

# “实用道德主义”下中国法律现代性的去从

——从《过去和现在：中国民事法律实践的探索》出发

张琳\*

西方社会中的主客二分思维方法，即“经验论”和“唯理论”，一直影响着我国现代法学及法学理论的发展。我国曾经大规模地移植西方法律，默认其普适性与共同性，也默认了西方法律在中国适用的大致方向，导致了我们的法律传统百年来一再被否定，也造成了我们今天不得不面对的中国法律史日益边缘化的现实。在传统法律与西方法律的碰撞中，我们可预见中西二元对立的困惑与无奈。黄宗智先生把这种二元对立的冲突清晰表达为一种分裂状态，即把我国“现代”法律完全等同于西方法律，放弃对我国现代法律和历史的发言权；或是在感情上认为中国法律有其自身价值，但在认识上依然认为西方现代法律是唯一真正的法律，默认中国法律传统与西方法律完全对立的状态。在这种分裂状态下，我们不得不思考：我们自己的民事法制起源何处？我们的现代法律又要走向何处？

黄宗智先生在其著作《过去和现在：中国民事法律实践的探索》中，提出了一条从过去和现在、历史和现实中寻求方法，紧密联系法理与实践，

\* 张琳，西南民族大学法学院硕士研究生。

重新理解中国法律传统的价值和意义的中国法律现代性的进路，并且从中国法律史研究中抽象概括出一个新的、关系实践运作的、具有理论意义的法律概念——实用道德主义。

一

从历史和现实角度来说，中国法律是由不同的法律传统混合而成的。它包括旧帝国传统的延续和演变，新革命传统的创新和延续，以及对西方法律所作的选择性转释和改造。<sup>①</sup> 一直以来，学者对中国法律史和中国法律传统的研究多倾向于理论和制度方面，最后结果则是未能跳出现有的理论基础，也没能推导出中国现代法律的理论框架。黄宗智先生的研究则强调从诉讼档案出发，关注清代以来的法律实践记录，在大量实践案例的基础上重新架构中国法律理论概念。从其著作《清代以来民事法律的表达与实践：历史、理论与现实》中，我们已能清晰地了解这种实践历史研究方法。

《过去和现在：中国民事法律实践的探索》首版于 2009 年，并作为《清代以来民事法律的表达与实践：历史、理论与现实》的“卷三”于 2014 年再版，笔者阅读的是 2009 年版。在 2014 年再版中，卷一、卷二分别是《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》和《法典、习俗与司法实践：清代与民国的比较》。在《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》中，作者认为法律制度的实际运作与清政府的官方表述之间有很大的差距，只有充分理解这两者才能理解清代法律制度的特征以及国家和社会的关系。《法典、习俗与司法实践：清代与民国的比较》则重点论述了清代及民国时期国家法律与乡村习俗的相互作用，以及其间相悖和相符的各个方面。《过去和现在：中国民事法律实践的探索》则将中国民事法律实践的探索延伸至当代，主要针对改革开放以来传统的创新与延续。在本书中，作者聚焦于道德与法律、理论与经验在中国的过去和现在的结合，并从不同层面检视其正面和负面。<sup>②</sup> 为了勾勒出真正具有中国主体性和可行

① 参见〔美〕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，第3页。

② 参见〔美〕黄宗智《道德与法律：中国的过去和现在》，《开放时代》2015年第1期。

性的道路，作者分析了大量离婚法、法庭调解制度、第三领域和集权的简约治理及社区调解制度等实践的诉讼档案，也细致总结了法律思维的思维方式。如果说前两本著作是作者通过对清代以来中国法律史的研究，探索创建具有中国主体性和符合中国社会实际的法律的方向，那么，本书则不仅为我们清晰地指明了这个方向，还提炼出具有完整理论框架的中国现代立法进路。本书对中国法律现代性的探究包括两个方面，一是贯穿古今的思维逻辑（即实用道德主义法律概念的概括），二是中国法律现代性的实质内涵。

## 二

“实用道德主义”是黄宗智先生从中国大量的过去和现在的制度实践与司法案例中抽象概括出的一个有理论意义的法律概念。实用道德主义是指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。<sup>①</sup>他在书中强调，这种思维不同于西方形式主义思维，特别强调经验与概念的紧密结合，因而不会轻易陷入现代主义那种普适化野心和意识形态化倾向；更加重视经验和实效，以及历史情境和变迁。“实用道德主义”思维背后的原理在于，中国传统法学绝非只能掌握具体而不能运用抽象，已有的抽象法律原则和道德准则的背后往往是大量复杂多变的具体实际情况。这种思维的实质在于其从实际出发，上升到理论概念，再返回实践去检验的基本逻辑。在实践中具体表现为检验已经被适用的道德准则和法律原则的实用性，并通过其实践检验结果上升为普遍适用的法则。

在作者看来，实用道德主义所表达的道德主义与实际效用相结合的思维方式贯穿于中国立法实践的过去和现在。作者在对从某些立法实践的起源、现实和发展的描述中清晰展现了这种强调经验与概念紧密结合、法律和道德相互关联的思维方式。

比如，从20世纪40年代起就广为运用的判决离婚要以夫妻感情确已破

<sup>①</sup> 参见〔美〕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，第4页。

裂为条件。当代的中国法律认为西方资产阶级把婚姻看作民事契约的态度过于轻佻,<sup>①</sup> 夫妻感情才是婚姻最基本的要素, 只有当这种基础根本不存在或被破坏而导致“夫妻感情根本不合”时才应当离婚。这种观念来源于当时社会对“婚姻自由”“男女平等”的提倡, 是中国共产党对新的社会秩序的构想的基本组成部分。虽然 1950 年《婚姻法》没有提及“感情”, 但作者在书中列举了抗战时期许多边区的战时婚姻立法及法学家和法官在适用和解释《婚姻法》时将感情因素纳入考虑的例子。直到 1980 年, 《婚姻法》才将感情观念正式纳入法律文本, 在草案“调解无效, 应准予离婚”中加入“如感情确已破裂”这个条件,<sup>②</sup> 而这个法条至今有效。这无疑是从实践到理论、经验优先于理论的很好证明。

又如, 法庭调解实践在历史和现实中所表现出的意识形态的改变, 强有力地展示了实用道德主义思维在过去和现在的延续。我国的调解体系发展到现在已经具备了完整的形态, 目前所存在的非正式调解、正式判决, 以及调解与判决之间的过渡式, 都有背后的意识形态和逻辑思维。清代, 在儒家“仁”的社会道德原则的支配下, 利用民间调解解决纠纷是其理想, 但为了解决实际问题, 最终还是选择了判决与调解结合的方式。抗战时期陕甘宁边区实行的“马锡五审判方式”以及强制性的“调解和好”制度则处于判决和调解之间的过渡区域(调解式判决与判决式调解)。<sup>③</sup> 当代中国的司法实践则总结出一套更为有效的运作方式——自愿通过妥协解决分歧、无须确定法律上的是与非, 在那些不涉及明确的是非过错情形的案件中运作得最有效。<sup>④</sup> 调解与判决结合的运作模式经历岁月动荡依然得以留存, 虽有意识形态的变化, 却也不能忽视传统的延续, 其背后逻辑在于, 中国法

① 参见〔美〕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，第105页。笔者认为当代的中国法律对婚姻的看法是把其看作是协议关系之上，更是一种夫妇间的道德化行为，其基础是两人之间的感情。这区别于西方资产阶级将婚姻置于合同法之下，认为婚姻是夫妻作为两个人之间的契约关系的轻佻态度。

② 参见〔美〕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，第107页。

③ 调解式判决在离婚法实践中表现为法官先判决性地驳回离婚请求，利用强制手段达成和解；判决式调解则表现为先判决性地认定一方为过错方，然后协助双方自愿达成和解。

④ 参见〔美〕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，第144～149页。

是从事实情形出发，不受抽象原则的支配。最现实的表现则在于，我们当前所适用的某些被纳入正式法律的条文，往往历经了多年实践的检验。

### 三

笔者尝试理解黄宗智先生所论的“实用道德主义”理论，但翻阅几遍，也只能读懂一二。首先，黄先生所述的“实用道德主义”应该是“法律”与“道德”的结合。笔者在阅读时，也很清晰地感受到作者其实是在跟韦伯对话，他认为韦伯所代表的是现代西方法学把法律和道德作为非此即彼的二元对立的倾向。<sup>①</sup> 韦伯曾研究传统中国社会法律的一般特点及传统中国社会法律没有近代化的原因。他认为缺乏形式性和注重所谓的实际公道是传统中国法律的重要特性，更指出其原因在于法律与伦理的结合，特别强调儒教伦理造成传统中国社会的法律缺乏合理性。<sup>②</sup> 显然，黄宗智先生所认为的中国传统法律中道德与法律结合的实用道德主义与韦伯对于中国传统法律的认知是相对立的。黄宗智先生认为，正是法律与道德的结合才使中国现代法律依然保有多元化的色彩。从书中列举的大量具体实践可以看出，道德与法律的结合存在于过去和现在，也涉及实践层面和法理层面。比如，在法庭调解实践中，在和谐理念支撑下，官方希望通过人们的互让美德来解决纠纷，而不只是依靠惩罚来规正秩序。我们必须承认的是，往往依靠法庭调解才能更好地解决纠纷。这实际是一种与韦伯所论的“去道德化”的法律形式主义相反的实践理论，即在长期的实践中作出被认可的合理的道德价值选择，再根据这种选择抽象出符合现实与发展的法律理论，最后形成的法律理论往往是人们已经熟识并乐于遵守的。这种道德寓于法律中的理论便是黄先生所称“实用道德主义”。

其次，笔者所理解的“实用道德主义”应该是“道德”和“实用”的结合，即包含道德性表达和实用性行动。这种结合，表现为既有相当明确的道德性价值观念，也有相当明确的实用性认识方法，这种灵活的思维方

① 参见〔美〕黄宗智《道德与法律：中国的过去和现在》，《开放时代》2015年第1期。

② 参见王振东《韦伯：社会法学理论》，黑龙江大学出版社，2010，第76页。

式是我国所独有的。例如，在继承法实践中，男女权利和义务平等的理念追求的应是赡养责任和继承权利的平等，即应该平等地继承父母的财产，同时平等地尽到赡养父母的义务。但在农村实践中，由于女儿出嫁，大部分赡养义务实则由儿子承担，在这种情况下如果仍坚持承担较少义务的人享有平等的继承权则显得不合情理，也造成了实质不平等。<sup>①</sup> 民国时期，虽然在法典中引进了西方性别平等原则，但在实践中还是承袭了小农社会的旧习惯，由儿子承担赡养义务和享受继承权利。中国共产党尽管也确立了性别平等原则，在实践中最终还是赋予在家的儿子而非出嫁的女儿继承权。基于长期的实践和合理的道德考量，我国在 1985 年的《继承法》中规定，尽了赡养（的道德）义务的子女在继承遗产时可以多得，没有尽义务的少得。该规定很好地解决了道德理念与实践的冲突，其合理性和实用性是在长期的实践中形成的，同时又为后来的长期实践所证明。

最后，笔者所理解的“实用道德主义”亦应是“理论”与“经验”的结合。黄宗智先生在书中频频强调的实践历史研究方法，不是纯“经验主义”的研究方法，而是经验与理论的结合。西方法律在形式主义支撑下通常推崇从理论抽象到具体事实再到理论的逻辑，其实质是侧重理论，表现为追求法律概念的模糊性。而我国法律则是在具体经验和抽象理论之间，侧重实质真实和具体经验。当然，这并不表示我国的法律传统是忽视抽象理论的，而是说抽象必须建立在实际情况之上。这个思维下表达经验与理论结合的典型例子是我国损害赔偿责任中的过错推定原则。我国移植的西方法律中的损害赔偿是基于侵权行为和侵权过错，有过错才赔偿，无过错不赔偿。但在实践中存在大量意外事件，不能包含在过错原则内。于是立法者们根据实际情况增加了由当事人分担民事责任的原则，即无过错责任原则。在黄宗智先生看来，在过错责任的基础上添加无过错责任虽看似矛盾，但我国优先考虑的是解决实际问题，而不是抽象原则的概括。显然这与西方立法者所秉持的由理论到实践的逻辑是相反的，也是西方立法者不能接受的。这完全体现了我国传统法律中从经验到理论再到实践的逻辑思维方式。

<sup>①</sup> 参见〔美〕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，第 265 ~ 266 页。

## 四

关于现代性的内涵，黄宗智先生在其著作中已经循序渐进地展现给我们。首先，黄宗智先生在《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》一书中认为清代法律制度有两个特点：一是高度道德化的理想和话语，二是在操作中比较实用，能够适应社会实际和民间习俗。而清代法律制度的实质并不在于官方表达或实际运作的任一方，而在于两者的相互背离和抱合、相互矛盾却统一。<sup>①</sup> 其次，黄宗智先生在《法典、习俗与司法实践：清代与民国的比较》中将清代与民国的法典习俗与司法实践加以比较，认为当国家法律观念和民间习俗出现分离时，清朝法律和民国法律的最后选择都会趋同，即清朝法律通过其实用条例在很大程度上迁就习俗和不断变化的社会现实，民国政府也对新旧法律作了有选择性的混合。中国法律现代性就是在这种曲折变迁中展开的。<sup>②</sup> 最后，《过去和现在：中国民事法律实践的探索》则完整地概括了在实践历史研究方法下探索出的中国法律的现代性之路。作者认为法律的现代性不在于任意一种意识形态，而在于历史的变迁过程。这就如同实用主义理论下的美国法律现代性，其内涵并不在于“古典正统”和实用主义任一方，而在于两者的长期共存。<sup>③</sup> 而中国法律现代性的实质内涵不在于传统法律和西方法律的任一方，甚至不在于实用道德主义也不在于形式主义，而应该在于两者的长期并存、拉锯和相互

① 参见〔美〕黄宗智《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》（卷一），法律出版社，2014，第5~8页。

② 参见〔美〕黄宗智《法典、习俗与司法实践：清代与民国的比较》（卷二），法律出版社，2014，第195~196页。

③ 人们一般把此“正统”追溯到从1870年开始执掌哈佛法学院的兰德尔（Christopher Columbus Langdell），他是从先例（case precedent）出发，试图对契约和赔偿的法理作出系统的整理和概括，再通过演绎推理建立一个在逻辑上完全整合的法律体系。对兰德尔来说，法学应该和希腊传统的欧几里得几何学（Euclidean geometry）一样，从有数个公理（axioms）出发，凭推理得出真确的定理（theorems），而后通过逻辑应用于所有案件的事实情况。因此，人们也把兰德尔代表的“古典正统”称为美国的法律形式主义（legal formalism）传统。美国法律实用主义代表人物是霍姆斯（Oliver Wendell Holmes），他特别强调法律的历史性，否认其具有永恒真理的普适性，认为法律必须应时而变，并且必须在实践中检验，通过社会实效来辨别优劣。

渗透。<sup>①</sup>依笔者理解，其言外之意是传统法律与移植法律的碰撞不可避免，与其陷入非此即彼的二元对立，不如尝试使两者在冲突中融合。或许西方法律在实用道德主义的批评和抨击下，会蜕化出更适合中国实践的新法律，同时又在两者的融合中催生出更加合理的中国法律体制。

黄宗智先生对中国法律现代性的探究，与非此即彼的“二元论”思想影响下的部分移植论者、本土资源论者和法律文化论者显现出很大的不同。法律移植论者受西方理论到经验的逻辑思维影响，希望通过完整的制度设计和程序运作克服西方法律理论在中国实践中遇到的挫折。同时，在“二元论”的冲击下，有些移植论者在有意或无意间采取了一种虚无主义态度对待中国传统法律文化，认为西方法律的普适性足以支撑中国法律的现代性，或者坚定地认为中国法律的未来应与国际接轨。黄宗智先生则认为这种脱离实际、依靠演绎推理来设计拥有完整逻辑的制度的思维方式过于理想化。<sup>②</sup>

而本土资源论者则坚持传统习惯和惯例在功能上的不可替代性和有效性，认为僵硬地将传统法律套用于西方法律可能会适得其反。苏力先生力图在宏观的法学理论与微观的司法实践之间找到一些契合点，提醒中国当代法治的真正形成要关注实践。同时，强调本土文化法律体系中知识的特殊性，认为中国现代法治之路必须依靠本土资源。在认定不可能有先验确定的中国法治之路的同时，提出了国家制定法与民间法沟通融合的法治之路。<sup>③</sup>法律文化论者将中国法律和西方法律归为不同的法律类型，不同的法律是不同社会文化的产物。梁治平先生的法律文化研究就是通过对中国古代法律史的细致研究，发现支撑中国古代法律制度和思想的独特安排。<sup>④</sup>本土资源论者和法律文化论者都否定中国传统加西方法律文化的盲目套用模式，对实际运作却没有提出具体意见。《过去和现在：中国民事法律实践的探索》一书对中国法律现代性实质内涵的理解与本土资源论者的相似处在于都承认实践的特殊性，都不承认跨越时间和实践的普遍真理。只是黄宗

① 参见〔美〕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，第256页。

② 参见黄宗智《道德与法律：中国的过去和现在》，《开放时代》2015年第1期。

③ 参见苏力《法治及其本土资源》（第三版），北京大学出版社，2015，第22页。

④ 参见梁治平《清代习惯法》，广西师范大学出版社，2015，第3页。

智先生认为本土资源论者缺乏对理论的思考和抽象，也缺乏指导实践的具体意见；而法律文化论者则过于关注中西方法律制度在外观和功能上的不同，过于强调文化类型对法律制度的决定，忽略了两者在实践中的相对结合。

同法律文化论者和本土资源论者一样，黄宗智先生的实践历史研究方法和对中国现代立法进路的概括，为中国未来的法治实践提供了更多的可能。并且，其提出的诸多全新观念不仅契合了中国法律史研究瓶颈时期对新方法的需求，也实现了其对重握中国法律话语权的尝试。首先，黄宗智先生坚持从实践出发展开研究，以实践反思表达，以实践反思制度，从而使研究有政策意义和理论意义。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实践的法治和法学理论。<sup>①</sup> 其次，黄先生具备文化双重性，不局限于二元对立的框架，使中国研究与美国研究在学术上可以相互融合而不是冲突对立。这当然有利于新的主体性的价值追求。<sup>②</sup> 最后，黄先生真正提炼出了他认为可以揭示中国法律主体性的法律概念，并具体指出了未来的法治之路，相比此前学者笼统和保守的总结研究，更凸显其学术贡献。

## 五

以上是笔者对黄宗智先生关于中国法律的实践历史研究方法，以及西方法律与传统法律、实用道德主义与形式主义融合与分工的中国法律现代性立法进路的浅显理解。同时，在阅读过程中还有些许疑问有待解答。首先是一些具体论证方面的问题。例如，“感情确已破裂”是基于现实问题的反向行动，而不是简单践行“婚姻自由”的结果：一方面，它是中国共产党对苏联社会主义法律感情观念的继承；另一方面，它也是为了将农民中的对抗性因素化为最小，使新社会秩序的建立更顺畅。又如，黄宗智先生对无过错责任原则的解释，在我国其实更应该理解为公平责任原则。无过

① 参见陈柏峰《“迈向实践”的法学——读黄宗智著〈过去和现在〉》，《学术界》2010年第3期。

② 参见桂华《双重文化自觉下社会科学主体性追求——评黄宗智从实践出发的研究方法》，《社会科学论坛》2016年第8期。

错责任在主观上无过错，但实际确实实施了加害行为，所以只能适用于法律有明文规定的情况。而只有公平责任原则才涉及在双方当事人均无过错的情况下为了彰显公平，要求当事人分担损害后果。其次是几点逻辑方面的困惑。其一，笔者很赞同苏力先生在《法治及其本土资源》一书中所述的不可能有先验确定的中国法治之路的观点，<sup>①</sup>因为具体实践复杂多变，未来走向无法预期。同时，也很赞同黄先生从实践历史中探究法律现代性的想法。按照黄先生的逻辑，应在长期实践中抽象出合理且被认同的法律原则和道德理念，笔者亦承认实践历史中已论证过的道德理念。但现在的实用道德似乎不能涵盖以后人们所认可的全部道德，提前注入意义何在？所以，从实用道德主义谈中国法律的未来图景，其实在逻辑上推导不出。其二，黄宗智先生用“古典正统”与“实用主义”结合的美国法律现代性类比推出中国法律现代性实质，只不过“古典正统”与“实用主义”都是美国社会的实践历史产物，有着美国原始的烙印，而形式主义却不是中国原本的实践历史，形式主义与实用道德主义怎样融合才不会陷入套用模式的尴尬，作者在书中并没有给出答案。最后是实用性方面的困惑。形式主义与实用道德主义的渗透融合，必须建立在对两种理论都见微知著、洞若观火的情况下，而相同理论背景下的学者尚难以实现这种融合，更何况不同背景下的学者？所以，关于两者融合渗透的研究实则很难。

## 结 语

在中国法理学传统薄弱、中国法律史研究日益边缘化的现实下，很多学者都尝试并且希望延续或者重构传统法律的现实理论。黄宗智先生的实践历史研究方法，以及从解构实践历史中重新挖掘出中国自己的法理概念，实现了其从中国研究到中国学术的转变。而其从实践层面揭示法律的主体性、重新抓住中国法学话语权的尝试无疑鼓励和激发了中国法律学者，特别是法科学学生的自信。不考虑笔者提出的无关紧要的逻辑疑问，也许将来某一天，中国理论会成为中国对世界的贡献。

<sup>①</sup> 参见苏力《法治及其本土资源》（第三版），北京大学出版社，2015，第22页。