

追寻正义：中国法律社会学的危机与出路*

■ 余成峰

[内容提要]与经典社会理论的分析不同,法治实践在中国形成了一系列悖论特征,在劳动法、财产法、合同法、金融法、公司法和环境法等领域,形成了一种内外有别,呈现身份和产权差序化格局的法律体系。无论是形式主义或实体主义理论都不能完整把握其性质。中国法律社会学不能直接套用西方的某派学说或者盲目坚持本土主义、实践主义的学术路径。要对改革时期中国的法治运动在全球和国家层面形成的特殊结构与悖论逻辑,在社会理论层面展开更为切实而深刻的分析,并在正义和规范层面对法治发展做出前瞻性的批判、反思和引导,这将是未来中国法律社会学突破学术困境、探索新路的关键。

[关键词]悖论社会 法律社会学 社会理论 法治运动 法律正义

一、悖论社会的法治逻辑

欲在社会学的意义上总体理解中国法律,其前提是把握法律在作为悖论社会(paradoxical society)的中国所呈现的特殊形态。^①这是指法律实践在中国经常违背形式主义预设的应然逻辑,既不同于自由主义的法律想象,又不同于社会主义的法律传统,并指向一对对相互矛盾、既此且彼的法律现象的同时并存。这展现在包括物权法、合同法、公司法、金融法、劳动法、行政法等

内的一系列领域。法律教义学或本土经验主义都只能捕捉这些悖论现象的某个侧面,无法在一种整体性(integrity)的法律哲学指导下实现对法律体系的自我描述和理解。^②改革开放之后的中国法治,是整合于统一的市场经济以及相应的产权形态和随之而来的一系列制度发展的历程,通过法律人和法律职业共同体的塑造,提供理性经济人在商品交易和资本流通过程中的基础法律保护。它假定了法治化进程最终会顺利突破城乡分立的法律格局,通过科学立法、严格执法和

余成峰:北京航空航天大学人文与社会科学高等研究院(Yu Chengfeng, Institute for Advanced Studies in Humanities and Social Sciences, Beihang University)

*本文曾在第十七届开放时代论坛暨“实践社会科学与中国研究”国际学术研讨会上做过报告。

公正司法来保证一个橄榄型中产阶级法治社会的逐步形成。但与这种韦伯意义上的资本主义理性法的想象不同,中国当代法律的实践逻辑是多重悖论和矛盾的并存。不妨从国际和国内两个层面予以分析。

(一)作为国际“比较优势”的法系身份

改革开放时期的法治运动,形成了一种不同于近代中国“六法全书”体系的特殊性格。其核心悖论表现在:中国从1949年之后作为西方法律秩序的挑战者和社会主义法系的核心成员,转变成成为美国法全球秩序的利益攸关者和制度学习者,但与此同时,它也留存着“社会主义法系”的传统。

2001年中国加入世界贸易组织(WTO)之后,表面上是完全以法律移植的方式确认了法律变革的方向,但与此同时,类似国有企业、国家资本这些特定法律身份的保留,都决定其无法在传统西方法治模式中为自己找到准确的定位。^③在世界各大法系中,这一被认为是“搭便车”的“中国模式”具有极为特殊的性格,它既不是普通法系,也不是传统的大陆法系、苏联法系或中华法系,中国甚至不被一些国家承认具有“市场经济地位”。某种程度上,正是由于这种法系身份的暧昧性和模糊性,中国的产业与资本在世界分工体系中获得了一种特定的制度“比较优势”。

可以说,这也是改革开放初期中国法治一种有为之为的策略性选择。它希望能够尽可能灵活地穿梭于全球各大法系之间,从其制度的暧昧性之中套取经济红利。^④必须意识到,在万国竞逐的格局中,此种另类的法律策略正伴随中国崛起而遭遇越发频繁的质疑和挑战,在非洲腹地的投资、东南亚的高铁建设乃至中美贸易战之中,法系身份的暧昧性,正不断转化为各种难以避免的摩擦和冲突。

中国在改革初期为了摆脱苏联遗产,选择以

日本和台湾地区为中介的法德大陆法系移植为方向;在加入世界贸易组织之后,则进一步以英美法系为主导的国际经贸投资秩序为法治发展的重心。此一法治进程以摆脱苏联遗产、全面接轨西方法律为标志,试图通过技术层面的法律移植来确立一种新的法统。从根本上而言,它试图通过私法层面的变革,达到一种被国际经贸秩序逐渐接纳的效果。但从更本质的层面来说,这也源于美国主导的全球分工格局需要中国承担一种出口外向型的世界工厂功能,同时又包含了一种希望通过私法改革渐进推动中国政体变革的期待与想象。

在经济模式上,它主要表现为发展出口外向型和劳动密集型产业,为了在国际分工体系中获得特定份额并满足西方国家的价值需求,中国在法治发展中形成了一系列特点:首要是推动民商法部门的法律移植(有意隔离公法制度),并在劳动法、合同法、金融法、公司法和环境法等领域,形成一种内外有别,呈现身份和产权差序化格局的法律体系。在此过程中,一种特别有利于国家资本动员和发展壮大的法律体系,通过具有高度选择性的法律移植过程得以形成和展开。而这一特殊的法治运动之所以能够顺利启动,则首先得益于它有机地嵌入了20世纪90年代之后一种特殊的全球秩序,即由美国主导的,围绕贸易、投资、金融与知识产权制度所型构的总交易模式的世界经济体系。^⑤中国式的法治运动之所以能够成型,正是因为它以一种有机的方式成功嵌入了由美国主导的这一全球法律体系。

近代以降,从西班牙、尼德兰(今荷兰)、英国与美国的持续霸权转移中,我们已经目睹了数次工业革命对世界格局的深刻冲击,这些霸权转移也同时通过法律变革的方式,不断推动了世界法系和法律全球化模式的演化与调整。最晚近的法系变革,即是美国在1986年乌拉圭回合谈判中

形成的以《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPs)为主导的法律全球化方案,它配合美国在全球经济体系中对自身发展方向的重新定位,呼应并持续推动了20世纪90年代之后金融新自由主义和信息主义在全球的发展。正是通过这一法系的变革,美国一举甩开了欧共体与日本这些竞争者,欧洲法系和日本法系在晚近的低迷正是其表现与结果。但大大超出美国预期的,则是一个原本相对脱离于世界法系游戏规则之外的中国,在其改革变法中搭上了新一轮全球化和数字经济的便车,借助在此前建立的核心工业体系与出口型经济所需要的各种资源,开始形成一个难以被美国主导的世界法系秩序认知与消化的法律体系。可以说,中国改革时期的法治战略,实际上是内嵌于一种特殊的世界法系格局之中的。问题是,当国际格局发生新的演变,当全球产业分工出现新的迁移时,中国法治新的方向该如何寻找?

毋庸置疑,中国法治无法再像过去四十年那样,顺理成章地通过灵活搭便车继续赢取全球法系的认可。塑造何种新的法系,将一方面依赖于对法治趋势和方向的判断,另一方面也同时依赖于国际法律秩序与世界法律体系的认可。在此意义上,其远景必须是一种具有全球视野与超越关怀的法治体系,因为中国已经深深嵌入一个由近200个民族国家、数万个国际组织、数十万家跨国企业、数万亿级全球沟通组成的世界体系,在由无数个全球节点所形成的网络结构之中,全球化的内在动力正在发生重大的演变。中国法律既不可能退回过去,也无法继续搭便车,既有的法治模式正在遭遇挑战。在这个意义上,中国法律体系在新的全球条件下将面临新的变法压力。不再有可以保证可以成功的法治模式,而所亟须的是一种具有世界主义性格的法律体系。法治的发展无法再是简单的模仿与移植,无法再是高度灵活性的搭便

车行为,而需要在越来越复杂的全球格局中,处理自身法律体系的特殊性/普遍性、保守性/超前性、道义性/引领性、本土性/全球性这几组核心张力。

如果说,改革时期开启的法律移植进程有赖于一种由全球增量空间所带来的国内法治利益共享,那么,未来新的法治发展,其最大的风险,也正在于当全球法律红利空间不断缩小时,过去曾拥有“比较优势”的中国法律将面临深刻的危机。这尤其需要立法者在法治建设中超越过去的经济主义私法学,真正激活一种宪法意义上的新型法律变革。^⑥

(二)中国法治的差序格局^⑦

一个基本的事实是,中国法治空间的构造依然延续了新中国成立之后城市先进但乡村落后的基本格局。这种城乡法律的格局落差不仅是传统延续和发展顺序的自然反映,它更依存和建立在城乡两种身份制度和两种产权改革形态的交接点上。在某种程度上,正是基于农村土地集体产权和小农家庭财产制的特殊安排,确保了规模庞大的临时性、半正式和非正式农村劳动力可以持续被城市资本以低成本吸纳,从而使中国经济得以高速发展。黄宗智在其《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》一文中,就揭示出中国的《劳动法》和《劳动合同法》并非针对所有就业人口的同等保护(从而形成一个统一的劳动力市场),处于国家劳动法规保护和福利制度之外的非正规经济的大规模扩增,需要在法律上形成对“劳动”概念的特殊界定,也需要把大量的劳动排除在法定“劳动”范畴之外。改革时期所形成的大规模“非正规经济”,正是通过这种特殊的身份等差和城乡等差的法律制度安排,通过一系列相应的“非正规法律”,才由此形成了为经济发展保驾护航的国际比较优势。这种特殊的法治逻辑成为地方政府相互竞争和招商引资

的重要法宝,不仅劳动法规如是,产权、合同、金融、环境等其他方面的法规也如是。^⑧

在既有的法学研究中,无论是偏重条文解释的法律教义学,还是主张本土经验主义的法律社会学,以及强调中国传统与文明主体性的流派,都未能在其理论和概念体系里正视和处理1.53亿户籍农民在城镇就业,以及2.17亿农民在农村从事非农就业这两大事实。^⑨中国当代法律关于人的形象的预设,其表达与实践显然存在一定的背离。其真实的形态,既不是形式主义法学预想的“道路通向城市”的理性经济人和法律人,也不是本土资源派浪漫想象的“无须法律的秩序”,而是伴随中国社会急剧变迁所形成的,悖论和矛盾身份结合的秩序形态,一种既巩固城乡身份又极其鼓励流动性的法律格局。在某种程度上,形式主义法学和本土资源派基于对“城市/乡村”法律各执一端的表述和辩护,立基于城市制定法与乡村习惯法的不同气质假设,建立了一个关于中国法律图景的非此即彼的二元描述。二者共同的社会图景则都在于没有正视和处理中国悖论社会条件下法律的悖论化特征,而假设中国法治进程已经在一种统一的社会学描述下整体性地得以建构。两者之区别不过是对此采取拥抱抑或抗拒的姿态。在此理论语境下,无论是西化主义还是本土主义,无论强调西方法律的普适性抑或标榜中国历史与现实的特殊性,都因此陷入了普适主义与特殊主义方法论的二元困境,阻碍了法律社会学和社会理论法学意义上的对于中国法律真实运作逻辑的考察。

兹以中国的民商法实践为例,其特殊性就表现在新中国成立后所形成的悖论法权特征。目前,中国存在多种不同的产权模式的并立:一是传统中国过密化的糊口小农经济和家庭财产制的延续,它也是今天的非正规经济和非正规法律的重要历史基础;^⑩二是旧有计划经济条件下庞

大的国营工业体系及其产权结构,其产值仍占国民经济产值的将近一半;三是市场化转型下出现的资本主义意义上的私有产权体系的发育;四是国有企业“抓大放小”私有化以及大型国企的公司化股份制改造。^⑪除此之外,还有农村土地集体所有制和城市土地国有制所形成的复杂土地产权结构。^⑫这个由多重悖论所组成的错综复杂的庞然大物,形成了一个难以被传统民法学清晰概括和阐明的复杂法权结构。它无法用自由主义法权或社会主义法权的逻辑进行统一界定,无法简单沿用传统的公法与私法的二元框架加以认识,也难以使用政治国家和市民社会的二元对立模式进行定位。中国改革开放以来所形成的财产法权格局,所依托的显然不是简单的私有化路径或既有国有产权形态的延续,而是采取了相当繁复而差序化的法律制度框架重构,来同时确保不同种类资产的市场化流动,以及国家对各类形态资本的持续干预和支配能力。“改革时期的市场经济和私营企业很大部分是在国家机器和官员扶持下兴起的,私人企业的很大部分和党-政国家权力机构带有千丝万缕的联系”。^⑬正是由此,在中国改革语境下,各种私法意义上的物权转移行为和各种公法意义上的国家法律行为其实具有深刻的连带关系,它们都需要“社会主义法律体系”通过各类特殊的法权制度安排予以衔接、调和、变现与落实。在中国法律社会学的研究中,如果不能正视这个历史中形成的多重悖论法权结构,试图简单套用潘德克顿式法学方法论来建构一个统一自足的规则体系,显然无法回应实际存在的诸多理论和实践悖论。

中国改革开放以来,通过各种特殊的法律制度安排,形成了对劳动力、土地和资本的极为特殊的规范形态和法律界定,而地方政府正是利用非正规廉价劳动力以及各种各样的非正规补贴和优惠(包括法律政策倾斜)来吸引外资和内需,

推动中国实现了发展奇迹,并由此嵌入全球的分工体系与法律体系之中。可以看到,正是通过地方政府的各种非市场行为和打法律擦边球行为,通过包括金融、财税、户籍、劳工和环保等方面的多种国家公法手段,才建立起一个最有利于国家和资本逻辑发挥动员作用的市场架构和法权体系,从而可以用最有利于政府的成本/收益核算来招引各种资本。这种法治发展逻辑就不是传统法学辩论中坚持的政府和市场、公法与私法非此即彼的二元论,不在于公权对私权的一味压制或私权对公权的天然抵抗,而是在于两者特殊的协调与搭配机制。新制度经济学和形式主义法学都未能考虑到这个基本的制度性因素,而中国的法学研究则试图在一个超脱意识形态束缚的教义学框架中建立一个理想规范图景来引导实践的发展,但实际上,被遮蔽的真实的悖论法权结构与实践形态根本不受这种“科学自足”的法学想象的主导,从而可能借助形式主义法学所预设的社会结构及其提供的规范化机制掩盖不正义实践的事实。这种表面上排斥社会学分析的技术法学路线,实际上并非完全价值无涉的科学主义法学,在其背后,实质所依托的往往是一种特殊的功利主义或国家主义法律哲学的预设。^⑭

既有的形式主义法学流派都预设了的具有统一性的劳动力、土地和资本市场在中国业已存在,而未来法律改革的目标就在于顺应这个基本前提,从相应的权利体系和基本原则出发,通过严密的法律逻辑推导以及可能的漏洞填补,演绎出不同的部门法条文,从而形成一个自圆其说、全面涵摄、前后一贯的体系化结构。而各种社会科学政策分析方法特别是有关资源配置的经济效益成本分析,则配合教义法学所提供的基础规则框架为其进行查漏补缺的规则补充和正当化论证工作。因此,作为理论敌手的教义法学和社

科法学实际上都欠缺对中国长时段历史演变和社会结构变迁深层观察的社会学视野,而与此同时,它们都回避了中国法律发展过程中存在的各种不正义现象,经常陷入对不同情况同等对待的法律正义悖论,缺乏对中国法律公正性拷问的前瞻性指引,从而无法形成一种同等情况同等对待、不同情况不同对待的法律正义关怀。

中国的“非正规经济”和“非正规法律”发展模式实际上导致了一些社会不公现象,而各种采取技术主义、形式主义或本土主义方法路线的法学理论,实际上都或多或少地忽视并掩盖了既有的法律在有关劳动力、土地和资本市场等领域法律规则构造过程中存在的正义问题,夸大了法律规则制度的整合性程度以及法治将自动伴随市场经济发展而建成的乐观想象,规避和转移了对巩固那些不正义的悖论制度安排的理论拷问。而此种意义上的法律危机,实际上难以用流行的法治改革口号中隐含的过渡期话语(比如有待未来出台的《民法典》)和时髦的法治转型话语(比如司法改革)来消弭,也无法用貌似客观中立的资本配置合理化等形式主义理论模型(比如法律经济学理论)来淡化。^⑮

有研究认为,1985年以来,低报酬、低稳定性、低(或无)福利、没有国家劳动法律保护的非正规经济就业人员,已经从占有所有城镇就业人员的3.5%,爆炸性地扩展到2010年的占63.2%。^⑯这些劳动力不拥有平等的身份,无法享有社会保障法、养老保险与医疗保险法规的同等保护,成了被城市法实际排斥的法律人群。中国经济自20世纪80年代以来从一个基本全是正规+国有经济的体系,极其快速地转变为一个大量为非正规、非集体经济的体系。而与法治乐观论者的想象不同,中国并未由此从一个苏联式的全能国家法律体系向一个同等保护所有公民的法制健全的法治形态转变,没有从一个缺乏私法保护的国

家公法体制向一个严格同等保护财产和独立法律人格的市民法模型转变。因此,如果简单地将学术视野聚焦于正规经济和正规法律,并想象全体人民已经或行将被整合进一个同等对待的单一法律体系,完全无视规模极其庞大,由九亿农村户籍的“半工半耕”家庭所组成的广大劳动人民群众,这种法律社会学的幻象将持久地抑制对法律正义的理论拷问。

改革开放之后形成的农村地权安排,依据不允许耕地自由买卖但平均分配耕地使用权的原则,再配合以城乡二元的户籍法规定,形成了由国家法律所强行制度化了的“半工半耕”过密化农业。^⑩而由这种地权和身份权安排所形成的过密化小农家庭财产制,其法权逻辑就与西方意义上的资本主义农场法权形成了鲜明对比,它同时也与城市资本和企业产权两相呼应,形成了一种事实上的中心-边缘的法权差序结构,从而可以通过降低企业的劳动力成本和福利支出,大幅增加其资本回报率。而中国企业产权也在某种程度上形成了等级化的所有制形式,由此再形成各种特殊的产权结构,以及相应的物权法、债权法和侵权法制度安排,同时还包括极为复杂的法人之间,法人与自然人之间法律关系的构建。在这个意义上,以科斯定理为代表的新制度经济学和法学理论在中国就会面临理论误用的困境,因为中国的产权改革绝不是简单的形式主义意义上的降低交易成本或合约成本的问题。农村劳动力跨越城乡和地域的流动不是某种自然化与合理化资源配置的结果,而是基于国家法律政策的积极塑造和特殊安排所形成的人为法权结构。大量产权改革一方面大幅度降低了各种交易成本,但由其产生的负外部效应却不成比例地转嫁到各类法律上的失语群体(比如“农民工”)。在这个意义上,中国社会今天的主要差别已经不再简单是工业和农业、非农就业和农业就业的差

别,甚至也不简单地是城市法和乡村习惯(法)的差别,而是在公民权和宪法权背后实际存在的差序化的身份权和财产权制度安排。对此,法律社会学意义上的理论探讨就获得了一种法律哲学和政治宪法学意义上的理论提升的潜力。

因此,中国法律社会学的意旨,不仅应该是探索成文法律、司法机构、法律职业群体或者民间法律习惯的实际运作,而且更应该是在法律社会学理论和法律哲学的意义上,关注规范层面的原则和价值探讨,观察与抽象法律结构的深层社会逻辑,追问法律正义和正当化机制运行的实际状况,需要同时在社会理论和宪法的意义上理解作为涵括所有公民和所有人口的现代法律功能机制建立的内在价值预设,反思中国法律发展模式特殊性背后所隐藏的正义难题和道德困境,从而为中国法律社会学提升道德关怀和政治正义的维度。只有如此,才能超越教条化的左翼和右翼情怀,以严谨的理论观察者的身份,通过对长时段的中国历史和社会发展的分析,真正从抽象而又符合实际的角度把握中国法律实践的深层结构。中国显然还不是德国思想家卢曼意义上的已经实现了的现代功能分化社会,而依然是一个身份差序格局和城乡层级分化所型构的悖论社会形态。^⑪在国家层面,它具有现代官僚行政科层制从属于传统行政法规范的成分,而在国家结构方面则又演化出高度的中央集权与地方分权的悖论结合,这些多重悖论特征同时并存于同一个国家体系,并进一步与社会系统的功能分化逻辑形成了更为复杂的耦合效应,它在一定程度上制约了市场力量的正常发展,又难以在法律层面形成对经济系统过度扩张的有效制衡,从而在实践中经常陷入与政治权力相互交接而形成的法律结构。这也是中国法律社会学研究需要正视的一个基本事实。

在这种特殊的悖论法律结构下,政治系统与

经济系统、法律系统无法实现其各自功能运作意义上的封闭和分化,政治权力依然是国家和法律秩序展开与演化的中心,并且经常出于安全、货币和财政上的实用考虑,直接决定法律体系的发展议程与政策方向。这在某种程度上就使得包括劳动法在内的法律体系变成强烈倾向于维护特权身份和收入阶层的既得利益的法规,这种具有等级分化意味的法律形成了一种系统化的社会排斥机制,因而与各种新自由主义的乐观法律想象形成了鲜明反差。而基于自由主义法律原则假设的各种形式主义理论,则可能同样无视和否认不公正法律的生产机制。这样一种法律体系的社会学图景,就可能呈现为一种特别“全球化”与标榜“本土化”的特殊结合。而被排除在政治法律系统之外的弱者,就不再有可靠的“权利”武器来反抗宰制。中国法律所潜藏的内部危机,也将伴随中国法系在全球化新格局中面临处境的变化,不断被凸显和暴露出来。

二、法律社会学的危机意识 及其正义导向

(一)认真对待理论?

基于不同理论观察者的视角,从中国法律的实践/实际运作之中,我们可以看到众多中西法律并存、冲突和互动,如产权法、债权法、公司法和继承法制度;但是,假如缺乏足够的理论抽象和概念提炼能力,特别是欠缺对理论观察的再观察能力,那么对中国法律的社会学把握也同样是不可能实现的。中国法律社会学发展的一个瓶颈就在于过度执着于理论和实践的二元对立。而实际上,近现代中国法律的一个基本前提就是中国与西方、历史和现实、本土与世界的长期并存,所以我们在理论与经验、表达和实践以及中国与西方的二元之间作出非此即彼的抉择,

实际上,只有借助西方的经典社会理论研究和强有力的概念描述工具,才有可能把握中国法律实践中存在的诸多悖论现象。因而,中国法律社会学的理论意识应当是正视种种二元悖论之间的并存和互动,关注在这些法律悖论中隐藏的理论潜力,进而把握中国法律的真实逻辑及其未来发展的走向。在过去,中国法学研究可能过于强调理想法律实践的统一性,从而不自觉地也使理论研究陷入了一种和实践理想同化的实用主义倾向,再加之中国近代以来伴随殖民主义进程和国家与社会建设中对于大一统和统一性纪律的要求,从而不断陷入全盘西化和延续传统的二元困境,也由此经常使得法理学和法史学研究同样陷入各种二元化的对峙局面,乃至形成两个泾渭分明的二级学科,造成两者各行其是、互不过问,无法相互激发社会学灵感的僵化格局。

而作为后发的法律移植国家中的法律人,我们还面临着比理论/实践矛盾更深层次的文化/价值认知困境,因为我们还必须处理历史和现实之间的关系,因此很容易陷入各种应然和实然、事实与规范的价值选择困境。面对这类难以承受的历史和认知重负,法律研究者就特别容易陷入一种退缩到“乾嘉学问”的诱惑,即希望依照科学、客观、中立、技术化的路径来处理法律问题,由此回避在历史正义和政治正义的维度上对法律发展道路作总体性的历史考察与价值评判。特别是各种舶来的法律条文、规则与制度安排,似乎可以为经济发展保驾护航,体现比较优势,乃至实现与世界先进国家的接轨,这种来自现实发展的实用证明,足以取消对法律发展和法律正义问题的反思和质疑。唯有通过这种必要的限缩和切割,才可以为法律的科学研究创造出合适的封闭“实验室”环境,各种舶来的分析资源才可以顺利发挥它们的工具作用,并由此在行政化学术体制中赢取各种竞争优势。这种去除了

社会-政治关怀视野的技术主义法学路线,由于可以回避对复杂历史和正义问题的深入追问,同时又由于其符合学科专业化和实证主义的研究潮流,并容易配合于各种“服务实践”的法治建设工程,因此,它能特别顺利地和自命为科学主义的法学研究前见达成某种理念同盟,从而不断鼓励和制造出各类犬儒主义的法律研究潮流。

事实上,冷静地看,我们的问题既不是理论太多,也不是实践太少,而是没有真正认识清楚和处理好两者之间的关系。根本问题在于,在研究中放弃了历史、社会和政治的总体理论视野,从而导致法学研究缺乏具有贯穿性的历史解释力和兼具正义关怀的价值导向,其所拥有的只是支离破碎的“去历史化”和“去政治化”的琐碎工具运用。对历史和现实的整体解释,最后变成了各种庸俗理论的简单拼凑。理论和实践成了分离的两张皮,而无论是理论上的认知努力,还是田野调查或史料钩沉,都不能从根本上解决这种内在的危机。一种新的法律社会学和社会理论法学研究的出路,是应当在翔实可靠的经验证据的基础上,极力强调理论维度的重要性,通过比较和结合多种理论传统中的不同洞见,进而探索和建构符合中国实际的法律社会学概念。

首先是理论主义的困境。法律社会学的理论化路径,有时会被同化为法律思想史或学术史研究,沦为经典思想家著作分析或人物传记性研究。当谈到社会理论,我们首先就会想到韦伯、马克思、涂尔干、梅因、哈贝马斯或卢曼,离开这些经典作家,似乎就无法想象“社会理论”。更常见的下意识做法,就是通过“现代性”或“资本主义”这些标签来证成自己问题域的正当性。但事实上,无论韦伯还是马克思,无论哈贝马斯还是卢曼,引用他们的理论论述或是概念术语本身,实际无法直接给我们的法律社会学研究带来正当性。托庇在思想巨人的光环下,也可能给学术

问题的自我生长带来阴影,甚至成为思想懒惰的绝佳理由。

换言之,我们今天如果只在一般的思想史脉络中梳理那些经典作家们学术要点,而没有真正去贯通他们的所思所想,真正理解他们切入问题的方式,真正学会他们运思问题的方法,而只在所谓资本主义和现代性理论这样的框架里打转,那么就很难把这些旧的思想资源创造性地转化为对新的历史社会问题进行思考和解释的有效理论资源。而且,如果只是一般性的思想史研究和传记性介绍,西方成果已经汗牛充栋,中国学者充其量只能进行补充性和点缀性的学术工作。

而法律社会学如果只是在上述视野下将触角收束于法学的论题范围,也无法避免同样的追问。一般性的(社会理论)法律思想史研究,或者宏观的现代性法律研究,是否可以自动从中转化出法学知识增量?答案可能未必是肯定的。它可能只是在实证主义法学家奥斯丁、哈特,以及功利法学派的边沁、密尔之外,增列了一个包括韦伯、涂尔干和马克思在内的学术谱系而已。随着时间推移,法律社会学的研究成果可能只会逐渐落实为韦伯法律思想、马克思法政思想或哈贝马斯论民主法治这样的研究,学者根据学术兴趣的不同,选择一个领域持续钻研。这当然也会带来丰硕的学术成果,但它很可能是碎片的、分散的,很难形成真正的“法律社会学”,它与一般性的法律思想史研究,也很难形成本质的不同。关键是,其内部的研究可能会依据思想人物的不同,趋于议题分散,无法形成真正实质性的对话、交接、呼应和联系,且不是接力式和互惠式的研究互动,很难形成真正的新意和理论冲击力。^⑩

伴随思想史研究路径的狭窄化,学术的审美疲劳会不断消磨人们对于研究议题的激情。今天研究韦伯,明天研究涂尔干,后天研究帕森斯,研究者只能通过间歇地变换研究对象来避免学

术激情的退化。这几乎是所有法律思想史研究者共同面临的问题。那么,问题可能出在哪里?可能就出在无法形成真正的“社会学问题”,从而无法在对真正具有焦虑性的社会问题及其创造性答案的追索中,在其内在冲动的学术追问中,生成“法律社会学”的独特品格。换言之,对不同社会理论家思想观点的诠释本身,很可能无法自动带来真正的“问题意识”。思想史的路径充其量只是法律社会学的入门功夫和学术训练方式,而无法成为法律社会学的主要研究方式。同样道理,有关法律与资本主义、法律和现代性的提问方式,也都过于宏大、抽象,缺乏基本的问题视野和切入视角。这很可能会经由论题的虚假宏大来掩盖问题意识的实质薄弱。

实际上,只有在不同的理论资源之间借助各自犀利的理论洞察力,才有可能匹配对复杂的中国历史和社会现实的总体研究任务,才能指示对于简单历史和理论框架而言难以解释的复杂法律文明体的演化逻辑及其未来发展方向。悖论性的历史社会现象实际构成了理论创造的生长点。对于中国经验和中国问题的强调,绝不是对历史材料和社会现象的简单堆积和描述,以此去建构某种“乾嘉学问”意义上的历史考据学;也不是要通过某种所谓“中国模式”的想象建构,去固化和僵化某一类特定法律实践的逻辑,从而限制中国法律未来发展的可能性以及改变不正义的当下实践的可能性。对于中国经验和田野证据的强调,不是为了宣示一种自足的理论正当性和意识形态正当性,而是为了突出和强调社会与历史的复杂悖论现实,以及拒绝不考虑任何理论背景而标榜自然科学意义上的实证演绎的研究做法。这种法律社会学研究同时也是对法律范式想象的一种探索,它允许法律实践过程中出现各种悖论现象,从而可以允许多重的矛盾和悖论、创新与演变,而不是将历史发展路径锁死在一种

抽象的理论模式之上。

(二)如何对待实践?

传统的法律社会学预设了某种“实践论”的主张,而这种“实践论”的问题在于,它容易导致对历史和现状合理性的先天接纳,容易蜕化为对当下不合理状态的确认和巩固。在这个意义上,实践论的“时间性”可能也会指向一种“去时间化”的历史学和社会学解释,从而难以揭示“历时性”的“历史”所充斥的各种相互冲撞的力量、难以消弭的冲突因素,以及未来的丰富可能性。虽然在“理论”上可以兼容不同的形式化原则,在观念上可以强调其共存的合理性,进而构造出抽象层次上的理想调和原则(诸如中国法律的“道德实用主义”“家主义法律传统”“非诉讼解决”等),但这些具有内在冲突的原则,其协调均衡点在“实践”中应当如何把握,特别是当“疑难案件”出现之时,在必须做出某种法律“决断”的时刻,“实践论”就必须对曾经试图避免决断的问题作出决断。否则,“实践论”就有可能蜕化为无原则的浑融主义和犬儒主义。严格意义上的正义道德原则背后都有特定的规范化条件预设。这些规范化条件预设所代表的往往是相互冲突与对撞,而不是始终友好协调的历史社会力量。这些难以调和的“诸神之争”意义上的冲突和矛盾,最终作为“历史的狡计”,恰是历史正题和反题上升为合题的契机。但实践论的记录主义态度则可能带来对社会过程和社会演化的简单解读和拼接,虽然可能是出于科学态度的要求,但也可能进一步导致“理论”和“正义”的死亡。这是因为,对于社会现实的科学描述,以及对矛盾价值原则和谐共处的善意期待,可能会沦为对社会和权力现实的无原则记录和解读。如果把握得好,就是实践融贯;如果把握不好,则可能蜕化为对现状合理性无批判的认可。

概言之,法律的社会实践必然包含目的、原

则和道德的维度。因此,诸如中国法的“道德实用主义”“家主义法律传统”“非诉讼解决”这些法律社会学的自我宣示中,实际也隐藏着内在的矛盾和张力。^⑩比如,“道德主义”和“实用主义”要素在实践中如何具体结合?其历史连接机制是如何持续演化和最终巩固的?这两种历史动力原则如何能够始终内在合契地共处,特别是在“疑难案件”出现之时,当必须进行价值和原则决断与论证之时,其决断主体和论证结构又是如何进行设置的?判断其合理性的标准又是怎样生成的?它是否可以并应当被掌握在一个具有超然性地位和角色的群体或组织手中?从更法理化的层面而言,“法律”的特殊之处正在于它的规范化运作过程中存在一个必须做出规范决断的“临界点”。法律作为一种超越日常“实践”的规范性力量,天然就具有某种“反日常实践”和“反社会事实性”的特殊属性,正是通过这种反对和抗拒“日常实践”的姿态,法律承担着法律系统的特殊功能。法律作为维护规范性期望于不坠之地的一种特殊实践形态,本身就要求以一种“不学习”和“不顺从”实践的态度,来维持这种规范性期望的持续稳定。即使破坏这种规范性期望很可能带来某种“实践”上的好处,它也要求必须采取一种看似愚笨的非实用主义态度来维系所谓“法律的信仰”,以此来安定一个更高层次和更大抽象意义上的历史实践的可持续性。换言之,法律与社会学之间始终存在一种有待立法者和司法者不断去进行创造性转换的内在张力。

这也是各种自由主义或社会主义理想在形塑法律实践过程中的真正力量。它们充当了历史车轨扳道夫的角色,通过对道德与正义原则的历史追溯和弥新解释,塑造历史并改变历史的发展方向,从而赋予采取“不学习”和“不顺从”态度的法律实践以道德方向指引的历史驱动力。“实践主义”无疑也隐含了特定的价值与原则抉择的

态度,但由于它极力隐藏这种态度,因此可能使其沦为一种具有一定巫术色彩的概念,成为一个对于现实无条件接纳和顺服的暧昧原则。它既可以容纳普通法的传统,也可能涵括法家主义的训诫;既可以是亚里士多德式的德性,也可以是康德式的理想;既可以是儒家主义的教条,也可能是马锡五式的概念。

三、结语

综上所述,中国法律社会学所必然强调的“实践”逻辑,绝不应该是对历史和现状无原则的总体接纳。而一些法律本土派和中国模式派的“实践主义”主张,恰恰由于其只是记录性地关心司法实践而无视正义性的法律价值,无视前瞻引导性的价值规范,很容易就陷入盲目的保守,从而在根本上无力指引中国法律的实践导向。这些“实践论”可以表现为各种法律现实主义、实用主义、社会科学分析乃至教义论,其思想光谱可以涵盖从左翼到右翼的模式论、本土资源论、法史研究、法律经济学和新自由主义法学的各种版本,而其共同的特征都在于陷入了一种简单的经验主义、现实主义、回顾主义和本土主义,无视现有法律体系的缺点,特别是无视当今法律全球化中一些不断被激发的新的演变趋势。这已使当代中国法学与法律社会学研究陷入一种危机状态之中。

因此,中国法律社会学所隐含的“实践”导向,必须同时提供对法律正义维度的言说和论辩。各种宣称“理论”要为“实践”服务的“现实主义”或“实用主义”法律学说,究其根本,还是缺乏前瞻性和批判性的正义价值维度,特别容易沦为对现实合理性的论证和辩护,从而无法借助对历史实践的认知,反向提供改变历史现实进程的价值指引。这正是中国“法律社会学”能否发扬光

大的一个内在制约因素,也是必须基于全面反思才能够再出发从而真正成为“中国法律社会学”的关键。“实践逻辑”不可能都是合理和正义的,因此“实践逻辑”也当有“善”与“恶”之分,而对于作为稳定规范性期望的法律制度而言,其本身就具有极为强烈的“应然”色彩,因此就更为需要通过前瞻性和批判性的正义标准来提供对某一制度是否从属“良法”的判准。必须依靠正义价值和原则道德层面的法律商谈和论辩,才能辨明法律制度的善恶。只有如此,才能从杂多的“实践逻辑”中辨认出具有普适主义的法律发展道路。善与恶之间的道路选择,更需要以理解历史实践的复杂性和悖论性为前提,唯有如此,才能以成熟稳健的历史智慧,探索出一条既符合实际又具有正义理想的法律新路,这也正是新的中国法律社会学的历史使命所在。

注释:

①有关中国的悖论社会特征,详参[美]黄宗智:《实践与理论:中国社会、经济与法律的历史与现实研究》,第1章、第7章,北京:法律出版社2015年版。

②德沃金有关作为“整体性”的法律解释的论述,参见[美]德沃金:《法律帝国》,李常青译,北京:中国大百科全书出版社1996年版,第158、167、170、196—198、203页。

③ Andrew Szamoszegi and Cole Kyle, *An Analysis of State-owned Enterprises and State Capitalism in China*, Vol. 52, Capital Trade, Incorporated for US-China Economic and Security Review Commission, 2011.

④ Anita Chan, “A ‘Race to the Bottom’: Globalization and China’s Labour Standards,” *China Perspectives*, No. 46, 2006, pp. 1, 13.

⑤参见[美]西尔维亚·奥斯特里:《世界贸易组织(WTO):压力下的体制》,丁开杰译,载[加拿大]斯蒂

文·伯恩斯坦、威廉·科尔曼(主编):《不确定的合法性:全球化时代的政治共同体、权力和权威》,丁开杰等译,北京:社会科学文献出版社2011年版,第119—141页。

⑥参见余成峰:《宪法运动的三次全球化及其当代危机》,载《清华法学》2016年第5期。

⑦此处借用了费孝通在《乡土中国》中提出的著名概念。费孝通强调其相对西方“团体格局”的特征,本文更突出这一概念的身份/层级/阶序色彩。

⑧有关中国劳动法的历史演变与非正规经济,详参[美]黄宗智:《实践与理论:中国社会、经济与法律的历史与现实研究》,第17章。

⑨[美]黄宗智:《实践与理论:中国社会、经济与法律的历史与现实研究》,第482页。

⑩有关中国的家庭财产制的考察,参见俞江的《中国民法典诞生百年祭——以财产制为中心考察民法移植的两条主线》(载《政法论坛》2011年第4期)和余盛峰的《家庭代际财产传承的习惯法、国家法与西方法——以湖北省Z市S镇法庭纠纷处理为例》(载《私法》第5辑第1卷,北京大学出版社2005年版)等文。

⑪同注⑨,第24页。

⑫参见《法学研究》杂志近年围绕城市土地国有问题的系列讨论。

⑬同注⑨,第133页。

⑭季卫东就深刻指出,强调“阶级性”的中国法理学实际容易导向功利主义。季卫东:《法理学在中国复活的契机》,载《中国法律评论》2016第3期。

⑮参见赵晓力:《法律经济学在中国》,载苏力、陈春声(主编):《中国人文社会科学三十年》,北京:三联书店2009年版,第188—213页。

⑯同注⑨,第479页。

⑰参见[美]黄宗智:《制度化了的“半工半耕”过密型农业》(上、下),载《读书》2006年第2、3期。

⑱卢曼的法律社会理论,参见[德]卢曼:《社会中的法》,“国立编译馆”主译、李君韬译,台北:“国立编译馆”2009年版。

⑲对此作出理论突破努力的丰硕成果,参见高鸿钧主持的《清华法治论衡》系列封面专题与相关文章,特别

是高鸿钧与於兴中主编的《清华法治论衡》第12辑(社会理论之法前沿)。

②⑩相关的代表性论点参见[美]黄宗智:《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》2016年第1期;张龔:《论我国法律体系中的家与

个体自由原则》,载《中外法学》2013年第4期;俞荣根、魏顺光:《中国传统“调处”的非诉讼经验》,载《中国政法大学学报》2012年第1期。

责任编辑:周 慧

《社会》2020年第1期目录

专题:道德与秩序

王思凝 贾宇婧 田 耕 “议彩礼”:论农村彩礼形成机制中的道德嵌入性

李阿琳 没有公众的公共空间:大栅栏院落调整中的国家与个人

王瑞静 整合药礼:阿卡医疗体系的运作机制

专题:历史社会学

冯建勇 在“枢纽”与“限界”之间的“边缘人”——民国时期边地汉人形象建构论说

傅春晖 明清以来的市镇:中国城镇化发展的历史因缘

王 楠 颠覆与虚无:莎剧《麦克白》与《哈姆莱特》中的主观性困境

梁永佳 抑制演化:库拉圈的社会权力

章高荣 慈善概念的移植何以未完成:一个政策过程的分析

石智雷 区域文化对婚姻稳定性的影响:基于跨省流动人口的研究

地址:上海市上大路99号上海大学出版大楼215室 邮编:200444 电话:021-66135633

邮发代号:4-364 定价:42.00元

网址: <http://www.society.shu.edu.cn> 电子邮箱: society1981@163.com

cused on formulating idealized and ideologically-minded narratives, but on establishing modeled inferences to understand empirically delimited facts. Its purpose is to unravel the mechanisms behind empirical facts that are not easily interpreted by purely qualitative research. Such development in the methodology of contemporary economics may be called “substantialization of formal economics.” A good comprehension of this trend will help reveal a unique aspect of the epistemological value of mainstream economics.

Keywords: formalism, substantivism, complete models, empirically delimited facts, economic methodology

In Pursuit of Justice: The Crisis and the Way out of China’s Legal Sociology

78

Yu Chengfeng

Abstract: Different from what has been described in classic social theories, the practice of the rule of law in China has presented a series of paradoxical characteristics. In the fields of labor law, property law, contract law, financial law, company law, and environmental law, a legal system characterized by internal-external distinction, identity demonstration and property right hierarchy has emerged, whose nature can hardly be grasped in its entirety by either formalist or substantivist theories. China’s legal sociology should neither directly appropriate a certain Western doctrine nor blindly adhere to its native practical theories. It is necessary to carry out a more pragmatic and deeper analysis of the special structure and paradox logic of the rule-of-law movement in China at the global and national levels during the reform period and make a forward-looking criticism and reflection on the development of the rule of law at the level of justice and norms. This will be crucial to an academic breakthrough and path-finding in Chinese legal sociology.

Keywords: paradox society, legal sociology, social theory, rule-of-law movement, legal justice

LAW AND POLITICS

“Making Nationals/Citizens” and “Making Nationalities” in the Republic of China Period: Some Remarks on Wang Ming-ke’s “Nationalities and Nationals/Citizens in the Border Areas” 91

Ma Rong

Abstract: Wang Ming-ke’s essay, “Nationalities and Nationals/Citizens in the Border Areas,” touches on an important issue, that is, what was more pressing to the Chinese scholars during the Republic of China period, to “make nationalities” or to “make nationals/citizens”? This is related to that part of history in which there were Li Guangming’s work on “making nationals/citizens” in 1929 and Rui Yifu et al.’s work on “making nationalities” in 1933, both worthy of further discussion. By comparing the two, it is not difficult to find that “making nationalities”, in which Western ethnological knowledge is employed to identify different ethnic groups in China’s border areas, is easier work, but the centrifugal force brought about by the “nationality/ethnic” consciousness thus aroused cannot be ignored. To build national identity among the ethnic groups, “making nationals/citi-