# 道德与法律:中国的过去和现在*

■ 黄宗智

[内容提要]本文聚焦于道德与法律在中国的过去和现在的结合,不仅在法理层面,也在实践层面,并检视其正面和负面。本文用意不仅在于论证两者的结合在过去实际存在并在当今也必然存在,也在于说明如此的结合不必是模糊的,而可以是精确和清晰的,并且是依据可说明的理性原则的。本文的目的是要探寻一条既是中国的也是现代的,既符合中国文明基本倾向也符合中国现代实用需要的立法进路。

[关键词]形式主义理性法律　实体主义法律　实用道德主义　中国的法律思维方式　实践理性

韦伯(Max Weber, 1864—1920)认为法律应该是纯粹"形式主义理性"的,由法律逻辑整合为一个统一体,而不该让"外来"的道德价值掺入,否则将会成为"实体非理性"的法律;但历史实际是,法律从来就与道德密不可分。本文聚焦于道德和法律在中国的过去和今天的结合,不仅在理论层面也在实践层面,并检视其正面与负面。本文用意不仅在于论证道德与法律的结合在过去实际存在并在当今必然存在,也在于论证这样的结合并不一定是模糊的,而可以是清晰和精确的,并且是依赖可说明的理性原则的。本文的目的是探寻一条既是现代的也是中国的,既符合中国文明基本倾向也符合中国"现代"实用需要的立法进路。

## 一、韦伯与形式主义理性法律

韦伯关于现代西方法律形成的叙述所采用的主题是"形式理性法律"的形成、发展过程。根据他的建构,这主要是与"实体非理性"相对的过程。这是因为在他的心目中,形式理性法律更能防止外来影响的侵入,尤其是来自专制统治者的干预;而实体主义法律则多受那样的干预,无论是凭借道德价值的名义还是源自政治或感情的因素。(Weber, 1978: 654-658; 亦见黄宗智,

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)

*感谢白凯(Kathryn Bernhardt)、高原、张家炎和佩里·安德森(Perry Anderson)的反馈和建议。

2014a，三卷本，总序，第1卷：013-018）

对韦伯来说，西方现代形式理性法律兴起的一个关键维度是其（我们可以称作）“去道德化”的过程。他认为，之前的宗教法规以及“自然法”都是高度道德化（实体化）的法律——虽然两者都具有一定程度的形式理性倾向，也是韦伯在其形式理性法律兴起的叙述中所突出的倾向（Weber, 1978：828-831），而形式理性法律则是依赖逻辑理性的。对韦伯来说，形式理性法律是个高度专业化的体系，其发展和传承所依靠的是具有逻辑专长的法学专家。他认为，这样的一个体系更能够抵御外来权力的干预，不像实体主义法律那样，无论是实体主义非理性的还是实体主义理性的。他对前者给出的例子主要是由统治者情绪主宰的“卡迪司法”，对后者的例子则主要是社会主义法律关于社会公平和福利的道德观念。（韦伯，2005：167-173；Weber，1978：812-814）

在美国，代表韦伯形式主义法律的是所谓的“古典正统”（classical orthodoxy）和“法律形式主义”（legal formalism）。在兰德尔（Christopher Columbus Langdell，1826—1906，1870年至1895年任哈佛大学法学院院长）的领导下，它特别强调法律和法学的科学化。对兰德尔来说，美国法律虽然源自比较重视案例和经验主义的普通法传统，但法律仍然应该和欧几里得几何学一样，从有限的几个公理出发，凭逻辑推理得出真确的定理，而后通过逻辑而适用于任何事实情况。也就是说，法律是一个跨越时空的、普适的体系。（White，[1947] 1976；Grey，2014b [1983，1984]；亦见黄宗智，2014a，第3卷：208）

这里，我们要补充说明，近现代西方历史的一个重要维度是世俗化（去宗教化）。在此之前，不仅宗教法规，自然法也一定程度上受到天主教—基督教关于善恶的道德信仰的影响，近现代的世俗化则意味着法律越来越与道德分离，道德越来越成为主要归属于宗教的领域，而治理和法律则越来越倾向去道德化的（现代）理性和科学。那是韦伯叙述历史和建构理论的大历史背景。中国文明没有像西方那样占据道德领域的宗教（天主教—基督教），道德主要归属儒学——它聚焦于在世的人生，基本不论鬼神——而不是宗教，而儒学在帝国时期长期占据统治地位则意味着伦理道德在中国法律中一直占据特别重要的地位。

形式理性法学传统在现代西方占据“主流”的地位，在今天中国法学中也具有极大的影响。今天国内的法学院几乎都以大规模引进西方现代法律为主导思想，许多中国法学家甚至比他们的西方同行还要无保留地相信现代西方法律是普适的、唯一足可称作“现代法律”的法律体系。虽然如此，这里我们需要指出，中国法学界对“形式主义”的理解与西方是有一定的不同的，主要局限于两种含义：一是官僚化的重形式、轻实质倾向，一是条文主义，而不是西方语境中侧重演绎逻辑的“形式主义”（formalism）。①如此的不同，部分源自（也反映于）两个语境中“形式主义”一词的不同含义，一是贬词，一是褒词；部分也源自民族感情或本土意识对全盘西化的抵制；部分也许还源自中国思想界对演绎逻辑的陌生感，不理解其在西方文明中的关键地位。

即便如此，在法律全盘西化的大潮流下，形式理性法律，作为西方现代法律的主流，无可避免地也占据了改革时期中国法律的中心地位。与此形成鲜明对照的是，中国法律史的地位日趋式微，在各大法学院的教员、课程和学生中只占越来越小的比例。中国法史的研究越来越成为一种类似于“博物馆”管理员的培训，为的是偶尔展示“馆藏珍品”，但都是没有现实意义和用途的东西。结果是整个法史学术领域的普遍危机。即便是那些提倡依赖“本土资源”的法学学者，其所指向的大多不是具体实际的传统法律，而是农村习惯、革

命传统，或笼统的中国文化，并把其置于中国和西方、传统和现代法律文化非此即彼的二元对立框架之中。（例见苏力，1996，2000；梁治平，1996；详细的讨论见黄宗智，2014a，第3卷，序：001-007）

这里我们还需要特别强调，韦伯所论述和代表的主流形式主义法律绝对不是西方法律思想唯一的重要法学传统。除了与自然法对立的实证（主义）法之外，近两个世纪以来形式主义法律受到众多“另类”法学传统的质疑，在欧洲诸如历史法学（如 Friedrich Karl von Savigny，1779—1861）、法律社会学（如 Rudolph von Jhering，1818—1892 和 Eugen Ehrlich，1862—1922）和法律程序主义（如Jürgen Habermas，1929—），在美国则诸如法律实用主义（如 Oliver Wendell Holmes，1809—1894）、法律现实主义（Roscoe Pound，1870—1964 和 Karl Llewellyn，1893—1962）和近年的批判法学（如 Roberto Unger，1947—和 Duncan Kennedy，1942—）。之前的自然法认为道德规范是内在于自然界的而法律必然是道德的（善的），而实证主义法学则认为法律和道德无关，应被看作简单地是（任何）被施用的法律。②与之不同，19世纪中期以来的另类法学传统可以被视作是对形式主义法学——认为法律乃是一门科学，法律乃是普适的、绝对的、永恒的——的挑战。他们在不同程度上都认为，在法律现有条文和文本之外，还需要考虑到法律实践、社会和历史实际，以及对未来的社会与文化的“应然”理念。在一定程度上，它们都坚持在形式逻辑之上，还要考虑到或者更多地考虑到关乎应然的道德价值。（更详细的讨论见黄宗智，2014b：导论）对本文倡导的观点来说，它们都是可用资源。

## 二、中国法律作为道德主义法律的典型

从道德和法律相互关联的视角来说，中国过去和现在的法律体系都是很好的例子。近年来中国法律虽然引进了大量的形式主义西方法律，但一定程度上仍然保留了其原有的道德主义倾向，并且明显不会伴随其“现代化”而消失。在中国文化和思想中，道德维度的重要性是非常明显的，无论是在儒学传统中，还是在历史上对外来宗教和思想（例如佛教或近代的社会达尔文主义、基督教等）的反应和理解过程中，甚或是对马克思主义和共产主义革命的重新理解中，都很明显。

当然，在目前西化主义和本土主义法学的二元对立之中，道德和法律两者在中国法律中并存与结合的基本事实也许会显得模糊不清。这是笔者在这里要具体检视中国法律中的道德价值观的原因之一，为的是要精确地说明道德主义在中国法律中长期以来所扮演的角色，并试图阐明道德与法律结合背后所隐含的逻辑。中国法律在其实际运作中所展示的逻辑是笔者25年来努力研究的核心，本文将在多处引用笔者这些年来所积累的经验证据（详见黄宗智，2014a，三卷本；亦见黄宗智，2001，2009，2010，2013），目的不仅是要证实两者结合的实际，更是要梳理两者结合的基本轮廓与原则，不仅在其理论层面，也在其实践层面。在我看来，如此的结合是创建一个未来既是现代的也是“中国特色”的法律体系的主要方向和道路。

从这个角度来考虑，用调解的方法来解决纠纷乃是道德主义实际存在于中国法律体系的一个主要例子。在实践中，调解依赖的是关乎应然的道德准则，而不仅是合法与否的法律原则。它关心的是德行，不是法律条文。它追求的是“和谐”理念，不是权利和其保护。它的目的是通过互让来解决纠纷，不是确定法律上的对错。它期盼的是通过人们的“让”、“忍”等美德来建构更良好的道德社会，而不简单是禁止和惩罚非法行

为。如此的调解一直是中国法律体系的一个基本特征，很好地阐明了其所包含的道德主义。它与从个人权利前提出发，通过逻辑推理来说明什么是和什么不是侵犯权利的法律体系十分不同。用韦伯的理想类型来说，它是“实体主义”的，不是“形式主义”的，是“实体非理性”和“实体理性”的，而不是“形式主义理性”的。（关于中国晚清以来调解制度的总结性论证和分析，见黄宗智，2014a，第3卷：第2章）

**（一）作为道德与法律、现代性与传统结合的调解制度**

在20世纪共产党革命之前，调解是主要由社区和宗族（非正式）领导来执行的——譬如，几乎在每一个村庄之中，都有一位或几位社区所公认的（非正式）调解人士，由他们来解决村庄内部的纠纷。在中国共产党进入之后，旧式的调解大多被村庄的党干部所取代。此外，还加上了基层行政机构的官员／干部的调解和调处与国家正式法庭所执行的调解和调处。（黄宗智，2014a，第3卷：第2章、第7章）

从大量当代正式法庭调解的实践案例中，笔者引证出以下在实际运作中未经明言的逻辑：最见成效的调解多来自双方没有单一方过错的，或者是双方都具有同等义务的纠纷，那样的案件是调解机制运用得最有效的案件，也是应该用调解来解决的。而在一方有过错的纠纷之中，则更适用判决，虽然仍然可以通过象征性的调解和让步来减轻简单判决对错所可能导致的当事人之间长期的仇恨。即便只是象征性的妥协也有可能达到如此的效果。历史证明，调解和判决在过去和当代中国法律体系中如此并用是一个有效的、低成本的方法，减轻了法庭的负担。

当前的中国法律体系仍然显示出对调解的侧重。今天，在每两个涉及他人斡旋的公开（有记录的）纠纷之中，仍然有一个是通过法院体系之外的调解而不是正式的法庭体系来解决的。而在进入法庭体系的（民事）案件中，每两个案件仍然有一个是通过某种调解而不是判决来解决的。（黄宗智，2014a，第3卷：62-63；亦见《中国统计年鉴 2013》：表23-20、表23-22）事实是，中国广义的（非正式、半正式和正式）调解制度在其使用规模和成效上来说，一定程度上仍然是全球范围内的一个典范。西方近几十年来兴起的“非诉讼纠纷解决”模式（多受到中国调解制度的启发）远远达不到如此程度的规模和成效。（黄宗智，2014a，第3卷：198-202）

在多种不同的调解之中，非正式调解——由受人尊重的社区或族亲人士来调解，近年来有复兴的倾向，但无法统计——最清晰地展示了道德理念所起的作用。它的目的是防止纠纷双方长期的相互敌视（维持“和谐”），其最常用的道德准则是“己所不欲，勿施于人”（“如果别人对你这样，你会怎样感受？”）以及“让”、“忍”等道德价值，也就是传统儒家“君子”的道德价值观，与今天所谓的“好人”价值观也有一定的关联。（详细论证见黄宗智，2014a，第3卷：第2章、第7章）

在半正式的调解——由社区干部或调解委员会，乡镇的法律事务所或基层行政人员和机构（包括警察），或城市中的新型调解中心等所执行的调解和调处——之中，会更多地考虑法律（部分原因是伴随诉讼频率大规模上升，告上正式法庭已经成为越来越多当事人的可能选择），但仍然常常会使用儒家的道德准则来促使当事人妥协：“如果别人这样对待你，你会怎样感受？”避免双方长期的仇恨仍然是一个因素，但由于近年来（伴随大规模的进城打工）村庄大都逐渐从“熟人社会”转化为“半熟人社会”甚或城市那样的“陌生人社会”，社区的和谐性已经不再被看作像以前那么重要。（同上）

在正式的法庭调解中，成文法律所扮演的角

色更为重要，而社区和谐则不再是重要的考虑。部分原因是在现有的制度结构下，法律只可能是最重要的因素，如果调解不成，下一步便是（同一）法庭的判决。而从当事人的角度来考虑，如果拒绝法庭建议的调解方案，紧跟着便要面对法庭的正式判决。虽然如此，妥协仍然在起一定的作用，尤其是在那些没有对错的争执中，例如在离婚或侵权案件中，具体应该如何分配财产或确定赔偿额度，或者是在同等责任的案件中，具体该如何分配儿女的赡养责任。和谐的考虑仍然起点作用。但是，在全国大部分地方，尤其是城市中，紧密整合的社区已经不复存在，“陌生人社会”和“半熟人社会”已经成为大部分社区的实际情况，社区和谐已不再是个关键的考虑。（同上）

整个调解体系可以描述为一个连续统一体，从主要依赖道德到主要依赖法律。大部分的争执是在调解和判决之间的灰色地带解决的，而不是简单地完全由非正式调解或正式判决来解决的。

即便是在大规模引进西方法律以及诉讼频率大规模上升的情况之下，如此从调解到判决的连续统一体，以及两种制度在法律体系中的并存，仍然是中国法律体系的一个强韧延续的特征。即便有的法学家呼吁抛弃调解而加速“现代化”（西方化），道德和法律的并存结合看来仍然将是中国法律体系的一个核心特征，过去如此，今天仍然如此。

**（二）赡养父母亲**

在调解领域之外，道德主义可以比较明显地见于家庭法。一个例子是赡养双亲的法律。在帝国时期，“孝”是主导性的道德理念。《孝经》开宗明义地写道，孝乃“德之本也”，“教之所由生也”。“先王有至德要道，以顺天下，民用和睦，上下无怨”。在《大清律例》中，这个道德准则被部分表达于对不赡养双亲的儿子的惩罚。即便是20世纪前期制定的中华民国民法，虽然是以德国民法典为典范的，但在赡养规定上仍然做了一定的修改和重新理解：在德国民法中，子女惟有在父母亲无谋生能力，以及自己能够维持适合自己社会地位的生活的前提下，方才有义务赡养父母亲（The German Civil Code，［1900］1907：第1602条）。民国的立法者显然不愿接纳如此的法律条款，因此在第一个条件之后立刻加上了这样一句：“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］，1932：第1117条）。至于第二个条件，则把其改为“因负担义务而无法维持自己生活者”，方才可以“免除其义务”。（同上，第1118条）也就是说，基本上规定要无条件地赡养双亲。

此外，民国民法和当代中国法律同样采用了现代西方的男女权利和义务平等法则，规定子女（男女）具有同等的继承权利和赡养义务。但是，在农村的实际运作中，鉴于女儿多出嫁（到别村）的现实，大多只由儿子来赡养父母和继承家产。民国民法没有试图解决这方面的法律条文和农村实践间的矛盾。而当代中国法律要到1985年的《继承法》，方才解决了这个矛盾，做出非常实用的规定：赡养老人的子女可以多分财产，不赡养者少得（《中华人民共和国继承法》，1985：第13条）。这样，儿子继承财产不是因为他是男子，而是因为他尽了赡养义务。中国对西方赡养法律如此重新理解说明的是“孝”道德准则的顽强持续。（详细论证见黄宗智，2014a，第3卷：265-266；亦见黄宗智，2010）

**（三）家庭主义价值观与财产法律**

和以上议题紧密相关的是家庭主义道德观对财产法的影响。众所周知，清代法律把土地房屋看作是家庭而不是个人的财产。根据所谓的“父子一体”的基本法则，土地房屋必须由诸子均分，而父亲不可以凭借一己的意愿剥夺任何一个

儿子的继承权。这就和美国法律中凭借遗嘱而几乎可以无限制地把土地房屋传给任何人,包括陌生人的法律十分不同。清代法律按照父子一体法则做出了一系列的规定,包括多代家庭的道德理念,儿子没有父母亲的许可不得分家析产,父亲不能剥夺任何儿子继承家庭土地房屋的权利,儿子不许违反父亲(或在父亲去世后取代其权利的母亲)的意愿而出卖家庭的房子等。这一切都和现代西方法律中个人具有几乎无限制处理自己财产的权利十分不同。(详细的论证见黄宗智,2014a,第3卷:134-135)

在当代中国,父子一体的法则已被父母亲和子女一体的法则所取代,起码在城市如此。《继承法》规定,父母亲的财产由"第一顺序"继承人继承,即配偶、子女、父母亲。(《中华人民共和国继承法》,1985:第10条、第11条)中国虽然从西方采纳了个人可以凭遗嘱来支配其财产继承的法律,但其实在法则和实际运作中,一直都对此有一定的限制:立遗嘱人可以选择把房子的使用权传给合法继承人中的某一人或几个人,但是不可以排除合法继承人中任何一人的继承房子的权利。如果使用房子的继承人要卖掉房子,在实际运作中必须得到所有第一顺序继承人的同意,由公证处出具证明,不然不可以卖掉房子。(详细论证见黄宗智,2014a,第3卷:287-290)

吊诡的是,比较"家庭主义"的中国财产法律并没有接纳西方的夫妻作为单一体的"共同所有"(joint ownership / tenancy)概念。我们找不到美国房产通用的夫妻"共同所有,幸存者全权"(joint tenancy with the right of survivorship)的法律。部分原因也许是,在中国已婚子女比较普遍和父母亲居住同一个房子,这和美国比较普遍分居的情况十分不同。

更重要的是,这里我们可以看到,中国法律"家庭主义"的关键在于父母亲和子女一体的法则,而不在夫妻一体的法则。在中国法律看来,夫妻间的结合和父母子女间关系的性质是不一样的。前者可以是暂时的(可以离异),后者则是永久的。正如宋代名儒周密(1232—1298)形象的表述:"父子天合,夫妇人和"。(周密:卷8)从这个角度来考虑,美国法律中的夫妻房子"共同所有"权不是源自家庭主义的法则,而是源自另一套的逻辑,是关乎婚姻结合而不是亲子家庭关系的"结合"。正因为如此,中国法律完全没有接纳"共同所有,幸存者全权"的法则,不仅房产如此,即便是银行账户也如此。中国法理中亲子关系和夫妇关系间的不同,正是家庭主义道德观顽强持续的另一个重要例证和阐明。

**(四)对婚姻和离婚的道德化理解**

即便是中国今天的婚姻和离婚法律也受到深层的道德准则影响。现代西方对婚姻的标准理解是把它置于合同法之下:婚姻是夫妻作为两个个人间的合同关系。这个现代概念当然是西方世俗化过程中的一部分,是从宗教法规的"神圣的婚姻"(holy matrimony)演化出来的。由此,离婚被视作合同关系的破裂,并假定某一方必定有违反合同的过错,从而导致离婚诉讼中尽可能(不顾高额律师费用来)证明对方是过错方的做法。当代中国立法者则明确拒绝如此的观念。(黄宗智,2014a,第3卷:105)

当代的中国法律对婚姻的看法是把其看作在协议关系之上,更是一种夫妇间的道德化行为,其基础是两人之间的感情。如此的理解主要来自革命传统,用意是要推翻之前把婚姻当作两个家庭之间的一种(经过象征化的)经济交易、婚后则是由丈夫支配的婚姻关系。当代中国的观念则是婚姻应该是一个夫妻感情良好的结合;离婚则是两人"感情确已破裂"所导致的后果。正是后者,成为离婚诉讼中法庭允许离婚与否的关键准则;其深层的观念是,婚姻不简单是一种合

同，而是一种根据夫妇间应然的关系的道德化结合。（详细论证见黄宗智，2014a，第3卷：第4章）

以上的准则从20世纪50年代以来便被普遍使用，但直到1980年才被正式纳入《婚姻法》条文之中。其历史说明的首先是当代中国婚姻法与现代西方法律的不同，也是对西方法律从个人主义权利与合同关系出发，并由此推论出的一系列法律条文的不接受。它再次说明的是中国法律中道德价值和法律的并存。

它也说明当代中国立法的一个基本模型，即通过长期的实验，确定某一法则是符合社会实际、被人们接受的以及行之有效的，方才会被正式纳入法律条文颁布。这个特色也是中国的实体—道德化法律体系的一个方面。这点下面还要讨论。

在西方，由于之前必分对错的离婚法的运作对当事人和法庭都造成很重的经济负担，在20世纪60年代到80年代逐步采纳了“无过错”（no fault）的离婚法则。（Phillips，1988）但这里我们必须说明，所谓“无过错”离婚法则的意思不是像有的中国学者理解的那样——离婚案例中，既有有过错的案例，也有无过错的案例——而是“不论过错”的意思（因为它导致了极其高昂的离婚诉讼费用）。西方形式主义法律的思维方式是从一个抽象法则出发（不论过错），而后用之于所有的具体案件，而不是像中国法律的思维方式那样，先鉴别具体情况，从既有有过错的离婚纠纷也有无过错的离婚纠纷的事实出发，而后适用不同的法则。这样对西方法律的“错误”认识正好说明中西方法律思维上的基本不同。（详细论证见黄宗智，2014a，第3卷：147-149）

## 三、实体理性法律的其他方面

以上的当代具体实例为我们提供了一个出发点来进一步说明中国法律思维与西方的不同，包括一些别的、与道德主义紧密相关的特征。这些特征合起来足够组成一个与西方形式主义理性法律很不一样的法律体系类型，是一个堪用韦伯打出的（但只是十分简略不清的）“实体主义理性”理想类型来描述的，也就是笔者称作“实用道德主义”类型的法律体系。（详细讨论见黄宗智，2014a，第1卷：165-175）

### （一）经验重于理论抽象

中国法律思维中一个特别顽强持续的特征是，在实质真实和法律（程序下所建构的）真实之间，具体经验和抽象理论之间，侧重实质真实和具体经验。这并不意味不愿或不能作抽象思考，并不是因为中国传统的法学家们只能掌握具体而不能运用抽象——韦伯是这么认为的（例见Weber，1978：845）——而是对抽象化／概念化的另一种想法。传统中国法律绝对不忽视或拒绝抽象的法律原则和道德准则，而是坚持抽象必须寓于具体事实情况，因为实际要比任何原则或准则来得复杂和多变，不是抽象理论所能完全涵盖的，所以任何抽象法则都需要用具体事实情况来阐明，那样才会明确，才能使用。如此的思维在《大清律例》中是很明显的。譬如，财产权利不是用抽象概念来表述的，而是通过一系列违反产权的具体事实情况来说明的。例如，欺诈性地将他人的土地房屋当作自己的财产来出售（“盗卖田宅”）、侵占他人田宅、（子孙）盗卖祖遗祀产等行为，都会受到法律惩罚。在关于婚姻协议的法律中，同样不采用抽象的原则，而是通过具体实例来说明不可欺诈或违反协议，例如将已有婚约的女子“再许他人”，“有残疾者，妄作无疾”，“期约未至而强娶”或“已至而故违期”等具体行为。这是和现代西方形式理性十分不同的思维方式，其对待如何连接抽象理论—道德原则和具体实例的方式，以及如何对待普适和特殊之间关系的思维都十分不

同。(详细论证见黄宗智,2014a,第3卷:132-138)

中国法律这种思维的另一例子是当代的“侵权法”和关于民事损害赔偿责任的法律。表面看来,法律条文似乎完全接纳了现代西方的法则,即“侵权行为”可以被追索金钱赔偿,其中关键在侵权过错——没有过错便谈不上赔偿。但是中国的侵权法却进而规定“当事人对造成损害都没有过错的,可以根据实际情况,由当事人分担民事责任”(《中华人民共和国民法通则》,1986:第132条)。

对现代西方的法律思维来说,这样的规定,先说明有侵权过错就有赔偿的民事责任,而后又说没有过错也可以适当负担民事责任,是不符合逻辑的,是前后矛盾的。但对中国的法律思维来说,在造成民事损害的具体情况中,显然有的是双方都没有过错的(譬如,意外的[不涉及疏忽过失的]偶然事故),而在那样的事实情况下,损害的问题仍然存在,仍然需要解决。既然是显然的事实,立法者觉得没有必要多加解释,因为这是不言而喻的事,没有必要处理这种情况和抽象的“有过错便有赔偿责任”的法则间的逻辑上的矛盾。所以,只简单地规定当事人“没有过错”的,仍然(按照法律)“应当承担民事责任”。(同上,第106条)其中隐含的道理可以说是,一个涉及民事损害的当事人,虽然没有过错,仍然应当在法律和道德上承担协助解决一个实际存在的社会问题的责任。(详细论证见黄宗智,2014a,第3卷:144-149)

有的中国法学家认为,以上讨论关于无过错侵权赔偿问题的看法是来自西方的“严格责任”法则。但那其实是对“严格责任”(strict liability)法则的误解。“严格责任”的概念依据的不是“当事人都没有过错”那样的事实概况,而是关乎危险产品的生产者,法律要求更严格地对待他们,为此,降低了举证方面的要求,受害者只需要证实产品有缺陷,便足以证明过失并要求赔偿。也就是说,无须证明对方有意造成对自己的伤害,只需证明对方在行为上(无论其用意如何),对自己造成了伤害。此中的关键概念是“疏忽性过失”(negligence)。(详细分析见 Grey,2014c [2001]:231、257)这绝不是说即便是在当事人都没有过错的事实情况下,仍然应当承担民事责任。这里我们再次看到,中国法律对待抽象法则和事实情况之间的关系,以及其中的道德责任的不同思维。(同上)

在道德推理之外,笔者曾经指出,这种思维方式是“从经验/实践到抽象再到经验/实践”的思维方式,和西方形式主义理性的“从理论抽象到具体事实情况再到理论”的思维方式十分不同。以上的讨论同时也说明,这样的思维和道德化思维也是紧密相关的,可以被看作中国法律思维中一个长期延续的特征,过去如此,今天也如此。

**(二)实质重于程序**

和以上论述的中国法律中的经验主义倾向相关的是“实体实际”重于法律程序的倾向。现代西方法律的一个基本原则是法庭只能依据在法定程序下证明的事实来做出判决。因为,那是在人为的制度下所可能做到的极限,而“绝对的真实”则只有“上帝”才能知晓。那样的形式主义法律所导致的是,侧重程序和(据此而证明的)“法庭真实”,而不是“实质真实”。美国法律体系中有不少法庭真实违反人们普遍认可的真实的例子——最广为人知的例子是辛普森(O. J. Simpson)的杀妻案。其背后的逻辑是,取证必须遵循法定程序,由此才可避免滥用证据,才可借以达到最客观的事实判断。其反面则是,为玩弄程序法律来证实或证伪违反实质的真实留下了一定的空间。

这里,“实体主义”的最清晰的例子再次是中国的调解制度。我们已经看到,主导这个法制领域的长期以来一直都是道德主义而不是法律条文。此外,调解过程中对待事实情况的态度一直都是实体主义式的,而不是程序主义式的,其目

的是让调解人掌握事实情况以便提出双方都能接受的妥协方案。调解人的调查多是纯粹实质性的，不会太多关心法定取证程序。这就和西方近年来所兴起的“非诉讼纠纷解决模式”（Alternative Dispute Resolution，ADR）很不一样：譬如，欧盟的部长委员会拟定了关于调解原则的协议，规定调解程序必须和法庭程序完全分开，调解程序中的证据不可用于法庭审判。（Committee of Ministers of the Council of Europe，1998）中国的法庭调解制度则没有做出这样的程序划分，而是两者合并的，同一个法庭和法官，调解不成，便即判决。这也是侧重实质过于程序的一个方面。（详细论证见黄宗智，2014a，第3卷：198-202；222-226）

事实是，中国古代法律长期以来一直都拒绝程序主义，而认为调解人和法官是能够并应该掌握实质真实的。那样的原则导致了一系列的相关制度安排：允许县官在搜集证据时较大幅度的灵活性，不会受到太多的程序约束，甚至可以在审讯过程中依赖对嫌疑人的察言观色而做出判断。同时，作为检验这种实体主义断案方式的方法，比较简单地要求当事双方的“对质”，并要求嫌疑人供认其罪行（哪怕只是用刑而获取的供认）。今天，这种传统仍然可见于被广泛使用的“坦白从宽，抗拒从严”制度。中国法律从来没有接受现代西方那样区分“法庭真实”和“实质真实”的程序重于实质观念。

这里我们应该承认，如此的实体主义法律的做法，包括对程序法律的抵制，比较容易演变成为现代西方法律所不能接受的对嫌疑人应有权利的侵犯。我们知道，近年来有许多关于中国刑法制度广泛使用“刑讯逼供”来强迫嫌疑人认罪的报道。目前，中国的刑事制度似乎无法克服对嫌疑人的“沉默权”（“米兰达规则”，Miranda rule）规则的制度性障碍（无论其提倡者的用意多么善良）。在现有的制度环境中，嫌疑人如此的要求只可能被理解为“抗拒”，接着来的只可能是“从严”。刑事制度整体所关心的仍然主要是工具性的司法效率，而不是西方法律强调的“正当程序”（due process）和“（在被证明有罪之前，应该做出）无罪假定”（innocent until proven guilty）。据统计，1979—1999年间，全国共有令人震惊的四千多件“立案查处刑讯逼供案件”（1990年472件，1991年409件，1995年412件，1996年493件，其中错判案件无疑占较高比例），而这些数据肯定只是实际使用刑讯逼供案件中的较小比例，因为嫌疑人要克服很大的困难来挑战整个刑事制度才有可能让自己的案件被正式立案查处。这样看来，目前“冤案”数量是不小的。但是，有的学者还是争论，少量的误判只是整个高效率低成本刑事制度所付出的较小代价。（例见左卫民，2009）事实是，中国的刑事制度仍然是一个威权主义的制度，去适当保护嫌疑人权利的制度还有较大的距离，亟须改革。（详细论证见黄宗智，2014a，第3卷：268-272；亦见黄宗智，2010）

但是，这里需要指出，道德主义和威权主义法律之间并没有必然的连带关系。我们已经看到，韦伯特别指望法律能够成为一个独立的、由专家们组成的、不会受到外来权力——统治者或非法律专家的道德价值或意志——侵入的领域。他甚至反对普通法传统中的陪审团制度，认为那样会让普通人的意志和道德价值干预法律的运作。（Weber，1978：813-814）但是，他的这种批评被普通法国家相当高度的司法独立性所证伪，正如他对德国法律体系独立性的信仰被后来的纳粹主义统治所证伪。和普通法的非专家陪审团制度类似，中国儒家的仁政理念并不一定会妨碍司法独立。历史上儒家思想与专制主义的结合是具有一定的偶然性的。初期的儒家道德思想是因为和后来的专制皇权制度结合而后导致了所谓的“帝国儒家主义”（imperial Confucian-

ism)统治意识形态(Legge,1877-1878)。即便如此,儒家的道德思想(和仁政理念)无疑仍然软化了强硬、专制的法家思想,塑造了县官为"父母官"的隐喻(而不简单是严峻的父权)。

**(三)法律体系中的实用性与"实用道德主义"**

此外,中国法律中的道德主义一直是与实际效用考虑结合的。清代法律中这样的例子很多。譬如,《大清律例》规定"父母在,子孙别立户籍分异财产"是要受到惩罚的。法律要求的是多代同居家庭的道德理念。但是,鉴于已婚兄弟之间(由于妯娌不和等矛盾)不容易相处的现实,法律继而又十分实用性地规定"其父母许令分析者,听"(《大清律例》,律87,条例1)。我们知道,有清一代,如此父母在世时的分家析产已经成为普遍的社会现实。这是帝国时期法律体系同时确认道德理念而又允许其实用性调节的例子。它是个适应社会现实的做法。(详细论证见黄宗智,2014a,第3卷:134-135)

在当代中国,类似的例子可以见于以上讨论的婚姻和离婚法律。中国共产党在其革命早期,由于婚姻和离婚自由的道德理念,在1931年中央苏区颁布的《中华苏维埃共和国婚姻条例》中,不仅允许双方同意的离婚,还规定"男女一方坚决离婚的,亦即行离婚"(《中华苏维埃共和国婚姻条例》,1931:第9条)。但党很快就发现,这样的规定是不符合社会现实的,因为结婚,尤其是在农村需要巨大的花费(相对家庭的经济情况来说),是一辈子一次性的大事。一般父母亲不会赞同比较轻率的结婚和离婚。面对农村父母普遍反对的现实,党很快就做出退让,先是禁止抗战军人妻子单方面要求的离婚,借以保护革命军人的利益——对党来说,军人的忠诚当然是个特别紧迫的考虑。随后则是决定把调解(和好)作为离婚前的必经程序,先是由社区干部来调解,而后是基层政府机构,不然法庭不受理,而即便在受理之后,法庭也必须先试图调解,调解不成才可能判决。这是党处理婚姻—离婚自由理念和社会实际间、法律条文和实践需要间的差距的实用性方法,一起一起地来处理有争执的离婚纠纷,为的是尽可能使党和民众间的矛盾最小化。(详细论证见黄宗智,2014a,第3卷:第4章)

在毛泽东时代的中国,离婚纠纷占据到法庭处理案件的绝大比例,而其对调解的广泛使用促使国家的正式法庭制度在其他民事领域中也同样使用调解。笔者曾经详细论证,传统法庭其实很少使用调解而更多依赖"断案",因此,当代法庭的广泛使用调解可以称作正式法庭制度的"调解化"。我们甚至可以说,法庭调解其实是中国共产党在离婚法实践中所发明的一个实用性制度。(同上)

当代中国对离婚法律的实用性做法也可以见证于其较普遍的立法经验:只有在经过较长时期的实验之后,证明某个法则是被人民接受并行之有效的,是符合社会实际并可以成为指导社会发展的准则之后,才会被纳入法律条文而正式颁布。(同上)

我们上面已经看到,把夫妻感情作为婚姻和离婚的关键准则在20世纪50年代便被广泛使用,但一直要到1980年,方才被纳入法律条文而正式颁布。这是一个可以灵活使用的法则,可以同时照顾到稳定婚姻关系的目的(区别于被视作西方资产阶级对待婚姻的轻佻态度),以及"离婚自由"的革命理念。(同上)赡养和财产继承法则同样。法律规定了男女同等的赡养责任和继承权利,但是在农村的法律实践中,一直(由于女子多"出嫁"的社会现实)主要只由儿子继承和赡养。最终,1985年的《继承法》规定,尽了赡养(的道德)义务的子女在继承财产时可以多得,没有尽义务的少得,如此非常实用性地解决了法律理

念和（农村）实践间长期以来的矛盾。

以上的具体例子说明的是，当代中国法律实践展示了一定程度的“实用主义”，而其实用性是和关乎应然的前瞻性道德理念并存的。这种倾向也可以见于传统法律和其实践，例如关于分家的法则：法律虽然规定儿孙在父母去世之前分家是要受到惩罚的，但是，如果父母亲允许，则可以分家。如果和美国的法律实用主义相比，中国法律的“实用道德主义”在实用考虑之上，还附有前瞻性的道德理念，使法律得以成为推动社会变化的动力，避免陷入简单化的实用主义和经验主义所可能导致的纯粹回顾性。（详细讨论见黄宗智，2014a，第3卷：229-231）

## 四、法律中负面的非理性道德价值

以上论证的是，道德准则应该指导中国法律。这并不是说道德一定要完全取代现代西方法律的个人权利原则，而是说它应该扮演一定的角色。譬如，在没有过错的纠纷中，道德和其所主导的调解体系肯定是适用的。此外，本文论点的用意是提倡今天仍然要延续中国长期以来的道德化法律特征，尤其是涉及家庭关系的法律，在调解制度的例子之外，赡养法律、当代的产权和继承法律、婚姻和离婚法律中的“感情是否确已破裂”准则等。此外则是中国革命的社会平等和公平理念——虽然在朝向市场化和个人主义的转型过程中，实际运作多忽视了这些革命的道德价值。这些都展示了道德理念在法律中的不可或缺。我们可以把这些例子看作“合理的”实体主义—道德化法律。

但是，必须承认，道德主义也可能变成压迫性的。中国法律实践中有众多这样的例子——即便是“好”的用意，也可能导致“坏”的结果。一个明显的例子是帝国皇权对家庭伦理的应用，把君臣、君民关系等同于威权主义父亲和子女间的关系，导致了极端专制主义的统治，基本把臣民等同于幼年孩子，也是今天被广泛使用的“刑讯逼供”制度的一个肇因。下面我们再举两个具体的负面例子来阐明这个论点。

### （一）贞节作为压迫妇女的道德价值

一个例子是男女高度不平等的社会中关于性行为的道德观。清代法律关于贞节的观点的部分法律建构是，妇女是个缺乏独立意志的消极体，而后从那样的建构得出关于妇女“和从”其侵犯者的罪行，包括“和诱”、“和略”、“和卖”，甚至“和奸”。笔者曾把这套概念称作“消极的能动性”（passive agency），既非独立自主，也不是没有抉择。那样的建构，结合对妇女贞节的苛求，促使法律制度对妇女做出不切实际的要求，要求她，即便是在冒着自身被伤害或被杀威胁的情况下，证明自己曾经拼命抵抗。不然的话，便会涉嫌和从对自己的侵犯。对许多妇女来说，在面对那样的嫌疑下，最终只能用自杀来表明自己的清白。（详细论证见黄宗智，2014c；亦见黄宗智，2014a，第2卷：第9章）

赵刘洋敏锐地指出，清代和当代中国显示的是妇女占据超常（在国际比较视野下）比例的自杀率（多于男子），而经过相当多案例的审视，赵初步假设妇女自杀的原因多与道德伦理相关。（赵刘洋，2014）果真如此，我们看到的将是，法律不切实际的道德要求的结果是对妇女形成了严酷的压迫，导致超常规模的自杀。

### （二）超前的性别平等追求对妇女的负面影响

如此的负面效果也可见于与上述例子相反的一个例子，即超前的道德理念追求导致对许多妇女的伤害。在20世纪50年代初的婚姻法运动中，共产党大规模动员妇女参与婚姻解放运动，目的是要终止一夫多妻、婢女、童养媳、父母包办

和买卖婚姻五大类型的“封建婚姻”。许多妇女响应了党的号召，奋起要求解除那样的婚姻，但她们发现，自己面对的是强大的阻力，包括来自家长、男子甚至党政干部的抵制。结果是，根据官方公布的数据，在1950年到1953年间，每年平均有七八万妇女因此自杀。(《贯彻婚姻法运动的重要文件》，1953：23-24；亦见黄宗智，2014a，第3卷：99-101)那样的结果说明，法律和政策超前的道德追求可以造成对妇女的大规模伤害，甚至比落后的道德要求还要严重。

以上所举例子的目的不是要争论法律不应该带有应然的道德价值观，而是要说明其局限以及法律需要适当和实用性地纳入应然道德准则，而不是(像韦伯那样)完全排除使用应然的(道德)准则，拒绝以此来推动社会演变——这是后面还要讨论的问题。

## 五、盲目引进西方取证程序法律的问题

提倡全盘西化的当代中国法学家们(像韦伯那样)要求完全拒绝道德准则而引进西方各方面的法律和法则，包括其程序法。上面我们已经看到，“米兰达规则”(沉默权)的引进并没有能够起到应有的结果。这里我们要考虑另一个完全无视中国实际制度环境的例子。

世纪之交以来，中国把引进的西方取证程序法适用于离婚。原来的动机是不错的：鉴于中国刑法中被告嫌疑人权利的缺失，立法者意图用西方的取证程序法来加强被告的权利。具体来说，是把原来的法官的取证权力和责任转给诉讼当事人，前者被称作“法官职权主义”的观点，后者则是“当事人主义”的观点。(详细论证见黄宗智，2014a，第3卷：第5章)在引进西方法律的大潮流下，这样的取证程序改革被同时用于离婚法领域。但在该领域，实际效果并没有加强当事人的权利，而等于是从离婚法领域废除了任何取证。中国的离婚法律条文特别关心的是三项问题：一是夫妻间是否有虐待和暴力的问题，二是有没有第三者，三是夫妻感情到底如何。此前，这些问题的答案是由法官通过与社区亲邻的访谈来确定的。但在新的取证程序下，取证权力理论上转到了当事人，但一般的当事人其实都无法提供关于此三项问题的证据。一个重要的原因是，人们普遍不把法庭的证人传唤当回事，而目前的法庭制度又没有(像美国那样的)提供出庭做证人的补贴制度。在欠缺证人的情况下，离婚法的实际运作基本无法提供关于上述三项问题的证据。因此，法律实践基本不再考虑法律条文原来定下的准则：即凭借对夫妻感情状态的判断来决定是否允许离婚，以及凭借有没有涉及过错，即一方与第三者的关系或虐待其配偶的行为，来确定怎样分配夫妻财产和孩子的抚养权。结果是，离婚法在实际运作中变成几乎与西方“不论过错”相似的制度，基本不再考虑实质性和道德性的问题。离婚法庭越来越趋向一种官僚形式化的操作，即在当事人第一次提出离婚申请时，一般都不允许离婚，而在其第二次提出申请时，则几乎没有例外地允许离婚。这等于是整个离婚法体系的一种去道德化，加剧了人们，尤其是城市的青年，在婚姻态度上越来越漠视道德观念的倾向。(同上)

这个例子指向的是一个更大的问题，即引进的去道德化形式主义法律的总体性后果：引进的形式主义法律不但没有起到纠正、抵消或减轻伴随市场化和资本化而来的，社会和人们生活中普遍的去道德化和消费主义化，而是加强了那样的趋势。这里我们可以联想到影片《秋菊打官司》：秋菊的丈夫被村支部书记踢在“要命的地方”，秋菊要求的是旧式道德化的“赔礼道歉”，但书记拒绝道歉，秋菊只能试图向上面的司法机关“讨个说法”。但她发现，新的形式主义化法律体系根

本就不考虑旧的那一套，她无法讨得她所要的公道。而最后，在影片的结尾部分，秋菊突然发现，公安部门按照新法律认定村支书犯罪伤人，因而对他实施刑事拘留，但那根本不是秋菊所希望讨到的公道，使她感到惘然若失。我们可以说，用引进的新式法律来替代旧的高度道德化的正义体系，其结果是加剧了伴随市场化和个人主义化而来的道德真空化。在我看来，这也是法律应该带有道德价值观的部分原因。

## 六、怎样决定纳入或排除哪些道德准则？

“善法”和“恶法”并存的实际不可避免地突出一个具有长久历史的问题，一个使我们联想到自然法和实证（主义）法间争执的问题，即道德在法律中到底扮演什么样的角色？也许更重要的问题是，如果道德准则确实不可避免地存在于法律之中，我们该怎样来决定不同道德准则的取舍？我们上面已经看到，对韦伯来说，法律应该排除道德准则，不然的话，它们会成为统治者或利益团体侵入法律领域的途径。在他看来，道德价值是极其多样和易变的，不能凭借形式理性来统一和普适化；对他来说，惟有形式主义演绎逻辑才可能达到他所认定的“理性”标准。正因为如此，他认为“实体主义”最终只可能是“非理性”的。事实是，他虽然没有像兰德尔那样简单地把法学等同于几何学，但在坚持法律超越时空的普适性上，是和兰德尔基本一致的。

韦伯代表的其实是现代西方法学和哲学中，把法律和道德、司法和德性作为非此即彼二元对立的倾向。形式主义理性主张的是普适性（如人权、演绎逻辑、法学乃一门科学），而实体主义道德倾向的则是特殊性。在韦伯那里，道德被视为局限于一定时空情境中的德性；它不可能超越时空而凭借逻辑被证明为普适原则。在现代西方的法学和哲学中，普适主义对特殊主义，法律对德性，其实是一个最基本的分歧。③这也是后现代主义为什么会特别强调特殊主义，针对现代主义的普适主义而主张把一切历史化，把法律置于具体的时空情境中，并在价值观上侧重传统、历史和地方的特殊性。

对主张普适性与特殊性是必然并存的而不是非此即彼对立的人来说，我们要问的是：在形式主义理性的强势之下，道德（与历史）要怎样才能够争取到其在法律领域所应有的地位？特殊性（或实体道德）要怎样才能够和“理性”、“科学”以及普适性连接上而不被完全局限于历史和特殊？同时，在全球化的今天，特殊以及“中国特色”要怎样才能与西方所声称的普适性“接轨”，成为西方法学界所能理解的原则？

要回答以上的问题，我们首先需要区别“抽象化”和“理想化”。韦伯是倾向拼合两者的，他的形式主义理性是对历史现象的抽象化，但也更是对该抽象概念的理想化。我们需要明确，“抽象化”（或概念化）固然是推理的不可或缺的步骤，但理想化则不是。正是理想化，而不是抽象化，才会很快被等同于实际而成为对实际的过分简单化。清楚地区别两者可以允许我们探寻没有理想化的概念化道路，也就是比较符合实际的抽象化。④

这里，西方近代屹然超群的哲学大师康德（Immanuel Kant）可以成为我们的重要资源。在他那里，我们可以找到强有力和细致的推论，说明理性绝对不仅仅限于形式理性（理论理性）。要把理论理性和行为／实践连接打通，需要的媒介是“实践理性”，亦即关乎指导行为的道德准则的理性。⑤纯粹的理论理性既是抽象化的，也是理想化的；实践理性则可以是没有理想化的抽象化，可以用来指导行为。

康德的实践理性还需要和一些其他的实践区别开来。它不是预定目的的行动，也不是为达

到某种利益的工具性行动，并且不仅仅是纯特殊性的行动，因为那些都不可能凭借“理性”来证明是普适的。对他来说，“实践理性”的关键在于他的“绝对命令”（categorical imperative）准则：“你要仅仅按照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”。⑥正是这个绝对命令连接、打通了特殊性和普适性，能够使特殊的道德观念理性化，使道德理性能够成为指导真实世界中行为的准则。实践是应该由能够通过“绝对命令”标准的准则和法则来指导的。（奥诺拉·奥尼尔［O’Neill］，1996：49-59有对康德的实践理性特别精辟的解读）

从以上的视野来考虑，韦伯单一地偏重形式主义理性是对理性比较狭窄的理解。他建构了形式与实质的非此即彼二元对立，没有考虑到实践理性，而它才是连接理论理性与实际行动的不可或缺的步骤。这方面的欠缺，以及其对抽象概念的理想化，乃是促使韦伯最终成为一位主要是普适主义唯心主义思想家的原因，虽然他确实也是一位同时考虑到特殊性的比较史学家。更具体地来说，虽然他在叙述历史演变（而不是理想类型）时，偶尔也会考虑到不同类型的“悖论”结合，譬如上面所述，他曾把社会主义法律认作“实体理性”法律，但他没有加以仔细论述，并且最终还是强调了其非理性。（详细论证见黄宗智，2014a，第1卷，总序：013-016）又譬如，在叙述中国的政治体系时，他提出了“世袭君主官僚制”的混合体概念（混合其世袭君主制patrimonialism和官僚［科层］制bureaucracy两个理想类型），但同样没有加以详细说明，并且最终仍然强调了其实体非理性。（详细论证见黄宗智，2014a，第1卷：185-188；亦见Weber，1978：1047-1051）也就是说，在面对其理想类型和历史实际之间的张力时，他最终倾向的是重申自己的理想类型并把其等同于历史实际，所选择的仍然是理想（类型）化，而不是建立连接、合并理想类型和实际情况的概念／理论。我们这里要做的则是后者。

这里，我们可以再进一步引用奥尼尔（O’Neill，1996：49-59）来区别只适用于某种具体情况下的特殊道德价值，和能够适用于在同一情况下的别人的道德准则。康德的实践理性是区别这两种准则的关键。然后，把后者更区别于适用性较狭窄的实践理性准则（例如，处于某一种事实情况下的所有的人），和适用性更广的准则（例如，适用于某一时代的所有中国人，或更为广泛的，甚至适用于全人类的准则）。本文讨论的众多实例可以视作一个从狭窄到宽阔的连续体的后一类准则。这是一个可以把康德绝对命令付诸实用的解读。

在儒家思想中，相当于康德赖以对众多道德准则做出选择的“绝对命令”，可以理解为这样一个标准：此准则达到“己所不欲，勿施于人”的“黄金规则”的标准了吗？同时，我们要加上这样一个现代条件：“能够适用于所有的公民吗”？儒家这个“绝对命令”固然没有像康德的那样，附带着非常“现代”（启蒙时期）的个人自由（道德）选择的前提概念：在西方的传统中，突出那样的抉择，是和过去的自然法思想十分不同的认识——后者的出发点不是个人自身内在的自由抉择，而是被认作给定的、客观存在于自然的准则。这个不同可以被视作一个划时代的变化。（邓晓芒，2009）但儒家思想可以被视为起码暗示了主观的道德抉择，至少对“君子”来说如此。当然，儒家思想在其初期之后，和专制皇权紧密结合，变成了专制主义的统治意识形态，而不再是简单的道德哲学。这是儒家思想今天之所以成为过时的思想的缘由，但道德思想本身则可以说是中国文明持久延续的基石。

如此的道德理性（加上适用于全体公民的现代化条件），足以遏制以上讨论的负面例子。它

不会允许脱离实际和法律用意的程序法改革，也不会允许男子和女子那么悬殊的性道德要求及其所造成的对妇女的伤害，或者超前的不实际政策／行动及其所造成的对许许多多妇女的伤害。它们显然不该成为普适的法则。但男女平等和婚姻—离婚自由则是能够通过“可以成为普遍法则”标准的道德准则，可以赖以推进向男女公民平等社会的演变。至于婚姻和离婚应以夫妻“感情”为主要准则，尽了赡养义务的子女在财产继承上可以多得（反之则少得），家庭化的土地房屋产权，没有过错的造成民事伤害的当事人也应负一定的道德和法律责任等，则是可以推广、适用于一般公民的法则。我们不一定需要引进康德的绝对命令以及其对西方法律的特殊影响，更不需要简单凭借韦伯单一的形式理性来推进中国法律的“现代化”。儒家的道德主义传统本身便是一个可以用于现代实践理性的资源。

我们如果再加上中国法律所展示的实用方法——经过实验证明是被人们广泛接受并行之有效的，方才正式立法颁布——我们便可以比较清晰地看到一条不仅能够从众多道德价值中做出选择的道路，也能够看到适应社会变迁而进行法律修改和创新的道路。

## 七、长时段历史视野下的法律和道德问题

### （一）“法律的儒家化”？

从长时段的历史视野来看，瞿同祖先生关于“法律的儒家化”的论点也许需要根据以上讨论而加以补充和重新理解。对瞿先生来说，“儒家化”的核心含义是从汉代开始，在之前的法家法律里纳入了儒家尊卑等级法则及其相关的礼仪，亦即在法家的“法”中输入了儒家的“礼”。而“礼”不仅是关乎“民事”领域的道德准则，更多是涉及按照尊卑身份来定刑的刑事领域法则。（Ch’ü，1965：第6章，尤见第267—279页）这是个被法史学界广泛接纳的论点。⑦

我们首先要指出，到有清一代，尊卑等级和阶级的观念已经不再那么重要，许多之前的规定已经不再存在于法律条文和实践中。譬如，从雍正时期开始，许多贱民——如乐户、蜑民、雇工人等——与“良民”间的法律身份划分被消除。（瞿先生本人也提到这点，见Ch’ü，1965：281-282）在清中叶以后的“细事”（民事）案件档案中，我们基本看不到“贱民”的身影。同时，之前禁止有功名的“士绅”和妇女提起诉讼的规定也明显松弛化——案例中有不少这样的士绅（主要是生员、监生，偶尔也有举人）和孀妇的例子。同时，我们可以在法律中看到，占据人口绝大多数的一般小农越来越占到法律所关心的中心地位，亦即白凯（Kathryn Bernhardt）之所谓“法律的小农化”。譬如，因为婚姻的“彩礼”对农村人来说乃是一辈子一次性的大花费，已经接受了彩礼的家庭的即将出嫁的女子，与之前不同，被法律认作已经是未来夫家的人，当作已出嫁的女子来对待。（Bernhardt，2014）但家庭内部的尊卑关系则比较强韧延续，变迁比较缓慢。

直到20世纪，伴随革命，越来越快速的城市化和工业化，以及改革时期的农民外出打工，阶层间和家庭中的尊卑划分也更快速变化。随之而来的先是皇帝制度的消失，而后是等级区别的更进一步弱化（当然，农村和城镇户籍制度除外，见黄宗智，2014a，第3卷，附录3：301-328；亦见黄宗智，2013），以及家长威权的弱化，亦即瞿同祖所强调的儒家思想核心。事实是，尊卑等级划分以及与之相关的礼仪今天大多已经成为不合时宜的过去。

但我们不应就此认为儒家化和儒家传统已经不再存在于中国法律和文明中。其实，部分儒

家思想体系的消失一定程度上揭示了更为深层的儒家和中国文明的特征，在剥去了过时的表层之后而显得更加清晰。正如以上的论述指出，真正坚韧的特征是关乎家庭关系的道德价值，在连接具体与抽象中侧重经验的思维，以及对待基本性文明挑战的一种态度和倾向。

上面我们已经看到，深层的道德观念在法律中的顽强持续：例如“和谐社会”的道德价值（可以见于用调解制度的理论与实践来维持社会“和谐”）、赡养父母的孝顺法则，以及家庭化的财产法则等。在更深的层面，则是一种思维方式，即结合道德主义和实用考虑，组成了笔者之所谓实用道德主义。它包括侧重经验过于抽象理论，要求寓抽象法则于具体事例的思维，以及侧重实质真实过于形式化和程序化真实的法理。（当然，现有官僚体系的运作仍然严重偏向形式和仪式多于实质，但这是源自官僚体系的运作机制而不是道德价值观或法理思维的问题。）

更深层的是对待众多二元主义建构的一种基本思维倾向。现代西方的倾向主要是把二元性视作非此即彼的二元对立，诸如现代与传统、西方与非西方（的“他者”）、形式与实质、理性与非理性、形式主义与实体主义、普适主义与特殊主义、法律与道德等。这样的基本倾向可以清晰地见于韦伯——他也许仍然可以被视作既是西方现代主义最出色的代言者，也是其最出色的分析者之一。这种思维倾向的关键是演绎逻辑及其所强调的逻辑一贯性，区别于互相排斥的矛盾性。如此的思维是制定非此即彼二元对立形式化公式的来源。

中国和儒家的倾向则不是把这些二元性建构看作非此即彼的对立，而是把其视作并存的、相互作用的以及结合的。这当然是“中国思维”对待男性与女性、光明与黑暗、热与寒、不变与变等二元性的基本态度。这点可以见于仍然具有一定影响的《易经》，更可以具体地见于历史上儒家和法家间的关系，一如“外儒内法”、“阳儒阴法”等词句所表述的那样。上面已经指出，儒家思想正是从那样的思维来回应法家的挑战的，后来也是那样来回应来自一系列北方草原民族的挑战，以及（印度）佛教对中国文明的挑战的。鉴于如此的历史先例，我们也许可以预期中国文明最终也会这样来回应西方法律和文明的挑战。

作为一个侧面的观察，我们可以进一步指出，如此的对二元主义建构的“中国思维”也经历了伴随马克思主义理论而来的“辩证法”的挑战。后者不是韦伯型的非此即彼二元对立思维，而是正题、反题、合（成）题的思维。用于生产方式理论，它指的是从封建主义的否定到资本主义的再否定而后到社会主义的演变。用于阶级斗争，它指的是反封建地主（对佃农的）剥削的阶级革命，而后是反资本家（对工人的）剥削的革命而导致的（合成的）社会主义。而毛泽东思想对这样的辩证法的理解则是在那样的“对抗性矛盾”（需要通过阶级斗争来解决）之上，补加了“人民内部”的“非对抗性矛盾”，借此而保留的是中国文明思维中对二元性的基本思路。（毛泽东，1937：308-310）在毛泽东时代，中国确实曾经更多地倾向非此即彼的二元对立观，但今天则已经再次像儒家那样侧重二元共存和互补，而不是对立和相互排除。从长远的历史视角来看，也许二元的互补性才是中国思维真正的基本倾向。

这里，“悖论的二元共存”（paradox）一词——表面上（根据西方理论）是对立的（矛盾的）和不可并存的现象，但其实都是真实而并存的——也有助于阐明这里的论点。（详细的讨论见黄宗智，1993）它可以适当地用于韦伯所认为是相互排除的矛盾，如西方和中国，现代性和传统，法律和道德。儒家思想所添加的是，在并存以上，这些二元性可以是互动的（我们可以说，类似于生物世

界而不是机械世界中物与物的关系），或互补的，或被融合的。

面对二元性的现实，儒家的根本思维是选择“中庸之道”，让“悖论的”两者并存。再加上共产党所接纳的现代进步理念以及马克思主义的辩证思维，我们还可以得出超越二元性的新合成体的思路。沿着儒家的“中道”来考虑，关键在不偏重任何一方，而在以一个宽阔的框架来允许两者的互动，犹如历史上的儒、法结合，实际上既包含“法家的儒家化”也包含“儒家的法家化”，而不是简单的“儒家化”。瞿同祖“（法家）法律的儒家化”一词其实容易引领人们错误地理解为法家被儒家所取代。⑧

如此的调和与结合的思维倾向很可能是中国文明的一个根本和深层的特征。它指向的是同样对待形式理性的西方现代法律和实体主义的中国法律。它其实也是一些已经被做出的重要抉择背后的思维，诸如结合代表“无产阶级”的共产党和代表新生产力的资本家的“三个代表”思路，结合计划经济与市场经济的“社会主义市场经济”，结合西方和中国以及现代性与传统的“（中国特色的）现代化”等。

很大程度上，这些其实不简单是思想上的抉择，而更是适应给定的现代中国的基本现实，即中国传统（古代的和革命的）和西方影响的不可避免的并存，乃至今天的计划经济和市场经济的并存以及社会主义和资本主义的并存。从这样的视角来看，中国法律传统和西方法律、道德主义—实体主义和形式主义—理性主义的并存只是这幅大图像中的一个部分。它有可能成为旧儒家—法家的结合那样的具有同等长久性的结合。

**（二）走向更精确地阐明“中国的方式”**

以上的论点如果笼统地表述，可以变得模糊和庸俗，像“阴阳”、“五行”、“八卦”等与时代不合的传统概念。“中道”同样可以成为不清不楚的“和稀泥”思维，也容易成为停滞（和保守）的、只有重复和循环的观念。那样的思维显然不可能成为现代中国法律体系或文明的主导思维。

笼统含糊的“中国思维”也容易成为没有实质的修辞。正如众多学者已经指出，在今天模糊不清和自相矛盾的意识形态下，众多中国官员正肆无忌惮地在道德真空中追逐个人利益。在那样的大环境下，“中道”和“互补性”等言辞很容易变成掩盖腐败的说辞。那当然不是本文的用意所在。这里的目的是要清晰、精确地说明结合两者的原则，以及法律体系在法理和实用层面的含义。

上面已经论证，两者的结合意味的首先是，法律体系中的调解和判决以及其不同逻辑的并存。前者更侧重传统，是以和谐和“无讼”的道德理念而不是个人权利为出发点的。在实际运作中，它最适合用于没有法律过错的纠纷，其目的是依赖妥协和道德劝告来解决纠纷，并尽可能避免当事人之间长期的相互仇视。但是，在一方有过错的纠纷中，则更适合明确依法判决对错，而不是模糊法律原则而默许同样错误的重犯。⑨这样，不是要用含糊的、不分对错的调解来解决所有的纠纷，而是要求更精确地鉴别什么样的具体情况下使用调解，什么样的情况下适用判决。用意是要阐明道德和法律怎样具体协作。

我们还要清楚区别法律理论和实践。理论理性要求的是逻辑上的一贯性，现实和实践则多是复杂和含糊的，既包含相互排斥的二元矛盾（contradiction），也包含并存（co-existence）或互补性（complementarity），乃至调合性（syncretism）、互动性（symbiosis），更可能包含（促进）合成性（synthesis）或超越性的融合。表面看来，这样的观点也许是含糊不清的，但其基本含义则是这样一个清晰精确的概念，即具体事实情况和实践几乎必然带有含糊性和无限的可变性，不该被违反实际地简单化。这正是为什么“理论理性”要通过“实

践理性”的媒介才可能理性地与实践／行为连接，而不是像韦伯那样，把经过抽象化的实际进一步理想化，以至于违反实际。在我看来，如此区别理论逻辑性和实践模糊性与非逻辑性、法典与社会实际、法则与实际运作，才是对真实世界的精确掌握，而不是对其违反实际的理念化、简单化。

如此区别理论与实践，以及如此理解理论与实践间的关系，可以成为当前指导立法和法律实践的思想。要把理性和逻辑用于立法，一个可行的途径是，用儒家的道德推理于立法，亦即用（可以被认作是康德的）实践理性和“绝对命令”来决定道德准则和法则的取舍。它们有没有达到“己所不欲，勿施于人”并适用于所有中国人的标准？在上列的具体例子中，使用调解于无过错的纠纷、家庭化的产权、赡养父母的义务、以夫妻感情为准则的离婚法律、没有过错的意外损害中的道德义务等，应该是符合这样的条件的。同时，过去采用的立法做法，即通过一定时期的实验，证实是被人们接受的并行之有效的，方才正式纳入法律条文，也可以被视作采用那样的标准的一种方法。（这和哈贝马斯所提倡的通过树立程序法律来让人们充分沟通和理性地辩论，以此作为立法抉择的途径颇不一样。）另一方面，把人民当作幼童的专制政府、性别间的道德等级区别、超前的不实际追求、脱离实际的程序规定、刑讯逼供等则不可能达到上述适用于所有人的法则的标准。

如此应用实践理性／推理可以建立一个既符合道德准则也符合理性法则的，既是具有中国特色的也是与西方“接轨”的现代中国法律体系。如果强行做出韦伯型形式理性法律与实体主义／道德化的法律之间非此即彼的抉择，结果肯定不符合中国实际情况。无论强制执行哪一种选择，都会在具体实践中与中国实际脱节。承认真实世界的复杂性，以及已经给定的中国传统和西方影响、过去和现在的并存，才是恰当的选择，也是唯一符合实际的选择。如此才是既理性又实用的思路，即便不是非此即彼的韦伯之所谓形式理性的。

以上讨论的实际法律例子也为我们阐明了不同性质的结合。譬如，非正式调解制度和正式法庭制度的并用，可以视作并存性的结合（co-existence）或悖论性的并存（paradox），而两者之间的半正式调解和调处以及法庭的调解，可以视为一种互动性（symbiosis）、互补性（complementarity）或融合性的结合。在侵权法中，区别有过错和无过错的民事损害，是一种调和（引进的）抽象法则和不同逻辑的具体事实情况的结合（syncretism）。尽了赡养义务的子女在继承财产时可以多得的创新性法则同样。在婚姻法中，以夫妻感情为准的法则可以被视作对传统凭借彩礼的婚娶的否定，而后又对（“资产阶级”的）合同婚姻的再否定，最终通过实践和普适准则而得出的则是以感情为准的一种“合成”性的法律（synthesis）。

以上的逻辑链是，从实际存在的现实出发，包括不可避免的二元性并存与结合，而后系统地检验法律体系的（道德）准则和（法律）原则是否足可达到根据中国的“黄金规则”的测验而成为普遍法则的标准，同时，通过实验来确定法律是否被人们接受并行之有效，如此来推进法律向应然理念的演变。更有进者，在众多的二元性建构中，区分真正对立、矛盾的二元以及貌似对立而实质上同是真实和并存的，或者是可以结合／调和、互补、合成的，甚至超越性地融合成新颖体系的二元性。如此的创新性立法进路才是实际的和实用的，也是现代的，并且既是道德化的也是合理的。这是和今天具有广泛影响的非此即彼二元对立的西化主义和本土主义法学思想完全不同的立法进路。本文探索的问题最终是：怎样建立一个同时符合逻辑、道德和实用的新中国法律体系？

参考文献：

陈锐，2004，《法理学中的法律形式主义》，载《西南政法大学学报》2004年第6期，第3—8页。

《大清律例》，“薛允升条”。

邓晓芒，2009，《康德论道德与法的关系》，载《江苏社会科学》第4期，第1—9页。

《贯彻婚姻法运动的重要文件》，1953，北京：人民出版社。

湖北财经学院（编），1983，《中华人民共和国婚姻法资料选编》。

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（第1卷：《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》、第2卷：《法典、习俗与司法实践：清代与民国的比较》、第3卷：《过去和现在：中国民事法律实践的探索》），北京：法律出版社。

黄宗智，2014b，《〈历史社会法学：中国的实践法史与法理〉导论》，载黄宗智、尤陈俊（编）：《历史社会法学：中国的实践法史与法理》，北京：法律出版社。

黄宗智，2014c，《清代与民国法律下妇女的抉择：婚姻、离婚与犯奸》，载黄宗智、尤陈俊（编）：《历史社会法学：中国的实践法史与法理》，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；又见黄宗智，2014a，第3卷，附录。

黄宗智，2010，《中西法律如何融合？道德、权利与实用》，载《中外法学》2010年第5期，第721—736页；又见黄宗智，2014a，第3卷，附录。

黄宗智，2009，《过去和现在：中国民事法律实践的探索》，北京：法律出版社；黄宗智，2014年增订版。

黄宗智，2003（2007a），《法典、习俗与司法实践：清代与民国的比较》，上海书店出版社；黄宗智，2014年增订版。

黄宗智，2001（2007b），《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》，上海书店出版社；黄宗智，2014年增订版。

黄宗智，1993（1991），《中国研究的规范认识危机——社会经济史的悖论现象》，载黄宗智《经验与理论：中国社会、经济与法律的实践历史研究》，第57—89页，北京：中国人民大学出版社2007年版；又见黄宗智，2014a，第2卷，附录。

李寿初，2010，《超越“恶法非法”与“恶法亦法”——法律与道德关系的本体分析》，载《北京师范大学学报（社会科学版）》第1期，第114—120页。

梁治平，1996，《清代习惯法：社会与国家》，北京：中国政法大学出版社。

毛泽东，1937，《矛盾论》，载《毛泽东选集》第1卷，第274—312页，北京：人民出版社1991年版。

苏力，2000，《送法下乡——中国基层司法制度研究》，北京：中国政法大学出版社。

苏力，1996，《法治及其本土资源》，北京：中国政法大学出版社。

韦伯，2005，《法律社会学》，康乐、简美惠译，桂林：广西师范大学出版社。

吴正茂、赵永伟，2006，《法律儒家化新论》，载《安徽大学教育学院学报》第2期，第57—60页。

薛允升，1970，《读例存疑重刊本》，黄静嘉（编校），全五册，台北：中文研究资料中心。引用按黄静嘉编律号、例号。

赵刘洋，2014，《道德伦理与法律实践：清代刑科题本中的基层社会女性自杀（1736—1820）》，未刊稿。引用经作者允许。

《中国统计年鉴 2013》，北京：中国统计出版社。

《中华民国民法》，1929—1930，载《六法全书》，上海法学编译社1932年版。

《中华人民共和国继承法》，1985，载《中华人民共和国法规汇编 1985》，北京：法律出版社1986年版。

《中华人民共和国民法通则》，1986，载《中华人民共和国法规汇编 1986》，北京：法律出版社1987年版。

《中华苏维埃共和国婚姻条例》，1931，载湖北财经学院（编）：《中华人民共和国婚姻法资料选编》，1983年。

周密，《齐东野语》。

左卫民，2009，《范式转型与中国刑事诉讼制度改革——基于实证研究的讨论》，载《中国法学》第2期，第118—127页。

Bernhardt, Kathryn, 2014, “A Ming-Qing Transition in

Chinese Women's History? The Perspective from Law," in Philip C. C. Huang and Kathryn Bernhardt (eds.), *The History and Theory of Legal Practice in China: Toward a Historical-Social Jurisprudcnce*, Leiden: Brill, pp. 29-50.

Ch'ü, T'ung-tsu (瞿同祖[Qu Tongzu]), 1965, *Law and Society in Traditional China*, Paris: Mouton & Co.

Committee of Ministers of the Council of Europe, 1998, "European Principles on Family Mediation," http://www.mediate.com/articles/EuroFam.cfm (accessed 29 July, 2005).

The German Civil Code (1907[1900]), trans. and annotated, with a historical introduction and appendices, by Chung Hui Wang, London: Stevens & Sons.

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

Grey, Thomas C., 2014b (1983-1984), "Langdell's Orthodoxy," *University of Pittsburgh Law Review* 45:1-53. Reprinted in Thomas C. Grey, 2014a, pp. 46-99.

Grey, Thomas C., 2014c (2001), "Accidental Torts," *Vanderbilt Law Review* 54, 3: 1225-1284. Reprinted in Thomas C. Grey, 2014a, pp. 198-257.

Habermas, Jürgen, 1986, "Law and Morality," trans. by Kenneth Baynes. The Tanner Lectures on Human Values, Harvard University, http://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/h/habermas88.pdf (accessed 11 Aug, 2014).

Legge, James, 1877-1878, "Imperial Confucianism," in *The China Review*, 1877, No. 3: 147-158; 1878, No. 4: 223-235; 1878, No. 5: 299-310; 1878, No. 6: 363-374.

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

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

Weber, Max, 1978 (1968), *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, Guenther Roth and Claus Wittich (eds.), trans. by Ephraim Fischoff et al. 2 Vols, Berkeley: University of California Press.

White, Morton, 1976 (1947), *Social Thought in America: The Revolt against Formalism*, London: Oxford University Press.

---

注释:

①以至于陈锐(2004)以反驳法学界对形式主义的普遍藐视为出发点,来争论需要更客观地对待形式主义。

②正如李寿初(2010)指出,前者认为"恶法"非法,后者则认为"恶法"亦法。

③Onora O'Neill,1996:第1章,明晰地总结了哲学和法理学界中普适主义和特殊主义、司法和德性两大倾向的分歧。

④Onora O'Neill(1996:39-44)有关于区别抽象化(abstraction)和理想化(idealization)的特别明晰的讨论。

⑤在本文脱稿之后,我非常诧异地发现,哈贝马斯(Habermas, 1986)曾经提出与本文相似的关于韦伯形式理性和康德"实践理性"的思路,但他的目的是论证他提倡的借助程序法来保证理性辩论和交往行动。

⑥这是邓晓芒(2009:6)的翻译。

⑦吴正茂、赵永伟(2006)一文是很有限的异议之一,下面将会引用。

⑧吴正茂、赵正伟(2006)强调此点来对瞿同祖先生的"法律的儒家化"提出商榷。

⑨至于在民事和刑事法律交接的地带,经过之前(从本世纪初开始)由于意识形态化的"和谐"理念所导致对"刑事和解"所可能起的作用的严重夸大,包括对西方修复性正义理论的错误援用,近几年来逐渐摸索出比较合理和实用性的做法,即把"刑事和解"限定于轻罪,尤其是青少年和大学生所犯,以及(疏忽性)"过失"等有限领域,逐步建立适用程序和法则。详细论证见黄宗智,2014a,第3卷:272-279;亦见黄宗智,2010。

责任编辑:周 慧

# OPEN TIMES

## 1st ISSUE, 2015

## CONTENTS


## FEATURE TOPIC I: VILLAGE OF COLLECTIVE ECONOMY

Village of Collective Economy 11

*Wang Jingxin, Peng Haihong, Lao Tian, Pun Ngai, Gong Yun, Ma Chongwei, Zhang Yinfeng, Liu Minquan, Luo Biliang, Zhang Xiaojun, Cao Jinqing, Yan Hairong, Xu Junzhong, Ma Guoqing, He Ming & Lu Huilin*

## FEATURE TOPIC II: HISTORICAL- SOCIAL STUDY OF LAW

Morality and Law: China's Past and Present 75

*Philip C. C. Huang*

Abstract: This article focuses on the combining of morality and law in China's past and present, and in theory and in practice, to analyze both the positive and negative dimensions of its influence. The point is to make clear not only that such a combination is both historically true and currently necessary, but also that it need not be fuzzy, but rather can be made precise and clear, with definable, rational principles. The intent here is to search for an approach to law that would be both Chinese and modern, consistent both with the fundamental predilections of Chinese civilization and with the practical needs of a "modern" China.

Keywords: formal rational law, substantive law, practical moralism, Chinese mode of legal thinking, practical reason

"Patrimonial Bureaucracy" and Chinese Law: Max Weber's Legacy and Its Limits 95

*Lai Junnan*

Abstract: Max Weber's thought about China within the framework of his sociology of domination is a crucial factor influencing his presentation of Chinese law. In his original theoretical design, "patrimonial bureaucracy" is a mixed or in-between state of irrational and rational types of domination, since it contains elements of both patrimonialism and bureaucracy. Thus, justice and administration under such domination are not completely arbitrary. Weber's assumption that world history increasingly moves toward full rationality, however, induces him to place China in the initial stage of the process of rationalization and the modern Western world at the end of that process. Under the influence of this thinking, Weber consciously or unconsciously neglects the bureaucratic