对化的思维。

最后,也是最艰难的一个议题,是如何结合、整合中国的党国政治体制与上述的正义体系。笔者初步认为,一个也许可行的方案是从明确党与国之间的关系出发,采纳历史化的视野:首先,确认中国共产党是以社会主义的公平理念和实质主义的道德理念为主的组织,其历史使命是维护社会公平、人民福祉、和谐等崇高的价值,并要防止、纠正既得利益群体对其的侵蚀。而国家机器,包括其正式法律体系,乃主要是在其领导下的行政体系中通过形式化-规范化、程序化、专业化的制度体系来执行党的目标的机构。实质和

形式双方,道德理念和行政治理两者完全可以相互监督、相互制衡。系统梳理和整合,一方面可以更清晰地确立党的权力范围,既可以巩固其权力,也可以更明确地限定其权力机制和范围,排除诸如个别高级领导滥用权力的腐败。同时,在党的组织方面,也可以进一步规范化和程序化,用来防范个别高级领导凭借集权的体制而滥用权力,也可以防范党内纪律体系滥用权力。更有进者,面对后革命时期的历史实际,可以对党组织更明确地进行“去革命组织化”,逐步消除其过度集权化和隐秘化的方方面面。至于形式理性化的法律体系方面,则可以,也应该纳入一定程度的实质主义规范,即诸如上述的“和”与“家”的道德理念,以及社会主义的道德观,来纠正西方形式理性正义体系的偏颇。其实,在法院调解和行政调解实践的诸多方面,这样一个形式主义+实质主义的结合一定程度上已经在人民共和国运行了许多年,已经成为当代中国正义体系的重要特色。对其进行法理层面上的系统梳理,可以使其更精确、高效、公正地运行。

如此融合中西、取长补短的正义体系建设应该是一个长期的摸索过程,通过实验,使用分层次、有限度的“实践理性”概括而逐步建立和完善。如此,才有可能在中国的三大传统中择优、结合、整合,来开辟一条新颖的正义(和治理)体系道路。如此才有可能清晰合理地综合中、西以及革命三大传统,让其取长补短,结合成为一个新的东西。那样的话,不会再是简单的对现代西方的“继受”和仿效,才可能成为真正是“中国特色”的正义和法律体系,为中国、为人类做出更重要的贡献。

#### 参考文献:

《82年后历次宪法修改的内容》,2014,道客巴巴网站,

<http://www.doc88.com/p-213758832599.html>。

白凯,2003,《中国的妇女与财产:1960-1949年》,上海书店出版社。

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。

《大清律例》,转引自薛允升:《读例存疑重刊本》,黄静嘉编校,台北:中文研究资料中心1970年版。引用时采用黄静嘉编的律号、例号(如律89,例89-1)。

陈寒非,2015,《民法典编纂中的民事习惯调查:历史、现实与方案》,载《福建行政学院学报》第3期,第49—55页。

董保华,2016,《雇佣、劳动立法的历史考量与现实分析》,载《法学》第5期,第13—23页。

费孝通,1983,《家庭结构变动中的老年赡养问题——再论中国家庭结构的变动》,载《北京大学学报(哲学社会科学版)》第3期,第6—15页。

高其才,2016,《尊重生活、承续传统:民法典编纂与民事习惯》,载《法学杂志》第4期,第26—36页。

何燕侠,2015,《日本民法近代化过程中的“法典论争”述论》,载《湘江法律评论》第2期,第38—47页。

黄宗智,未刊稿,《中国的非正规经济:社会实际VS.理论、话语与意识形态》。

黄宗智,2017,《中国的非正规经济再思考:一个来自社会经济史与法律史视角的导论》,载《开放时代》第2期,第153—163页;亦见黄宗智(主编):《中国乡村研究》第14辑,福州:福建教育出版社。英文版见 *Rural China*, Vol. 14, No. 1, pp. 1-17。

黄宗智,2016a,《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,2016b,《我们的问题意识:对美国的美国研究的反思》,载《开放时代》第1期,第155—183页。

黄宗智,2016c,《中国正义体系中的“政”与“法”》,载《开放时代》第6期,第141—159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,《中国经济是怎样如此快速发展

的?——五种巧合的交汇》,载《开放时代》第3期,第100—124页。

黄宗智,2015c,《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,2015d,《实践与理论:中国社会、经济与法律的历史与现实研究》,北京:法律出版社。

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),北京:法律出版社。

黄宗智,2014b,《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2卷:《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》(2003、2007),北京:法律出版社。

黄宗智,2014c,《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。

黄宗智,2014d,《明清以来的乡村社会经济变迁: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:法律出版社。

黄宗智,2014e,《明清以来的乡村社会经济变迁:历史、理论与现实》,三卷本增订版,第3卷:《超越左右:从实践历史探寻中国农村发展出路》,北京:法律出版社。

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、高原,2015,《社会科学和法学应该模仿自然科学吗?》,载《开放时代》第2期,第158—179页。

吉尔茨,1999,《地方性知识:事实与法律的比较透视》,邓正来译,载梁治平(编):《法律的文化解释》,北京:三联书店,第73—171页。

强世功,2011,《司法能动的中国家庭——从最高人民法院关于〈离婚法〉的司法解释谈起》,载《文化纵横》第1期。

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。

梁慧星,2015a,《为中国民法典斗争!》,文章乃《中国民法典草案建议稿附理由》的“序言”。参见爱思想网站, <http://www.aisixiang.com/data/82334.html>。

梁慧星,2015b,《制定民法总则的若干问题》,中国法学网, <http://www.iolaw.org.cn/showArticle.aspx?id=4472>。

梁慧星,2014,《关于中国民法典编纂问题》,中国法学网, <http://www.iolaw.org.cn/showArticle.aspx?id=4200>。

萨义德,1999,《东方主义》,王宇振译,北京:三联书店。

粟瑜、王全兴,2015,《〈意大利民法典〉劳动编及其启示》,载《法学》第10期,第114—128页。

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。

汪晖,2014,《代表性断裂与“后政党政治”》,载《开放时代》第2期,第70—79页。

王利明,2015,《儒家文化对法治的影响》,爱思想网站, <http://www.aisixiang.com/data/91568.html>。

王利明,2014,《民法典的时代特征和编纂步骤》,载《清华法学》第6期。

肖光辉,2007,《法律多元与法律多元主义问题探析》,载《学术论坛》第4期,第117—122页。

谢鸿飞,2016,《现代复杂社会与民法典的体系》,载《人民法治》第3期,第20—22页。

谢鸿飞,2014,《中国民法典的生活世界、价值体系与立法表达》,载《清华法学》第6期,第17—33页。

谢鸿飞,2013,《民法典与特别民法关系的建构》,载《中国社会科学》第2期,第98—116页。

俞江,2015,《保护既有权益是民法典编纂的底线》,载《法学》第7期,第67—77页。

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。

赵晓力,2011,《中国家庭资本主义化的号角》,载《文化纵横》第1期,第31—34页。

《中国法学会民法典编纂项目领导小组会议召开》,2015,中国法学会网站, [http://www.chinalaw.org.cn/Column/Column\\_View.aspx?ColumnID=922&InfoID=14295](http://www.chinalaw.org.cn/Column/Column_View.aspx?ColumnID=922&InfoID=14295)。

《中国共产党章程》,2012,新华网, <http://news.xinhuanet>。



com/18cpenc/2012-11/18/c\_113714762.htm。

《中国民法典拟于2020年编纂完成》，2016，财新网，<http://china.caixin.com/2016-06-27/100959152.html>。

《中华民国民法》，1929—1930，载《六法全书》，上海：会文堂新记书局1932年版，第11—138页。

《中华人民共和国婚姻法》，1980，中国政府网，[http://www.gov.cn/banshi/2005-05/25/content\\_847.htm](http://www.gov.cn/banshi/2005-05/25/content_847.htm)。

《中华人民共和国继承法》，1985，法律图书馆网站，[http://www.law-lib.com/law/law\\_view.asp?id=3158](http://www.law-lib.com/law/law_view.asp?id=3158)。

《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿（提交稿）》，2016，税屋网，<http://www.shui5.cn/article/09/85756.html>。

《中华人民共和国民法通则》，1986，中国人大网，[http://www.npc.gov.cn/wxzl/wxzl/2000-12/06/content\\_4470.htm](http://www.npc.gov.cn/wxzl/wxzl/2000-12/06/content_4470.htm)。

《中华人民共和国侵权责任法》，2009，中国政府网，[http://www.gov.cn/flfg/2009-12/26/content\\_1497435.htm](http://www.gov.cn/flfg/2009-12/26/content_1497435.htm)。

《中华人民共和国宪法》，2004（1982、1988、1990、1999），中国政府网，[http://www.gov.cn/gongbao/content/2004/content\\_62714.htm](http://www.gov.cn/gongbao/content/2004/content_62714.htm)。

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

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》，2001，法律图书馆网站，[http://www.law-lib.com/law/law\\_view.asp?id=16795](http://www.law-lib.com/law/law_view.asp?id=16795)。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》，2003，法律图书馆网站，[http://www.law-lib.com/law/law\\_view.asp?id=81887](http://www.law-lib.com/law/law_view.asp?id=81887)。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》，2011，最高人民法院网站，<http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-3026.html>。

China Development Research Foundation, 2005, *China Human Development Report*, United Nations Development Programme, China Country Office.

Ch'ü T'ung-tsu (瞿同祖), 1961, *Law and Society in Traditional China*, Paris: Mouton.

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.

Kant, Immanuel, 2002 (1788), *Critique of Practical Reason*, trans. by Werner S. Pluhar, Indianapolis / Cambridge: Hackett Publishing Co.

Liebman, Benjamin L., 2005, "Watchdog or Demagogue? The Media in the Chinese Legal System," *Columbia Law Review* 105(Jan.), pp. 1-157.

O'Neill, Onora, 1996, *Towards Justice and Virtue: A Constructive Account of Practical Reasoning*, Cambridge University Press.

Subrin, Stephen N. and Margaret Y. K. Woo, 2006, *Litigating in America: Civil Procedure in Context*, New York: Aspen Publishers.

*The German Civil Code*, 1907(1900), trans. and annotated, with a historical introduction and appendixes, by Chung Hui Wang(王宪惠), London: Stevens & Sons.

#### 注释：

①详细论证见表1和黄宗智(2016a:16-21)。

②详细论证见黄宗智(2016c)。

③“中国社会科学院民法典立法研究课题组成果发布平台”，中国法学网，<http://www.iolaw.org.cn/web/special/2015/minfadian.aspx>。

④笔者近二十多年来，撰写了多篇关于韦伯，尤其是其“形式主义理性”理想类型的论作，这里不再赘述。更详细的讨论可参见黄宗智(2015c;2014a:总序第1—18页;2014a[2001]:第9章)以及黄宗智、高原(2015)。

⑤美国保守的共和党人便一向以拥护家庭主义价值而引以自豪。

责任编辑：周 慧