

“迈向实践”的法学

——读黄宗智著《过去和现在》

○ 陈柏峰

(中南财经政法大学 法学院, 湖北 武汉 430073)

〔摘要〕在著作《过去和现在》中,黄宗智先生坚持从“实践”出发展开研究,可称为“迈向实践”的法学研究。这种研究找到了沟通部门法学与理论法学的途径和方法,它可以以实践反思表达,从而有助于认识实践本身;可以以实践反思制度,从而使研究有政策意义;可以从解释实践出发建构理论,从而使研究有理论意义。这种研究有可能摆脱西方社会科学主流的主客二分法,成就真正理解中国法律实践的法治和法学理论。

〔关键词〕实践;法学;理论;黄宗智

长期以来,法学领域处于分割状态。部门法学专注于法律制度设计的技术细节,与理论法学缺乏沟通;理论法学则关注那些抽象得空洞的“理论”,习惯于自娱自乐,即便同属理论法学的法理学和法律史也是各自耕耘自己的份地,鲜有交流。法理学的主流要么在西方理论的观照下谈论法律的应然品格,要么满足于对领导人言论和执政党政策的法学图解;法律史的主流则要么敝帚自珍地醉心于传统法律制度的“事实”求解,要么妄自菲薄地从中西比附、以西附中的角度寻找传统中国法的“精华”、批判其“糟粕”,最终难免落入“普世价值”的窠臼。理论法学和部门法学最可能交叉的场合也许是对热点案件的评论,然而,由于共享着先入为主的价值预设,评论最终很容易变成意识形态的宣泄,而很难从中提炼出真正的理论问题。这样,部门法学难以为理论法学提供智识和理论资源,理论法学当然也无法给予部门法学切实的指导。

在学科藩篱日益严重的背景下,黄宗智先生的新著《过去和现在——中国民事法律实践的探索》^{〔1〕}绝对让人耳目一新。来自法学圈之外,有着法律史和经济史双重研究经历,身负中西文化双重性的黄先生,早已不为中国法律学人所陌生。即便如此,《过去和现在》这本新

作者简介:陈柏峰,中南财经政法大学法学院副教授,华中科技大学中国乡村治理研究中心研究人员,博士。

著还是有着十足的新鲜感。如果说黄先生之前的两部法学著作（《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》、《法典、习俗与司法实践：清代与民国的比较》）还局限于法律史，而《过去与现在》一书则延伸到了当代，这种延伸沟通了部门法学与理论法学，连接了民法学、诉讼法学和法律史、法理学。

更重要的是，黄先生找到了沟通部门法学与理论法学的途径和方法，并身体力行地在具体研究中予以践行，其核心是“实践”，即从“实践”出发展开研究，可称之为“迈向实践”的法学研究。黄先生区分了三种相互联系而又有所不同的“实践”：相对于理论而言的实践、相对于表达而言的实践、相对于制度而言的实践。在此基础上，他展开了实践历史—现实的考察，具体内容包括社区调解、简约治理、离婚法实践、法庭调解和判决等。其实，很早以前，黄先生就坚持迈向实践的研究进路，之前的两本法律史著作都是这一研究思路下的产物。只不过，由于《过去与现在》这本新著关注的是当下中国的现实问题，指向了中国法律现代性这一中国法学的根本问题，参与了当代中国法学理论的建构，因此其意义就显得更加重大。

迈向实践的法学研究，可以以实践反思表达，从而有助于认识实践本身。黄著中最典型的例子是清代的州县官员听讼。在儒家的表达中，州县官员处理案件是“父母官”听讼，用道德教化子民，习惯于调解结案，而不是依法断处。而黄先生基于诉讼档案的研究表明，调解其实主要在国家法律制度之外的社区中进行，州县官员更倾向于依法断案，而不是调解。州县官员调解讼案更多只是儒家的理念，并没有贯彻在实践中。因此，道德化的表达和实际取向共同构成了清代“实用道德主义”的司法实践（可以从广义上将表达看成实践的一部分）。

迈向实践的法学研究，可以以实践反思制度，从而使得研究有了政策意义。黄著中最典型的例子是继承权问题。民国民法完全继受了德国的男女继承权利平等原则，最终在实际运作中却不得不对农村男女分家的不平等视而不见。法律制度和农村司法实践明显存在背离。而新中国1985年的《继承法》，虽然规定了性别平等权利原则，但同时考虑实际将继承权利和赡养义务连接在一起。如果继承法实践是对立法的政策性肯定，那么离婚法实践的考察则有反思立法和制度设计的重要意义。当前离婚法实践由审判员调查取证变成了主要由当事人举证的制度，日趋程序化，其中有合理成分，也有不合理的官僚主义、不起实际作用的证人制度等原因，背后则是由于盲从了主流的“现代化”的法律形式主义模式。其实，旧的取证和法庭调解制度，仍有一定的积极意义，应该予以认可。

迈向实践的法学研究，可以从解释实践出发建构理论，从而使研究有真正的理论意义。从理论的建构来说，黄先生迈向实践的法学研究早在理论上有所作为。他之前法律史著作中“表达与实践”、“第三领域”^[2]等概念已经构成了“中层概念”，成为人们理解实践的经典认识框架，并被应用到法学以外的广泛中国研究领域。不过，在解说相对理论而言的实践时，黄先生只是以美国法律形式主义与其法律实践历史为例，轻描淡写地说明了两者存在背离，没有从研究进路上谈及从实践到理论的方法论意义。也许，经过黄先生身体力行地投入旨在建立新的中国法律历史与现实的研究后，一切已经尽在不言中。

迈向实践的研究，要求从实践的认识出发，进而提高到理论，然后再验之于实践。这与毛泽东《实践论》中论述的认识过程是一致的。人的认识运动反复经过实践、认识、再实践、再认识的过程，循环往复以至无穷，实践和认识在此过程中不断提高。^[3]社会科学也是一种认识事物的模式。研究必须探究“实践的逻辑”，从对实践的观察、体验等过程中发现、归纳出其逻辑，进而提炼出具有概括力的概念，提炼出有解释力的理论。迈向实践的研究是有理论追求的，这使它与经验论有所区别，后者只有感性经验的累积，并没有理论提炼的雄心和尝试。

在迈向实践的研究中,因有历史—现实的纵深,黄先生对实践的理解也就有了历史感,实践在特定时空领域之下,当然也存在超越时空从而具有普适性的可能。这使得迈向实践的研究有可能摆脱西方社会科学主流的主客二分法。毛泽东曾在《实践论》中指出,主观和客观相分裂,认识和实践相脱离,是“左”右倾错误的认识论根源。^[4]同样,社会科学研究也可能犯类似的认识论错误。当前中国的法学研究普遍接受了西方自由主义法治理论的诸种价值预设,而这些价值预设遗忘了历史,它们常常以“神学”的面目出现,高度缺乏历史感。中国自近代以来一直处在不同文明形态的交互影响之下,清末如此,民国如此,新中国也是如此,改革开放以后的中国更是如此。儒家传统、社会主义传统、西方现代传统都曾对中国社会发生作用。因此,源自西方实践的固有理论理解中国会有困难,自由主义法治理论对中国法律实践的解释有其非常明显的限度。解释中国法律需要从历史—现实的实践出发,要能沟通历史与现实、过去和现在,要有足够的历史感。

费孝通先生晚年曾指出,西方社会科学领域占主宰地位的“主客二分”的实证主义方法论,很难把握中国社会的日常生活世界,诸如儒道等影响中国社会数千年、维护中国社会秩序的思想,却无法用现代的实证主义方法去研究。因此,社会科学应该找到“与古人跨越时间和历史交流的手段”,应该扩展中国社会科学的传统界限。^[5]黄宗智先生迈向实践的法学研究,可以被理解成寻找“与古人跨越时间和历史交流的手段”的努力。

在这种努力下,他发现了三大法律传统的交汇,即古代的、现代革命的和西方移植的三大传统同时影响着中国法律实践。这从法律角度印证了甘阳先生关于中国三种传统融汇(“通三统”)的大判断。^[6]三大传统在中国近现代以来同时并存,不可分割,已成为当代中国法律实践中的现实。在黄著中,社区调解是最典型的例子,它在不同历史阶段不断得以再创造,以至于当今的社区调解被同时打上了三种法律传统的烙印。此外,赡养义务与继承权的连接、离婚法中的法庭调解、侵权法中的过错与无过错赔偿责任原则,都体现了三大法律传统的交汇。

黄先生的上述认识对于法学界主流将传统等同于古代中国,并视之与现实割裂,从而割裂传统和现实的理念是一个“拨乱反正”;这种认识肯定了毛泽东时代存在法律传统,对认为毛泽东时代“法律虚无”的理念是一个“正本清源”。尤为重要的是,这种观念将毛泽东时代的法律传统和改革开放以来的法律传统纳入“传统”的视野。如此做法与霍布斯鲍姆“被发明的传统”的观念有相当一致之处。“被发明的传统”与事关“民族”的诸种现象紧密联系在一起,如民族主义、民族国家、民族象征、历史等。^[7]黄先生如此处理“传统”显然是站在了民族崛起和文明复兴的高度上。正是在这一高度上,才可能洞穿了中国固有法律与西方移植法律的关系,发现中国法律的根本和源流,进而将法律实践纳入政治文明的谱系中。

法律实践确实是不同传统的交汇点,它既不完全由移植而来的西方法制支配,也不是学者“喜闻乐见”的“习惯法”或“民间法”。我曾多次做过调查的土地调整便是一个显例。尽管国家一再强调农地承包关系的稳定,强调“增人不增地,减人不减地”,但很多地方的农村还是不断根据人口的变动调整土地,俗称“对树揭皮”、“长虫蜕皮”。因为村庄内部存在调整土地的“地方性共识”,它既与毛泽东时代集体化的平等实践相关,也与传统农业社会“生存需求高于一切”的生存伦理相关。^[8]

当代的农村土地上的“两权”也是一个例子。在通常的认识中,田面权和田底权的“两权”制度是传统中国特有的农地法律现象。然而,我们在调研中发现,类似的“两权”现象今天在农村仍然很常见,如江西永新县、湖北荆门市都存在类似现象。农民区分“土”(田底权)和“地”(田面权),认为新中国的土地改革只及于“地”,而不及于“土”,因此“地”的权利来源是国家法律和承包实践,而“土”的权利来源则是“土改”前的土地占有状况。平时,这种“两

权制”几乎看不出来,因为土地承包只涉及田面权,不涉及田底权,但在葬坟、征地时,田底权就“冒出来”了。这种“非法”的权利,不但农民承认,政府在调解纠纷时也认可。显然,当前农村土地的“两权”现象不是传统的“借尸还魂”,而是三大法律传统交汇中的创造性存在。类似的情形很多,基层司法中的法律效果与社会效果兼顾的“个案延伸方法”,情理法并用、逻辑论证与情感调动兼顾的司法策略,等等,不胜枚举。

作为一种方法论,迈向实践的法学让我们重新认识了诸种法律现象。不过,迈向实践的法学不仅仅是一种方法论,它本身就是一种法治和法学理论。当前中国研究领域弥漫着各种伪理论倾向,很多研究忙于证成或证伪西方理论,使得中国经验似乎已经成了检验各种各样西方理论和命题的实验场。社会科学因此从总体上还缺乏主体性,法学自然不例外。其中最要害的问题是,学者对中国法律实践和法治经验的关注严重不够,而陷入了西方理论和实践的迷雾中,试图按照西方理论和实践来纠正中国实践的逻辑,这样,中国似乎处在“理论”和“普世价值”的边陲,西方化的学术与“理论”在中国通行。法学界占据主流的法律现代化理论,就是中国法学缺乏自主性的一个注脚。它将中国法治建设简单地处理成传统与现代、西方与中国二元对立,有明显的“前见”和先入为主的价值判断,为中国法律和法治树立了一幅西化的图景。

作为对法律现代化理论中“西方中心主义”观念的“反动”,法律文化论和本土资源论登上了法学理论的舞台。“法律文化论”将中国和西方法律归结为不同的法律类型,认为它们代表法律发展的不同“路向态度”,反映不同民族处理生活人生问题的态度和方式,而不是“现代化”的不同阶段。它汲取了多学科的资源,尤其是从人类学家格尔茨那里受到了巨大启发。格尔茨的“地方性知识”理论和“深描”方法确实动摇了“西方中心主义”和“主客二分”的实证主义方法。^[9]借助其理论,“法律文化论”使我们看到了中国法律的概念结构和文化独特性。“法律文化论”当然不会认为中国是西方的从属,而是采取相对主义的姿态,反对将所谓的普遍原则强加于中国,强调文化相对主义。^[10]不过,这在另外一个角度强化了西方和中国的二元对立。这使得“法律文化论”与西方社会科学中的“东方主义”有些类似,黄宗智先生较为传神地称其为“本土东方主义”。“本土东方主义”看不到中国和西方同处在共时性和历时性的世界结构中,对近现代以来西方对中国的影响视而不见,一厢情愿地认为存在一个实体的、独立于世的中国文化。因此,即便对中西方相遇前的中国法律有解释力,它也很难对近现代中国法律作出合理解释,对当今现实更加缺乏解释力。

黄宗智先生似乎将“本土资源论”也归入了“本土东方主义”,认为它只是借中国的本土资源来否定简单的法律移植论。这不能不说是个误解。“本土资源论”确实是对占主流地位的法律现代化范式的否定和挑战,但它并非很多学者望文生义地理解的那样,通过借助“本土创造的具体法律制度”来达成这种否定和挑战。否则,除了典权制度外,其它制度创造并非西方法律所没有的,甚至典权制度也几乎可以被西方用益物权制度所替代。苏力的“本土资源”实质上讲的是“本土的法律实践”,在苏力借以展开分析的《秋菊打官司》影片、破产法实践、邱氏鼠药案等经验材料中,其实没有任何“本土创造的具体法律制度”,只有不同于“理想”的现实法律实践。^[11]在我看来,苏力的“本土资源论”也是迈向实践的法学研究,至于后来的很多学者望文生义地走苏力开辟的学术道路,试图寻找中国本土创造的法律制度,以作为现代法治建设的资源,则已超出了苏力“本土资源论”原本意涵。当然,对于学者的误解,苏力应对“用词不当”负一定的责任,但这毕竟不是关键。

诚如黄宗智先生所言,“本土资源论”缺乏具体意见。但不是在挖掘中华民族特有优点方面的具体意见,而是挖掘中国法治经验、理解中国法律实践的具体意见和方法论进路。显

然,苏力对于系统地为中国法治提供中国经验,对全面理解中国法律实践、充分了解法律实践的社会文化背景兴趣不足。他只是不停地用零散的经验 and 实践材料提醒人们在宏大的历史背景下进行反思,他总是在批判。然而,批判与反思永远也代替不了对法律实践的全面把握,没有对实践的全面把握,学术研究的想象力和创造力又从何而来?由于苏力的学术路径的反思性很强,加上他过于注重修辞、注重语言的感染力,因而在给人们很大启发的同时,往往也留下了“唱反调”的印象。如果仅仅是这样,迈向实践的法学研究岂不是成为“辩论术”?苏力对把握当下现实的法律实践缺乏具体意见,连接过去和现在的法律实践也许更加没有进入他的问题意识之中。

邓正来先生曾批评中国法学及法学理论整体上缺乏主体性,未能为评价、批判和指引中国法律发展提供“理想图景”。^[12]大体说来,邓先生的批判是能够成立的,但他显然忽视了“法律文化论”和“本土资源论”为中国法学自主性所作的努力,尤其是对“本土资源论”的实践取向和贡献缺乏客观的评价。他主张将“世界结构”作为重新定义“中国”、建构“中国”的历史性条件,为中国法学建构起一种“关系性视角”与“共时性视角”,进而洞察“世界结构”对中国的双重强制性,并在建构“主体性中国”的过程中建构起中国的法律理想图景。^[13]这当然是一种视角转换的大手笔,但其致命弱点同样在于缺乏具体可操作性策略,中国法律实践和法治经验在其中的位置不详,甚至也许并不存在。而且,邓先生的视角中同样缺乏连接过去和现在的“历时性”视角。

在我看来,黄宗智先生“迈向实践的法学”在对待“实践”上,与“本土资源论”有相同之处。更加“高明”的是,黄先生提出了具体的操作方法并身体力行地作出了研究示范。他从微观法治经验出发,连接过去和现在,贯通三种法律传统,进而提出了一些中层概念。“简约治理”、“实用道德主义”是其中最显著的例子,可以预期,它们将会成为理解中国法律实践的中层理论。“迈向实践的法学”既是一种中国法律发展的理论,也是可操作的方法论,它立足中国、放眼世界,为中国法学自主性的树立提供了可能。黄宗智先生治社会史出身,涉足法学领域,游离于法学圈子的边缘;他是华裔美国人,带有文化双重性,游离于中国的边缘,由他而不是别人提出这一“实践”的理论和方法论,这本身就值得我们深思。

注释:

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

[2]黄宗智:《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,2001年。

[3][4]《毛泽东选集》(第一卷),人民出版社,1991年,第282—298、282—298页。

[5]费孝通:《试谈扩展社会学的传统界限》,《北京大学学报》2003年第3期。

[6]甘阳:《通三统》,三联书店,2007年。

[7]霍布斯鲍姆、兰格著:《被发明的传统》,顾杭、庞冠群译,译林出版社,2004年,第1—17页。

[8]陈柏峰:《地方性共识与农地承包的法律实践》,《中外法学》2008年第2期。

[9]格尔兹:《地方性知识》,王海龙、张家瑄译,北京:中央编译出版社,2000年,第222—296页。

[10]梁治平:《寻求自然秩序的和谐》,中国政法大学出版社,2002年修订版;梁治平编:《法律的文化解释》,三联书店,1994年。

[11]苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社,1996年。

[12]邓正来:《中国法学向何处去》,商务印书馆,2006年。

[13]邓正来:《谁之全球化?何种法哲学》,商务印书馆,2009年。

〔责任编辑:书缘〕

Studies on Chinese Atheism in the past
60 Years—— A Summary on the Academic Annual
Conference of China Atheism Society (2009)

Abstract: The academic annual conference of China Atheism Society was held in Shanghai Normal University on December 12 - 13, 2009. Almost 60 scholars from more than 30 units attended the conference. They reviewed the development of Chinese atheism in the past 60 years and prospected its future; discussed some issues about atheism and national education; about atheism and Chinese Marxism; and about the studies on the histories of Chinese and western atheism. Some confusions in the Ideological field were cleared and some consensuses were reached.

Keywords: atheism; Chinese Marxism; religion

Wu Guangcheng
Shanghai Normal University

Comparative Studies On China US Postdoc Education Enterprises

Abstract: The paper mainly focuses on the comparative studies on postdoc education enterprise between China and America with its emphasis on the rise of postdoc education, the latest development and difficulties and challenges that China and American postdoc enterprises are facing. Based on the comparative studies, the paper raises suggestions on further promoting the development of China postdoc education enterprise, that is strengthening the flexibility of China postdoc education system by paying attention to the changes of purposes of China postdoc education and the different approaches of various fields of studies; clarifying the rights and obligations of the hosting institutions, postdoc advisers and postdoc researchers; and enforcing the management of agreement among the parties concerned.

Keywords: postdoc; China postdoc education enterprise; America postdoc education enterprise

Fan Deshang
Beijing University

The Jurisprudence Towards Practice

Abstract: In the book Past and Present, Philip Huang insisted on studying towards practice. His study can be called Jurisprudence towards practice. It found communicative ways and means between the departmental Law and theoretical Law. It can reflect expression by practice, thereby contributing to understanding practice; it can reflect system by practice, thus it has policy implications; it can construct theory by explaining practice, thus it has theoretical significance. Such study may be out of subject-object dichotomy in the mainstream of Western social science and may achieve really China's theory towards legal practice.

Keywords: practice; Jurisprudence; theory; Philip Huang

Chen Baifeng
School of Law at the Zhongnan University of Economics and Law