

再论调解及中西正义 体系融合之路

黄宗智*

摘要 从体现“移植主义”和“本土资源”之对立的 two 篇代表性著作的不同逻辑内涵出发,研究者有可能找到一种与两者都不同的研究进路:摆脱单一面和理想化的建构,尤其是西方演绎逻辑所建构的理想类型思维,采用超越简单二元对立的二元合一“实践逻辑”,并采用多元整体和历史回顾与前瞻愿想的视野来认识、理解中国古今的正义体系。这一探索特别聚焦于非正式调解和正式法院审判的并存以及两者间互动的“第三领域”,将其置于全球的比较视野中来突出古今中国(和来自“中华法系”传统的日本与韩国“东亚”国家)这方面与西方正义体系的深层不同,借此来指向一条超越中西二元对立、非此即彼的研究进路;进而从超越主观和客观、意志和结构二元对立的实践逻辑的认识论出发,通过考察中国古今正义体系整体的实际运作,来探索一条比中国传统法理和西方形式理性法理都更符合中国实际和需要的、融合中西的未来长远发展道路。

关键词 演绎逻辑 二元对立 实践逻辑 多元整体 历史回顾与前瞻愿想

一、问题与争议

现有的学术研究较多偏重理论或经验/实践两者之一的单一维度,或无视经验/实践,或无视理论概括,缺乏对两者间连接的关注。而且,较多聚焦于某一局部——要么仅是正规成文法律和法院,要么仅是民间的非正式调解,少有关注其双维和两者间的互动的研究。我们也较少看到关于正义体系整体与部分间的关联与互动的论析,和贯穿过去的历史和今天的现实及未

* 中国人民大学法学院讲座教授。

来的走向的研究。

正因为如此,研究者更容易陷于一种二元对立、非此即彼的视野和论争。有的简单认为,“现代”的法律必须是西方式的“普适”的法律——从个人权利的前提准则出发,要求逻辑上完全前后一贯,由此建立一个完整的法律体系——一如韦伯所建构的“形式主义理性”理想类型法律那样。^{〔1〕}对他们来说,中国传统的法律已经完全过时,仅是一种只有一定的博物馆价值的历史,不再适用于全球化的、以西方法律为准则的“现代”。根据西方的法理,法庭审判必须是按照法典得出的符合演绎逻辑的判断。从这样的角度来认识,中国的调解制度无论在理念上(息讼、和谐、妥协)还是逻辑上,乃至对待“事实”(息事宁人 vs. 明判是非)的态度上,都不符合现代法律的要求。说到底,根本就不属于现代的法律或司法范畴。固然,有的论者简单认为,正因为如此,调解基本已经是一种过去的、过时的、无关要紧的、不再适用的制度。虽然有的意见不那么极端,认为调解还有一定的减轻法院负担的用途,但仍然认为,它绝对不可与现代的正式法律体系相混淆——“调审分离”乃是这种意见的最终结论,要求中国像西方近几十年来兴起的“非诉纠纷解决”(alternative dispute resolution, ADR)那样,明确划分审判与调解,认为不可混淆两者。李浩教授的文章给予这种观点特别清晰和系统的表达,可以视作一篇代表性的著作。^{〔2〕}

另一种意见则基本拒绝这种“现代主义”的见解,认为,西方的法律不仅与中国的传统不相符,也与中国现代的实际需要不相符,因为它完全是个舶来的东西。这些学者的基本态度是,法律必须纳入中国的“本土资源”或“特色”,不可能完全模仿与中国历史和实际十分不同的西方。曾宪义和马小红两位教授更别出心裁地论证,我们需要区别已经成为过去的(相对现代而言的)“古代”,和与“现代”仍然紧密相关的“传统”——“古代”固然已经过去,但“传统”是个伴随不同时代按照其不同需要而对其过去作出的不同的“建构”,因此,对任何国家来说,都必定具有其现代含义,不可或缺。对西方来说,其“传统”与“现代”法律具有无可置疑的连续性,但是,对一个像中国这样的后发展、曾受帝国主义侵略和摆布的国家来说,其间的关系比较复杂,但仍然必定存在。虽然其现代所表达的很大程度上是对古代传统的拒绝和对现代西方的引进,但其传统仍然不可忽视。我们必须梳理清楚不仅是断裂也是承继,才谈得上一个现代的中国。正视传统,才谈得上现代,不可像对待“古代”那样将其简单认作过去。^{〔3〕}

提出如此的论点,其用意无疑是针对国内,尤其是在法学(和经济学)领域,将西方的法学

〔1〕 (德)马克思·韦伯:《法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2005年版,尤见第一章结尾部分关于四大理想类型的讨论;参见 Max Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, ed. by Guenther Roth and Claus Wittich, trans. by Ephraim Eschoff et al., Berkeley: University of California Press, 尤见第 VIII 编。

〔2〕 李浩:“调解归调解,审判归审判:民事审判中的调审分离”,《中国法学》2013年第3期,第5—18页。

〔3〕 曾宪义、马小红:“试论古代法与传统法的关系——兼析中西法传统在近现代演变中的差异”,《中国法学》2005年第4期,第174—185页。

(和经济学)认作普世的“科学”来引进的巨大洪流。曾宪义、马小红两位教授的用意是拓宽中国的法律历史研究的现代含义。也就是说,他们拒绝将“现代化”简单等同于“西方化”。这个论点无疑具有一定说服力,当然也会引起人们来自本土意识的共鸣,可谓用心良苦。

虽然如此,曾宪义、马小红的论析应该说主要是一种概念(或“理论”)层面上的论析,其重点在指出中国特殊的法学理念(道德)和制度(礼)的现代价值,但他们该篇的论述其实对法律的实际运作(司法实践)关注较少。^{〔4〕} 本文要突出的则正是后一维度。如果我们的研究仅局限于“理论”或概括层面、或局限于应然和制度,而忽视其实际运作(以及笔者所谓的“实践历史”),我们很难跳出西方现代所构建的逻辑框架。正如韦伯的论著所展示,我们如果从其“个人权利”的前提出发,采纳逻辑化的演绎,我们只能得出其偏重“形式理性”的结论,^{〔5〕}甚至将法学建构为一个类似于欧几里得几何学那样的完全演绎逻辑化的体系。后者正是美国兰德尔领导的“古典正统”法学理论的核心。兰德尔非常有意识地将法学比拟于几何学:^{〔6〕}人们只要接纳了它的前提出发点和逻辑化思维,便只可能得出上述李浩文章所表达的论点。这是因为,从演绎逻辑角度来考虑,那篇文章称得上一个“无缝”的论构——正如韦伯所建构的形式理性理想类型要求那样。李文乃是一篇可以在一个现代西方法庭上具有完全说服力的逻辑化论证,堪称典范。

但是,从实际层面上来说,它其实只能是一个从真实世界抽离出的单一面化和理想化的建构,并不能扑捉中国正义体系的整体。对此,我们需要做的是推翻将那样的认识来当作唯一的现代的和“科学”的模式,因为真实世界绝对不会像那样的建构如此完全符合演绎逻辑,那么简单美好。

近几十年来,后现代主义理论已经对这样的形式化逻辑从认识论层面上提出强有力的批评,拒绝其将真实世界凭借实证主义和科学主义来简单化、模式化,并且,还指出其不可否认的“西方中心主义”本质。^{〔7〕} 事实是,许多西方(和模仿西方的)学者都(有的是潜意识地)认为,演绎逻辑乃是西方文明所独有的财产,认为它是一切理论所不可或缺的最基本条件。后现代主义对实证主义在认识论层面上的反思当然对我们有一定的帮助,使我们看到其认识论层面上的科学主义内涵。虽然,中国的后现代主义论者采纳的更多是后现代主义的“去西方中心化”的内涵,并不完全接纳其怀疑一切“所谓事实”的认识论上的根本出发点。无论如何,后现

〔4〕 虽然如此,曾教授后来的一篇文章,(使笔者感到意外地)明确认可对法律的实践历史,特别是调解实践的据实研究。曾宪义:“关于中国传统调解制度的若干问题研究”,《中国法学》2009年第4期,第34—46页。

〔5〕 韦伯,见前注〔1〕;Weber, *supra* note 1.

〔6〕 C. C. Langdell, *A Summary of the Law of Contracts*, Boston: Little, Brown, and Company, 1880;亦见黄宗智、高原:“法学和社会科学应该模仿自然科学吗?”,《开放时代》2015年第2期,第158—179页。

〔7〕 Edward Said, *Orientalism*, New York: Pantheon, 1978.

代主义的贡献主要在质疑,远大于建设,无论在西方还是在中国都如此。它并不能为我们建构另一种比现代主义更能掌握真实的研究进路,并不能协助我们认识和理解中国这样非西方的传统和其在现代所面对的(不同于西方的)问题。〔8〕

二、从实践来看待正义体系

对形式理性化的西方法律真正具有颠覆性的理论不是后现代主义理论而是“实践理论”。正如布迪厄指出,〔9〕实践,不同于理论,带有与形式化演绎逻辑十分不同的逻辑。它不会像形式逻辑那样陷于对主观主义 vs. 客观主义、唯心主义 vs. 唯物主义、意志主义 vs. 结构主义、感情主义 vs. 理性主义等诸多非此即彼对立的二元中,偏向逻辑上整合于单一维度的思维,而会是从实践出发,认识到其几乎必然涉及以上各对二元双维间的互动,而不是其任何单一面。譬如,正如布迪厄有说服力地论析,在实践层面上,“阶级”实践不仅取决于人们得自客观阶级背景所形成的“习性”,也取决于其个人面临实践时而做出的主观抉择(来自地主阶级的周恩来的一生便显然如此)。又譬如,资本实际上不仅是经典马克思主义概念中(客观的)物质资本,也可以是(主观的)“象征资本”,而且,两者是可以相互转换的:譬如,某种物品(如苹果的手机?)的品牌,显然不仅具有物质化客观的一面,也具有象征化主观的一面,相互补充。在这些方面,“实践逻辑”会更完全地为我们展示真实的复杂性和二元合一性,而不是一般理论所建构那样的单一的和被理想化的一面。作为一位在实践中也深深认同于劳动人民的行动者,布迪厄本人的用意是通过其实践理论来推进古典的马克思主义,为其纳入主观主义和个人意志的维度,避免陷入(我们大家都认识的)粗糙“阶级决定论”,避免陷入二元对立建构中单一面的认识倾向。

在这些方面,“实践”确实要优于单面化的演绎逻辑,也优于集中关注“话语”的后现代主义论析。话语论析虽然有可能超越形式主义理论论析(没有其同样、同等的逻辑化规定,并且能够展示一些深层,未经明确表达的感情和主观意识——譬如,“西方中心主义”及其对非西方歧视的“东方主义”)。〔10〕但是,由于其与几乎怀疑一切“所谓的真实”的意识形态化认识论紧密相关,并不一定带有像“实践逻辑”那样关注主观意志和客观结构双维间的互动。实际上,后现代主义多陷入脱离实践的话语(即便将话语称作“话语实践”)的论析,不具备相当于“实践”的平等的超越单一面化理论建构的实质。而且,没有可能会像实践那样展示一种未经理论化但

〔8〕 详细论析见黄宗智编:《实践社会科学研究指南》,广西师范大学出版社2020年版;尤见结语章。

〔9〕 Pierre Bourdieu, *Outline of a Theory of Practice*, trans. by Richard Nice, Cambridge: Cambridge University Press, 1977; Pierre Bourdieu, *The Logic of Practice*, trans. by Richard Rice, Stanford: Stanford University Press, 1990.

〔10〕 Said, *supra* note 7.

具有深层理论含义的实际。^{〔11〕}

对中国来说,由于其长期以来的“实用道德主义”思维习惯,以及其阴阳二元合一的宇宙观,很自然会要求看到实际的两面性和二元合一性。^{〔12〕}譬如,《大清律例》所采纳的便是个兼顾道德理念和实用双维的思路。它非常有意识地突出两者的互动合一,而不是偏向其单一面的理想化和演绎逻辑化。在那样的二元合一思维下,许多创新实际上主要来自实践而不是理念。在清代的成文法律中,变化的前沿多显示于基于实践经验的应时而生的“例”,而不是反映道德原则的长期不变的“律”。

在现当代面对西方理论和话语霸权的中国,创新更加多先来自实践而不是受囿于演绎逻辑连贯性的理论。其“摸着石头过河”的改革经验便是鲜明的例证。另外,在发展经济的实践中,在市场经济运作中和全球化国际竞争中,国家所扮演的角色显然不可或缺——截然不同于西方逻辑化的新自由主义的“无为”国家建构。那样的建构实际上不仅不符合中国的实际/实践,也不符和西方自身的实践历史。西方的国家,无论在重商主义(和殖民主义)时期还是后来的帝国主义时期的资本主义发展历史实践中,都显然不是“无为”的。^{〔13〕}

中国革命的实践历史也非常鲜明地表明,经典马克思主义和共产国际对其的援用,实际上远远脱离了中国的实际——“大革命”聚焦于城市战略的惨败便是最好的实证。毛泽东的乡村包围城市的实践化革命战略则说明实践逻辑的关键性。其实,中国革命和毛泽东的“实践论”便一定程度上包含了这里讨论的“实践理论”和“实践逻辑”,而其后在改革时期对“文化大革命”的反思——最终将“实事求是”突出为其关键要点,也同样。^{〔14〕}这些都是本文这里论述的实践逻辑的例证。

三、中国正义体系整体的“特色”

返回到法律问题,我们要看到,从实践角度来认识,中国的法律制度绝对不可简单限定于成文法律和正式的法院。在中国传统的正义体系中,一个核心目的是解决纠纷,尽可能做到诉讼的至少化、法庭判决和正式司法花费的最小化以及社会和谐的最大化。在革命时期和当代,中国不仅承继了其长期以来的民间调解的传统,更给予其进一步的拓展和适用,一度甚至将调解置于整个正义体系的最主要地位,要求法院通过调解来处理其最大多数的案件。在其后的改革时期,则不再如此单一面地偏重调解,采纳了一个调解+审判+两者结合互动的多元正义体系和司法模式。^{〔15〕}

〔11〕 参见黄宗智,见前注〔8〕。

〔12〕 黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,法律出版社2014年版。

〔13〕 黄宗智:“探寻没有股市霸权的市场经济发展道路,兼及振兴中国农村问题”,载《中国乡村研究》第16辑,广西师范大学出版社2020年版。

〔14〕 黄宗智:“中国革命中的农村阶级斗争——从土改到文革时期的表达性现实与客观性现实”,载《中国乡村研究》第2辑,广西师范大学出版社2003年版,第66—95页。

〔15〕 详细论证,参见黄宗智:《过去和现在:中国民事法律实践的探索》,法律出版社2014年版。

表1 改革初期和后期各种主要类型调解的总数(万)^[16]

	人民调解	行政调解			司法调解	总数
	村、居民调解委员会	基层司法服务	消费者协会(工商管理部门)	公安部门	民事法院(一审结案)	
1978—1983	村、居民调解委员会	基层司法服务	消费者协会(工商管理部门)	公安部门	民事法院(一审结案)	总数
每年平均处理纠纷/案件数*	800	\	\	\	53	853
调解结案数	710	\	\	\	37	747
调解结案%	89%	\	\	\	70%	88%
2005—2009	村、居民调解委员会	基层司法服务	消费者协会(工商管理部门)	公安部门	民事法院(一审结案)	总数
每年平均处理纠纷/案件数	1030	70**	75	840	492	2507
调解结案数	530	63	67	247	168	1075
调解结案%	52%	90%	89%	29%	34%	43%

如表1所示,2005—2009年,全国平均每年有2500万起有记录的纠纷,其中,不止2000万起经过调解,其中成功“调解结案”的达到907万起。另外,由法院来调解结案的还有168万起。也就是说,凭调解结案的纠纷总数达到1075万,即上述所有纠纷中的43%。与此相比,法院判决结案所占比例仅是324万起,即所有2500起纠纷中的才13%。

据此基本事实,笔者论证,调解在中国整体的“正义体系”中所占的位置十分关键并远远超过西方的调解。美国的调解,和西欧一样规定必须与法庭审判人员、程序和证据完全分开,其所处理的数量在所有案件中所占比例才0.7%——那是美国比较最注重调解和具备比较最完整数据的弗吉尼亚州的比例(美国没有全国的数据)。即便是在调解比较最发达的荷兰,其经调解而解决的纠纷所占的比例也才2%—4%。^[17]与中国相比,说明中国的调解及其和谐理念

[16] 数据来源:朱景文编:《中国法律发展报告2011:走向多元化的法律实施》,中国人民大学出版社2011年版,第303—304页,表4—2;第334—335页,表4—4;第372—373页,表4—13;第374页,表4—15;第376页,表4—16。说明:(1)标记“*”处为1981—1985年数据;(2)标记“**”处没有2006年数据。

[17] 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”,《法学家》2016年第1期,第1—27页;黄宗智:《中国的新型正义体系》,广西师范大学出版社2020年版。

与西方的非诉讼纠纷解决真正不可同日而言,是两码事。实际上,中国的调解制度和中国传统的儒法合一、礼法合一、调判合一的正义体系/司法传统密不可分,乃是“中华法系”至为根本的“特色”之一,至今仍然如此。而且,不仅中国如此,受到中华法系深层影响的日本和韩国也如此。它不仅是中华法系,更是“东亚文明”的突出特点。

其中与西方不同的一个关键因素是,中国的调解不仅依赖纠纷对立双方的求和、退让意识来运作,更依赖一定的权威和人脉关系。笔者早已详细论证,在传统的村庄或其他社区的民间调解中,它依赖的是本村有威望,受人尊敬的人士来主持调解,一般是双方都比较尊重的在同村中具有道德威望的长辈人士,借此来达到调解的较高成功率。在当代中国,调解人员多是村庄的干部,具有一定的代表政党国家威望的成分,同时也带有和之前的调解人士同样的与本村人民的人脉关系。以上是笔者根据民国时期相当大量的村级实地调查的经验证据,和在当代多年的跟踪调查所得出的结论。^[18]

它和西方的 ADR 体系中的调解十分不同。后者的出发点是,调解必须是一个完全自愿的纠纷解决方法,必须和正规法庭完全分开(其相关记录和材料便不允许在法庭诉讼中使用)——那是欧盟所采用的开宗明义的基本规定,也是李浩教授将之当作典范的做法。在实际运作中,西欧和美国的调解人士仅是一位受到有限培训的半专业人士,一般与被调解人并没有像中国那样的村庄或社区的人际、亲族或拟族关系,也没有对被调解人同等的了解。中国,即便是在城市之中,被邀进行调解的人士则常是纠纷双方都认识、认可和尊重的道德高超人士。这是中国民间调解成效较高的一个重要因素——据此,才有可能达到 43% 的成功率——如表 1 所示,总共 2507 万起纠纷中的 1075 万起。

更有进者,当代中国在这种民间调解和法院调解之间还形成一个远比过去规模庞大的正式与非正式互动结合的、法院之外的(笔者称作)“第三领域”,包括乡镇级的“法律服务所”(和后来在上世纪末和新世纪初建立的“司法所”),^[19]受理共 70 万起纠纷,国家工商部门领导下组织的“消费者协会”,受理 75 万起,和公安部门所进行的对民间争执(和仅涉及情节较轻的触犯公安规则的)纠纷调解,840 万起。也就是说,所有有记录的纠纷之中的 39.4%。这些调解的重点在借助一定的行政威权来促成调解,借此达到较高的成效。

其中毋庸说可能会带有一定比例的过度威权化的仅是貌似纠纷者自愿接受的调解,实质上乃是一种“强制调解”(这正是李浩 2013 年文章所批评的重点)。改革之前,中国的司法体系确实一度曾经采用高压手段来将调解结案率推到无稽的程度。如表 1 所示,即便是在改革初期的 1978—1983 年,官方数据尚声称调解解决了全国所有纠纷案件中的 88%。另外,李浩教授,在其另一篇文章中,有说服力地指出,2010 年在国家再次大力推动调解优先的政策下,被

[18] 黄宗智,见前注[15],第 18—55 页。

[19] 杨万泉:“人民调解的表达与实践:以塘村的经验为例”,《中山大学法律评论》2012 年第 10 卷,第 153—176 页。

声称“调解结案”的债务案件,实际上常包含高达一半比例的调而不结的案件,其后需要“强制执行”。那是因为有的法官,在当时调解结案率多被用为审核一位法官工作的标准之一的情况下,难免会为自身利益而对诉讼双方采用高压或草率的手段,而欠债的当事人则常会利用经调解的妥协来获取债权人方的让步,并不一定真的有意实行。〔20〕

但是,我们也要认识到,如今一般的中国公民在大多数的情况下都具有可以告上法院或要求在法院进入审判的选择,可以拒绝接受自己实际上不愿接受的强制性“调判”。整个体系的运作中的关键因素当然在调解人士们对劝说和施压的适度把握,不可能全都适中见效。但无论如何,仅凭调解的数量和成功“调解结案”记录所占的比例来看,它无疑乃是一个一直被广泛使用和行之有效的纠纷解决方式,在中国仍然具有强大的生命力和适用性,而在西方则根本就看不到同等的成效。时至今日,大部分中国人(和日本人以及韩国人)遇到纠纷的第一选择和意识,仍然是调解而不是控诉;与此相反,在西方社会中,尤其是在美国,调解的选择根本就不会出现于绝大部分人的头脑中。〔21〕如果中国的调解运作真的像李浩文所说的那样程度地偏重“强制调解”,调解不可能在普通人民中仍然具有如此的威信和如此规模的常用性。由此,我们可以看到调解之在中国正义体系整体中所占的关键地位,更可以看到中国和中华法系过去和今日的独特性。

正是中国和“东亚国家”(指日本与韩国)在这方面的“特色”,促使世界正义工程(World Justice Project,简称WJP)在其原定的关乎西方式的以正式诉讼为主的正义体系的八大标准——“没有腐败”“秩序与安全”“管制执行”“可使用性与可负担性”“没有不合理的耽搁”“有效执行”“政府权力制约”“开放政府”——之上,于2015年添加了“非正式正义”(informal justice)的第九范畴,意图将中国和东亚这样的调解添加在原先所定下的八大指标之上来评估全球不同国家的正义体系。固然,WJP实际上迄今仍然还没有将其所搜集的关乎非正式正义的数据纳入其关于所检视的126个国家的正义体系的数字化估量排名中。也就是说,该“工程”虽然已经认识到“非正式”庭外正义体系的重要性,但同时,一直尚困于如何将西方和中国以及东亚的十分不同正义体系进行数据化相比的难题。〔22〕

虽然如此,笔者对世界正义工程的认可正在于其对“正义体系”的宽阔认识和实用性理解,其所设定的标准都不仅仅依赖传统的形式化理论,而是将重点放在从使用者的角度来估量其实用有效性。其创办和设计者多来自法律实务界的人士,不是理论或学术界。但其所很难克服的是,将一个与西方截然不同的正义体系传统,与西方仅具比较有限可比性的体系,真正系统地做出数据化的相比。但我们绝不可因此而忽略中国的诸多特点,不仅是其所承继的不同

〔20〕 李浩:“当下法院调解中一个值得警惕的现象——调解案件大量进入强制执行研究”,《法学》2012年第1期,第139—148页。

〔21〕 黄宗智,见前注〔17〕。

〔22〕 黄宗智,见前注〔17〕。

传统,更是其作为一个正在经历划时代根本性变迁中所面对的一系列特殊问题,十分不同于不处于与其历史一定程度的“断裂”阶段的西方。在“转型”期间,后发展的中国无疑要比一般西方社会带有更多、更强烈的社会矛盾和纠纷,也更加需要依赖成本较低廉的维护正义的做法。

此外,我们还要看到,这不仅是一个简单的正式与非正式二元划分的问题。上面我们已经看到介于两者之间的第三领域正义体系所起到的大规模作用。如今中国正义体系已经成为一个非正式、半正式和正式三大系统并存的体系,已经导致一个不可清楚划分的连续体,相互渗透和相互借助。非正式正义仍然大规模地处理、过滤了大部分不可明分对错的纠纷。然后是半正式的调解,而且,法院仍然也做一定比例的调解。无可置疑的是,调解无疑大规模地减低了比较昂贵的正式法院审判制度的负担。

从西方自以为是高度科学化的普适法律体系视角出发的研究者们,一般不会想到通过案例和涉讼人士们的视角来认识法院调解,更不会真正关注到法院外的非正式民间调解以及处于其与法院之间的半正式调解。他们大多按照西方法学的学科训练和规范认识去考虑问题。从事实际运作研究的话,多会聚焦于法庭审判研究。做经验研究的话,多依赖访谈法官们来认识法庭的运作。问题是,那样的素材多来自与其本人世界观相似的人员。较少有人会采用由下而上地深入访谈涉讼人们和使用实际案例的做法。他们较多从西方正义体系的正当性和先进性前提出发,关注的主要是中国调解之不符合西方的法院审判原则和程序,也不符合与西方完全分开的纯自愿性“非诉讼纠纷解决”的模式,凭此来认识和理解中国的调解。他们也会主要聚焦于正式法院的运作,并且和西方整体体系模式一样,基本将法庭外的正义体系视作处于正规法律范畴之外的——即形式化的法理和必分对错的审判逻辑——无关要紧的非正式制度。从这种理论前提出发再返回到理论预期的研究乃是我们常看到的基本是来自以西方为标准的“移植主义”立场的研究。

四、融合中西的超越性方向和道路

我们需要从正义体系整体和调解实践的论析出发,才会看到中国(和东亚模式)正义体系所具备的优势:它不会像西方的正义体系那样,将几乎所有的纠纷都推向必分胜负的二元对立框架之中来处理。反之,它采用的是一种过滤式的纠纷处理——先凭(非正式和半正式)调解来处理没有过错(和仅涉及相对轻微问题)的纠纷,既做到“息事宁人”的传统道德理念,也做到节省司法费用和负担的实用效果。正义体系整体绝对不仅仅等于法庭审判;后者不过是维护正义的最后选择。^[23]

将其与西方相比,一个好的实例是婚姻纠纷的领域。西方法律,由于其对抗性框架所导致的无休无止的成本高昂的离婚纠纷,最终在1960年代到1980年代期间,普遍采纳了“不再考

[23] 黄宗智,见前注[17];黄宗智,见前注[15]。

虑过错”(no fault divorce)的新法律原则,完全废除其之前必分对错的基本原则。但来自中国环境的读者,很容易将西方这个新原则误读为“无过错离婚”,以为西方法律已经承认,夫妻关系和许许多多离婚纠纷实际上并不涉及对错——一如人民常识性的认识所能看到的那样。实际上,西方法律上述的转化,虽然无疑带有对西方正义体系的反思成分,但它不能也不会正式承认许多夫妇关系其实并不涉及过错的实际,因为那样会违反其基本的法律逻辑。因此,其改革中所采纳的是以后“不再考虑过错”的新法则,而不是确认许多离婚实际上并不涉及过错的、基于实际的法则。^[24]

与此不同,当代中国则早已采纳不见于西方的夫妻“感情是否破裂”的基本不分对错的法则来判断允许离婚与否,在1950年代开始便广泛使用,到1980年正式纳入新的离婚法。虽然,新离婚法并没有将其绝对化,仍然考虑到诸如第三者或虐待对方的过错——但绝对没有将过错设定为最基本的法则,与西方之前的经历十分不同。^[25]这里说明的是两种法律逻辑的不同,不是中国之“落后”于西方。

不仅在离婚领域,中国在侵权赔偿法律条文中也超越了西方必分对错,没有过错便谈不上赔偿的侵权法律原则。中国的赔偿(侵权)法律,虽然模仿西方从有过错才谈得上赔偿的原则出发,但随后,像过去《大清律例》的实用性“例”那样,却比较轻描淡写地在关键部分简单规定,当事人在没有过错的事实情况中(譬如,无意的伤害事故),也可能要适当承担一定的社会责任,来协助补偿受害者的损失。举单一案例来说明,1989年在A县某村,一位7岁的男童从村办幼儿园奔跑回家的途中,与一名老妇人相撞,老夫人手中开水瓶落下,瓶中沸水烫伤孩子胸、背、四肢、颜面等部位,区政府负担了2000多元(2009.70元)医药费的一部分,约600元(573.70元),男孩父亲起诉要求老妇人负担余额。法院通过调解,要求老妇人帮助负担250元。这里,在实施层面上,法院所遵循的其实是与其表明有过错才谈得上赔偿的法律原则相悖的实用性措施。其背后的思维是一种实用的,由当事双方来共同承担由于无过错的意外事故而造成的单方面损失的补偿。西方的法庭则绝对不会作出那样违反形式逻辑——既然没有过错便谈不上赔偿,绝对不可能将其转释为,即便没有过错,也应承担一定的社会责任的判断。那是其法律基本形式逻辑化思维所不能容忍的。中国对其的转释显然主要是来自其传统的“实用道德主义”思维,不是现代西方的演绎逻辑。^[26]

再举一个实例,中国虽然采纳了西方将个人权利当作法律的出发点的法理,但在实施层面上,还是对该法理作出违反形式化逻辑的转释。譬如,它依据中国传统的“赡养”法律精神来规定,子女基本必须对父母亲负担赡养责任。中国的赡养法律没有采纳其当作典范的1900年的

[24] 黄宗智:“离婚法实践:当代中国法庭调解的起源、虚构和现实”,《中国乡村研究》第4辑,北京社会科学文献出版社2007年版,第1—52页;黄宗智,见前注[15]。

[25] 黄宗智,见前注[24]。

[26] 黄宗智,见前注[15],第144—149、188—190页。

《德国民法典》所设定的认识和理解：即“只有在没有谋生能力的情况下，一个人才拥有被人赡养的权利”（第 1602 条）；而且，对赡养人来说，“赡养他人的义务，考虑到本人的其它义务，如果会因此危害到维持适合自己社会地位的生活，则不须赡养”（第 1603 条）。也就是说，仅是在父母亲没有能力维持生活，而子女不会因负担赡养责任而不能维持其所习惯的生活水平的情况下，才要负担父母亲的赡养责任。那是一种兼顾父母子女双方个人“权利”的法律建构（不然，便会侵犯子女的基本个人权利）。中国法律条文这方面的规定则仍然基本是，无条件的赡养父母亲的责任。它显然是一个出于传统孝道的规定。更有进者，立法者还出于实用考量给予负担赡养责任的子女提供一定的物质激励，在 1985 年的《继承法》中规定，尽了赡养责任的子女可以多得父母亲的遗产，没有负担赡养责任的子女则可以少得。这正是说明中国法律仍然是来自“实用道德主义”（以“孝”道为道德理念，加上实用考量）思维的实例。^{〔27〕}

以上的几个实例说明的是，中国法律在具体实施的层面上，是怎样既引进了西方法律法理，但又其中适当加上了中国式的调整来运用的。如此的实例很多，这里不再多列举，仅指出中国是怎样在既承继传统的观念和做法，又同时采纳西方法理的进路中，走向了一种超越性的融合。其实际运作所隐含的不简单是西方必分对错的演绎逻辑，而是更符合实际和实践需要的逻辑。

我们如果将其进一步抽象化的话，其正义体系运作的基本实践原则/理念可以说是，在没有过错的解纷之中，采用调解；在有明确过错的纠纷之中，则采用西方明分是非的审判。它没有将法院限定于必分对错的审判，而是让其按实际情况而兼用调解和审判。这再次是一种依据实践逻辑而兼容道德理念（正义）和实用考量的、类似于其传统中一贯的“实用道德主义”思维。

我们也许可以这样来总结以上论述的中西方两套不同逻辑。假如在离婚、侵权、债务等诸多方面的法庭诉讼纠纷之中，其实际情况是黑（有明确的对错）、白（没有明确的对错）和灰色（两者兼有）各占一定比例，如分别是三分之一，一种做法是像现代西方法律那样，假定法庭必须明判是非，不然，便不做审判而结案。这样的体系的优点是简单、清晰、明了。但另一种做法则是借助法院探索真实情况的过程，来适当辨别以上三种情况，并做出相应的不同处理。法院的听证和辩论对参与三方来说实际上都是一个变动的过程：对法官来说，它是一个发现真实和探寻解决纠纷方案的过程，对有的当事人来说，除了坚持自己的愿望之外，可能也是一个发现自己真正深层愿望的过程——譬如，意气用事地投诉离婚或侵权，可能在进入程序之后，会消气而改变初衷，或有别的变化。法院的目的是要达到理想的，符合黑、白、灰三种实际情况的处理，也许是明判是非，也许是劝诫妥协、调解，也许是不作干预。在理想的状态下，法院会接近上述的三分实际——即在有明确对错的黑色事实情况下，明判是非；没有明确对错的白色情况

〔27〕 黄宗智：“中国的现代家庭：来自经济史和法律史的视角”，《开放时代》2011 年第 5 期，第 82—105 页；黄宗智，见前注〔15〕，第 149—154、213—216 页。

下,则适用调解,另外则两者适当平衡兼用。这不是个一开始便可以确定的问题,如果自始便截然将法院制度化地“调判分离”,排除其中一个选择,很难再适应实际情况而做出相应处理。

固然,“调判结合”的话,在上级过度推动某一倾向的情况下(譬如,改革之前的过度偏重调解),会不符实际需要地过分采用调解或草率从事调解,因此,会出现上述李浩教授所研究的2010年代初期导致众多“调而不结”的情况,必须较高度依赖之后的“强制执行”。这是它的可能偏颇弱点,但并不说明“调判分离”便必定会更有效、更公平。与此相比,西方的必分对错的法理要求会将没有明确对错的白色或灰色实际情况,要么过度推向明分对错的黑色,要么像在1960—1980年代反思之前离婚法的诸多弊端之后,干脆完全不再考虑过错,将所有的离婚案件都当作没有对错的白色案件来处理。结果是,只要一方要求离婚便可离婚,一定程度上导致全社会过分轻率地结婚和离婚,与其天主教和基督教的“神圣婚姻”理念截然相悖。以上两种方案对比,实在很难说明两种逻辑进路和做法孰优孰劣。问题不是仅凭唯现代西方法律体系独尊的意识形态所能解答。

所以,中国目前这样的传统与西化的结合不该被认识、理解为中国法理的不足,而应该被确认为其现代对中西法律的重新认识和理解,乃至超越性融合。正是中国之在这方面适当地纳入传统的道德价值和实用思维,来对舶来的法理和条文进行实用性的调整和适用,使我们看到与“全盘西化”道路截然不同的、融合与超越简单的中西对立的法律和法理的发展道路。

五、现有法律体系的一些悬而未决的问题

以上的论述比较偏重中国正义体系的优点和其未来的正面发展方向,但这当然不等于说,中国目前的正义体系已经十分完美,已经没有重要的、尚待解决的问题和缺点。上文只想说明,其不足和尚未解决的主要问题,并不在中国法律尚未更充分地西化,尚未“跟上”西方所展示的“先进”道路,尚需进一步更完全地引进西方的法理、条文和操作方式。那样的思路所导致的是一种仅仅根据西方形式主义法律设想的、虚构的理想状态的结论,并不真符合其自身的实际运作,更不是中国实际所需要的改造。(其实,从实践逻辑来观察,美国的正义体系的实质并不简单寓于其古典正统的形式主义法律,而在后者与其第二主流的法律实用主义的长期互动、拉锯,至为具体地展示于双方在最高法院九大法官之间的分歧。〔28〕这里不再赘述。)我们需要从中国的实践逻辑出发,才能真正认识到不仅是其所面对的、与西方十分不同的实际问题,也是其未来该走的道路。

上面我们已经看到,中国正义体系的另一个基本“特色”乃是其长期以来的结合行政与法律的传统。本文前面主要关注的是这个特色的一些正面的潜力和优点——譬如适度结合行政

〔28〕 黄宗智:“中国法律的现代性?”,《清华法学》第10辑,清华大学出版社2007年版,第67—88页;黄宗智,见前注〔15〕,第8章。

权力与民间调解、适度使用西方所没有的来自两者互动的第三领域的司法。它说明的是,中国正义体系的“多元性”——既有非正式的民间参与,也有正式的国家行政的参与,更有两者间各种不同的互动结合,能够凭此比西方做到更高效、更经济、更合适地处理纠纷。对一个仍然是发展中的国家来说,这是尤其重要和优越的条件。

但这样的优点也带有一定的弱点和问题。虽然,其要点并不在对西方的模仿不足,而是在中国目前面对的一些不同的实际问题。至为严重的问题,不在其带有中国特色的理论方面,也不在其政法良性合一的传统和现在,而在其处于“转型”和“过渡”期间的一些更为根本性的,但常被西化形式主义法学家们所忽视的实质性问题。

举例来说,一是来自转型期间的有意识的“让一部分人先富起来”的过渡期间的国家战略性决策。其中一个极其突出的方面是,借助中国的庞大的廉价劳动力来吸引外来资本(给予其投资更高的回报),也借此来为中国企业的兴起和发展提供更为优越的条件。为此,国家的决策和所采用的手段是大规模借助中国劳动的“去正规化”,来协助企业(先是中小国企,而后包括大型国企和大小私企)“甩包袱”,即甩掉较沉重的对劳动者的权益和福利的负担,用来推进国企和私企在“转型”期间的活力和竞争力。正因为如此,国家2007年采纳了新的《劳动合同法》来对旧劳动法律进行彻底的更改。伴之而来的是中国劳动从旧式的社会主义/福利国家的劳动法律到新型的合同法律的使用,将中国的城镇劳动者从几乎全都受到旧式劳动法保护的起点,改革为新式的没有或少有劳动法律保护 and 福利的“非正规经济”劳动——主要是“农民工”和继之而来包括城镇劳动力在内的“劳务派遣工”。其总数如今已经达到所有城镇职工的不止75%(约四亿城镇就业人员中的三亿)。^[29]对中国的劳动者来说,这是个翻天覆地的变化,也是个西方形式法律逻辑所完全不能认识 and 理解的巨变。虽然西方本身也在近几十年中相当规模地从原来的福利化劳动法律体制逐渐转化为越来越多地使用合同工——如今已经达到劳动者总数的25%^[30]——但远远没有像中国这样达到覆盖绝大部分职工的程度。

伴随如此激烈的“转型”而来的是,政府和企业与劳动者间不可避免的利益冲突。国家在那样的矛盾中所处的地位不简单是一个面对一般民事纠纷的中立的第三方,而基本是与劳动者对立的一方。按照其原来制度框架的用意,劳动争议应该先由劳动者所在企业的工会来出面调解处理,但实际上,如今的工会多仅是一个厂方管理机构的组织,谈不上扮演第三方的斡旋于纠纷双方之间的调解角色。为此,国家另外设定仲裁委员会的机构来作为法院诉讼的一条“防线”,规定劳动争议必须先经过仲裁程序,才可能被法院接纳处理。

上述的变化和问题是不能仅凭狭窄的中国 vs. 西方的法理和法律条文来认识 and 理解的。中国目前的实际是,劳动法律及其实施与其说是一种维护正义的机制,不如说乃是一种法律化的行政手段。国家可以借助法律和法院的名义来给予将劳动去正规化的基本政策战略某种程

[29] 黄宗智:《中国的新型非正规经济》,广西师范大学出版社2020年版。

[30] Guy Standing, *The Precariat: The New Dangerous Class*, London: Bloomsbury Academic, 2011.

度的法律威信和正当性。当然,也可以通过法律实施来赋予这种巨变一定程度的规范化,排除过度粗暴、极端的实施,并给予受到侵害的劳动者一条正规化的申诉出路,协助剧变所造成的巨大矛盾压力的释放。

此上,国家行政权力实际上还保留,可以干脆将某种特定纠纷排除在法院受理的范围之外的权力。在上世纪末的“抓大放小”——即让中小国企进行“甩包袱”——的改制中,国家政策是让企业解除其对职工的一系列法律保护和福利负担,让其职工要么“下岗”,要么从“正规”的劳动者一变而为“非正规”的、少有法律保护和福利的劳动者。在贯彻该战略决策的过程中,国家最终干脆通过行政权力规定,法院将不受理来自那样的转型而来的劳动者的控诉,规定企业和劳动者间的矛盾和利益冲突必须由企业本身来处理。^[31]

至于最近十年中快速扩展的通过“劳务派遣”合同来用工的大潮流,包括大规模将先是国企,而后是集体的私企的职工从旧式的“劳动关系”转入新式的“劳务(合同)关系”——如今已经达到不止6000万人员的剧变,国家同样仍然主要从行政权力的战略决策出发,然后借助法院来给予其一定程度的正当性(说法)、规范化和有限的申诉门路来使剧变所生发的不满得获某种程度的去压。其做法是,逐步扩大法院拒绝受理的范围——目前已经成为,只要是“政府主导”的转型,不仅是由其发起,更包括是由其批准的转型,法院都会据此拒绝受理相关的申诉。那样,既像过去那样借助法院来将巨变正当化和规范化,并排除至为极端的粗暴实施,也按需要而控制、压减了法院的负担。^[32]

与此相似的另一个规模巨大的问题是,地方政府在地方上的为发展经济而采用的“征地”措施。首先是来自“土地财政”的考量——将农地改为“建设用地”乃是地方政府的资金的关键性来源。如果政府能够以一万元的代价征用一亩农耕地,而该块土地在经过基础设施建设之后,可以从开发商获得十倍于此的出让价,那无疑将成为地方政府在正常支出的第一财政之外的最主要的第一财政来源——是为“土地财政”。它在地方经济发展中占有至为重要的地位,乃是其新基础设施建设的主要资金来源。在经济“发展”才是“硬道理”的国家战略决策下,征地制度所起的推动经济发展作用,其实和劳动的去正规化基本相似,堪与其同称中国快速发展的两个十分重要因素。^[33]

源自征地的诉讼和源自劳动法改造的诉讼性质基本相似。客观大环境的政策战略确定,在这两类诉讼纠纷之中,政府所处的位置不简单是利益冲突双方之外的第三方,而基本是利益冲突双方中的一方。在那样的实际中,法律条文和司法实践都无法从简单的、舶来的形式主义法理、法律条文和法院判决的框架与逻辑来认识和理解。我们需要考虑到一系列的法外因素:

[31] 黄宗智,见前注[29]。

[32] 黄宗智:“中国的劳务派遣:从诉讼档案出发的研究(之一)”,《开放时代》2017年第3期,第126—147页;黄宗智:“中国的劳务派遣:从诉讼档案出发的研究(之二)”,《开放时代》2017年第4期,第152—176页。

[33] 黄宗智:“重庆:‘第三只手’推动的公平发展?”,《开放时代》2011年第9期,第6—32页。

中国经济转型和快速发展期间的剧变,以及中国传统和现在中一贯的“政”与“法”的紧密结合。更可以看到,中国国家战略决策中所附带的历史阶段性演变视野和探路性摸索方式,清晰地体现于中国的宪法,譬如,其对中国革命历史和其后的演变的总结,当然也可以见于“让一部分人先富起来”“摸着石头过河”和“社会主义初级阶段”等代表国家基本战略的概括,更可见于国家决策中常用的先“试点”,后推广等实施做法。

正是在上述的客观大环境中,“调解”的实质会成为不仅是解决纠纷的一个正义体系,也是一个近乎国家政策实施过程中对待不可避免的社会矛盾的第一条防线。国家在关乎劳动报酬和福利制度剧变下,还设定第二条“防线”,即在提出向法院申诉之前,当事人必须先经过仲裁程序,不服仲裁的调判式决定,才允许向法院申诉。此上,我们已经看到,国家还会采用如果涉及“政府主导”的“改制”,法院根本就不受理的规定。在涉及征地纠纷的情况下,有的地方政府还会采用某种灰色手段,借助当地的“拆迁公司”,甚或黑势力,来处理政府所不愿或不能处理的“钉子户”问题。^[34]在上述的客观演变过程中,法院判决所可能起到的作用实际上是比较有限的。

这一切不是舶来的西方形式主义法理和逻辑所能认识和理解的。因为他们仅会将西方的法律体系认作给定模范,据此,只会看到中国与不同的,并只会将任何不同都简单地认作不足,认为达不到西方建构的“真正”的法律的标准。因此,不仅看不到中国正义体系的优点,一定程度上也看不到其真正最严重的问题和弱点。从西方法理和模式作为前提来研究中国,说到底是一种脱离实际的进路,仅是从西方的理想类型出发来认识中国再返回到已经给定的理想模型的研究。

来自上述劳动和土地争议对中国当前的正义体系的认识和理解,应该可以说要比上面转述的关乎“强制调解”问题和批评重要得多。首先是其对大量劳动者切身利益的巨大影响。研究中国的正义体系整体,我们需要考虑到上述的“法外”情况与问题和其实际操作。无视中国的实践逻辑,仅凭法理和条文——特别是将舶来的法理和条文当作绝对的、普世的真理和法律“科学”来使用法律逻辑推断的论析,既看不到中国的优点,更看不到其真正重要的弱点。其实,它也没有看到西方的实际,因为西方的形式化和逻辑化的基本思维,即便是对其自身,也仅能抓住其被理想化的单一面,看不到其实际的全面。

当然,更看不到和想象不到适用于中国今天和未来的现代式“中华法系”的可能,当然也不能看到和想象到超越中西二元对立的发展道路。一个借助多元合一的正义体系,虽然并不符合西方法律所要求的前后一贯的演绎逻辑,但它更符合、贴近中国实际和实践需要,更是其真正的“实践逻辑”。也就是说,更符合中国这样的必须面对中西方既对立又合一、既矛盾又必须

[34] 黄宗智:“中国经济是如何如此快速发展的——五种巧合的交汇”,《开放时代》2015年第3期,第105—130页;耿羽:“目前‘半正式行政’的异化与改进——以征地拆迁为例”,《中国乡村研究》第12辑,福建教育出版社2015年版,第79—95页。

并存的历史和现在的实际。它远比西方的理想化、单一面化、演绎逻辑化的形式主义理性法律更符合中国的复杂现代化过程中的国情,也更具有直面中国实际的实用性。它其实是一个更能够结合、综合中西方矛盾的道路,更能够指向一条实际可行的、融合传统与现代、中国与西方的超越性正义体系建设道路。

Abstract: This article begins with the opposed views of the “transplantationists” and the “indigenous resources” schools of thought, focusing on the different logics evidenced in two representative articles, to set the stage for an approach that differs from both. The suggestion is that we set aside unidimensional and idealized constructions, especially of the ideal-types approach based on formal deductive logic, and adopt instead a “logic of practice” approach that proceeds from the interactive relationships between dichotomized binaries. That should be placed within a perspective of unified multivariate wholes, and of both historical retrospect and prospective vision, in order to grasp and comprehend the past and present of the Chinese justice system. This article emphasizes especially the co-existence of informal mediation with formal court adjudication, as well as of the “third sphere” born of the interactions between them. Those are set in a broadly comparative global perspective to highlight the deeper differences between the Chinese (as well as the “East Asian” Japanese and Korean systems stemming from the “Sinitic justice system”) and the Western justice systems. The purpose is to point to a path of research that goes beyond the simple either/or dichotomous approach to the Chinese and the Western systems. The article argues for a logic of practice approach that sees beyond the either/or oppositions of the subjective and the objective, the voluntarist and the structuralist. The purpose is to search for a road to legal development on the basis of the actual operational realities of the entirety of the justice system of China, both past and present. That road would be one that goes beyond both the traditional Chinese justice system and the formal-rational Western legal system, one that syncretizes the Chinese and the Western, and accords with the actual needs of China, present and future.

Key Words: Deductive Logic; Dichotomous Oppositions; Logic of Practice; Multidimensional Wholes; Historical Retrospect and Prospective Vision

(责任编辑:章永乐)