

比较法研究中的中国法

——关于法律的地位和权力组织形式的思考

朱景文*

内容提要: 在比较法研究中, 中国法一直占有重要地位, 但在主流的西方比较法文献中, 西方法是正统, 中国法只处于边缘地位。法律在社会中不占主导地位, 一直是西方人眼中中国传统法的主要特点。西方学者认为, 中国传统法具有专制主义、集权主义的特征, 这同中国的“治水社会”的历史有着密切联系。改革开放以来中国经济与社会的发展, 对西方有关中国法的观点以及法律和社会发展的模式提出了挑战。在法律的地位和集权与分权问题上, 不应把中国法与西方法绝对对立起来, 西方和中国在处理熟人关系和陌生人关系, 应对正常状态和非常状态问题上有许多相近之处, 它们是中国与西方共同面对的问题。把中国法研究放在西方各种法律进化模式中虽然具有参考价值, 但终究是靠不住的, 应转到以问题为中心的轨道。

关键词: 比较法 中国法 法律的地位 权力组织形式 法律进化模式

一、中国法地位的历史回顾

在比较法研究中, 中国法一直占有重要地位。美国学者威格摩尔 (J. H. Wigmore) 曾经把世界各国的法律体系按照出现的时间顺序分为十六大法系, 其中中国法系是继埃及法系、梅索不达米亚法系、希伯莱法系之后出现的第四大法系。⁽¹⁾ 日本学者穗积陈重的五大法系的划分包括大陆法系、普通法系、远东法系、印度教法系和伊斯兰法系;⁽²⁾ 后来他对此作了修正, 加上斯拉夫法系和犹太法系, 从而形成七大法系的说法。无论五大法系还是七大法系, 以中国法为中心的远东法系在其中都占有重要的地位。

* 中国人民大学法学院教授。

感谢我的同事中国人民大学法学院马小红教授和尤陈俊博士对本文初稿的观点以及所使用的资料提出的宝贵意见。

(1) See J. H. Wigmore, *A Panorama of the World's Legal Systems*, 3 vols., New York: West Publishing Company, 1928.

(2) 参见何勤华为《法律进化论》所作的中文版序言, 载 [日] 穗积陈重 《法律进化论》, 黄尊三等译, 中国政法大学出版社 1997 年版。

但是，在主流的西方比较法文献中，西方法是正统，中国法只处于边缘地位。上世纪中后期西方比较法著作中最有代表性的是法国学者达维德（Rene David）和德国学者茨威格特（H. Zweigert）、克茨（H. Kotz）对法系划分的论述。达维德把世界各国法律体系分为三大法系，即罗马-日耳曼法系、普通法系和社会主义法系。这三大法系都来源于西方。大陆法系和普通法系毫无疑问是西方的。社会主义法系指的是苏联和东欧的法律体系，原属于斯拉夫法系的范围，起源于西方，特别是东正教的传统，亚洲的社会主义国家则是受到了苏联影响。除了三大主流法系之外，达维德划分的法系还包括“其他法律体系”，主要是印度教法、伊斯兰法、远东法、非洲法，其中远东法主要包括中国法和日本法，它们都是混合法，即传统法与社会主义法或西方法的混合。^{〔3〕}茨威格特和克茨将达维德的三大法系演变为八大法系，虽然非西方法包括远东法、印度教法和伊斯兰法作为独立的法系与西方各个法系平列，但是对每个非西方法的论述只有区区几页，而西方法的论述每个都有上百页的篇幅，中国法显然是被边缘化的。^{〔4〕}

中国法的这种边缘地位是由于多种原因造成的。首先，中国地位使然。一个国家法律在世界中的地位决定于这个国家在世界上的总体实力。^{〔5〕}中国是世界四大文明古国之一，创造过灿烂的古代文明，其法律文化也占有重要的地位，通过儒家文化影响了周边国家，从而形成了以中国为中心的中华法系或远东法。在中国未打开国门之前，中国法对最早接触中国的西方传教士和受到他们影响的启蒙思想家如伏尔泰等人还带有某种神秘的色彩。但是这种情况到了19世纪中叶，随着西方文明的兴起、西方列强对中国的入侵，发生了很大的变化，中国国力江河日下，过去引以自豪的中华文明连同它的法律文化一起越来越不能独立自主地应对时代的变迁，从清末变法修律开始不得不引进西方法。似乎现代中国法不同于传统法的一切特点都是来自西方，保留下来的成分，似乎也是妥协或改革不彻底的产物，将来或迟或早总要改。中国法失去了自主性，是被边缘化的主要原因。

其次，中国法的边缘地位也与中国学者自身的国际化程度密切相关。上世纪70年代开始编辑的《国际比较法百科全书》共17卷，其中第2卷《世界各国法律体系》（达维德主编）的中国法部分并不是由中国学者撰写的，而是由日本学者撰写。^{〔6〕}即使80、90年代，这种情况也没有明显改变。90年代澳大利亚坎贝尔（Tom Campbell）教授编辑的大型系列丛书“法律和法律理论论文国际图书馆”，分为学派、领域和法律文化三部分，共几十卷，但全书几乎找不到中国学者的论文，只在《马克思主义法学》卷中收录了复旦大学李昌道教授的《法的继承性与阶级性》一篇论文。^{〔7〕}可见当时中国学者的研究被世界的认可程度。

〔3〕 参见〔法〕勒内·达维德《当代世界法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社1984年版，第23页以下。

〔4〕 参见〔德〕茨威格特、克茨《比较法总论》，潘汉典等译，贵州人民出版社1992年版，第121页以下。

〔5〕 不能绝对地说国力强法律必然强，因为在历史和现实中确有国力很强但并不是靠法律而是靠道德、政策，靠法术势相结合的作用；法律强国力也未必一定强，无论中外许多重要法典的编纂不是发生在盛世，恰恰发生在乱世。大量的事实说明，国家到了江河日下之势，统治阶级用什么手段，包括法律本身是无法挽救它的衰败的。但是，法律的地位毕竟与一个国家在世界的政治影响直接相关。

〔6〕 See Rene David (ed.), *The Legal System of the World: Their Comparison and Unification*, Ch. 1, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. II, Mohr Siebeck and Martinus Nijhoff Publishers, 1970.

〔7〕 See Csaba Varga (ed.), *Marxian Legal Theory*, Dartmouth Publishing Co., 1992.

今天,我们常说的“话语权”,实际是一个国家的学术界在国际社会的发言权,学术越强大,话语权就越大。你所讲的在国际社会是否有人听,其引用率如何,就是话语权客观表现的一个方面。在西方拥有话语权的领域,非西方国家要拥有话语权,往往首先要把自己的研究纳入到西方话语体系中,在这个体系中争得一席之地。这就要求,非西方学者首先学会了解这个体系,用这个体系的符号系统说话,用世界或西方的眼光来研究中国法。而在改革开放前,在封闭的情况下,对于中国学者这几乎是不可能的。再加上语言的限制,中国学者懂外语的和国外学者懂中文的都有限,所以很难把中国法的实际情况让国外了解。即使翻译成外文,语言通顺,但是词不达意,国外很难理解所说的究竟是什么。改革开放前,中国到国外学习的学者极其有限,主要集中在苏联和东欧国家。中国法学真正对外开放大门是从改革开放以后开始的,派遣了大量的留学生和访问学者,他们的足迹踏遍世界主要法系,从而使外国学者有更多了解中国法的机会,与此同时其他国家和地区也派遣了大批的学者到中国来,通过在中国的实践,不仅学会了中国语言,也熟悉了中国文化,中国法对他们不再是深不可测的异物。但是相互了解毕竟是一个过程,中国法的过去和现在的真实状况时至今日仍然被一些似是而非的观点所左右,即使中国学者自身,许多人也难免受到这些观点的影响,对中国法的误读在改革开放以后甚至现在仍然在所难免。

再次,中国法的边缘化还决定于国外研究中国法的学者的地位。在国外汉学界真正研究中国法律的很有限,由于语言特别是古汉语的缘故,研究中国法远远要比研究西方其他国家的法律难得多。⁽⁸⁾ 如果从实用角度,国外研究中国法的学者大多对中国的涉外法律感兴趣,为了同中国做生意,需要了解中国法律有什么规定;其次可能涉及自己所研究的某个具体法律领域,如民商法、行政法、刑法等,而对一般性的社会政治哲学问题,对研究中国法律文化不下很长时间的功夫,接触中国的典章制度、档案、典籍,体验中国的风土人情,几乎不可能。许多研究中国法的学者的献身精神是值得钦佩的,他们娶了中国的妻子,与中国文化耳鬓厮磨,与中国法研究事业一荣俱荣,一损俱损。但是一般来说,除了中国法的专业之外,在其他领域,他们并不是本国第一流的学者,因此对学界主流影响力有限。当然,也有一些有影响的主流学者,出于对比较研究或全球性制度框架的设计,也涉猎中国法领域,把中国法作为他们宏大叙事的一部分,像孟德斯鸠、马克斯·韦伯、昂格尔等,他们的影响另当别论,但他们对中国法的研究仅仅是涉猎而已。

二、中国法的特点: 法律在社会中的地位

(一) 传统的观点: 法律不占主导地位

西方对中国法的研究有一个特点,就是把西方法作为参照物,研究中国法不同于西方法的特征。有时,这种对比性是以西方法的优越性为前提的,以此证明中国法的落后和缺陷。而随着对西方法自身的批判,如西方的批判法学、法律与发展运动、法律与社会运动,以及文化相对主义的兴起,有时又把中国法的某些特征作为矫正当代西方法弊端的药方。

(8) 美国学者布迪和莫里斯指出,西方汉学家中,除了早期的少数人以外,绝大多数缺少法律方面的训练,或者对法律不感兴趣;阅读中国文献时,在语体和词汇上遇到巨大的困难。参见[美]D.布迪、C.莫里斯《中华帝国的法律》,朱勇译,江苏人民出版社1992年版,第1页以下。

西方学者对中国法的研究涉及方方面面，就整体评价而言大体包含两个相互关联的问题，一是法律在社会中的地位，另一个是权力的组织形式。

就法律在社会生活中的地位而言，长期以来都存在一种对中国法的评价，即法律在社会生活中不占主导地位。马克斯·韦伯提出，中国的统治精英不是通过正式的法律或普遍的道德准则将其权威合法化，而是以家长的方式处理事务。恰恰是氏族制度、家族制度使封建王朝颁布的法律作用受到亲情、血缘关系的限制。韦伯从城市与农村的关系比较中国与西方法律作用的差别。在西方城市是政治中心，而在中国，城市对农村不像西方那样居于支配地位，城市居民尤其是富裕居民与氏族的纽带没有断绝，与其氏族、祖庙、祖产一直保持联系，也因此与其家乡所有重要的祭奠和人际关系都维持着。⁽⁹⁾也就是说，古代中国法律的控制面有限，在农村地区大量的社会生活为家规、族规、习俗所控制。

达维德和茨威格特与克兹的著作都把法律在社会生活中不占主导地位视为中国法或远东法的主要特征，从而形成与西方法甚至印度法、伊斯兰法的最主要不同之处。在他们看来，法在西方文化中是正义的象征，而在传统中国具有负面意义。达维德认为，“在中国人看来，法远不是秩序的条件和正义的象征，而是专断的工具和混乱的因素。良民不应该想到法，他应该按不主张权利又不打官司的方式生活。人们第一件操心的事不应是守法；每个人的行为与任何法律考虑无关，应不停顿地寻求协调与和睦。和解较之起诉更有价值，与其用法来解决争端，宁可用调解来消除争端。”⁽¹⁰⁾

美国学者昂格尔用习惯法或交往法来形容实在法没有产生之前的状态，而中国在进入中央集权国家即春秋战国中期以前就处于交往法的阶段。所谓交往法，即法律是从人们的相互交往中产生的，它不是实证的，而是自发的，不需要把它们固定下来；它不是公共的，国家与社会没有分离，它完全是自然产生的秩序，不需要国家通过特殊的组织从外部施加某种力量颁布和实施。在他看来，春秋战国中期以前的古代中国社会是典型的等级社会，“礼”具有明显的交往法的特征：第一，礼是社会的等级体系和政治结构的反映；第二，礼是特殊社会条件和地位的内在的习惯形式；第三，礼不是实在的规则，甚至根本不是规则，离开了具体的条件和情境根本无从理解，虽然人们能够破坏礼，但无人能制定或创造礼；第四，礼涉及社会生活的所有方面，但它不是公共的，不是国家制度的产物。⁽¹¹⁾

许多外国学者提出，不仅古代中国是如此，即使在中国共产党夺取政权以后，这套传统仍然植根于社会的内在结构之中。美国著名华裔学者李浩（Victor H. Li）上世纪70年代曾经出版《没有律师的法》，研究毛泽东时代的中国法律制度。他提出，中国法存在与西方法不同的内部模式。所谓内部模式是中国社会内部自生的，它不需要专业的解决纠纷的人员，通过社会自发产生的机制，如村长、家长、以前的乡绅、后来的村民委员会，按照传统的乡俗和习惯，通过调解就可以把纠纷化解。这样做既不花钱、省时，又不至于撕破脸皮。与内部模式相对应的是外部模式，是通过法院解决纠纷的模式，它不是自发的，而是从外部输入的。早在民国时期就建立起这种模式，民国政府曾经通过立法推行这一模式，

(9) 参见 [德] 马克斯·韦伯 《中国的宗教——儒教与道教》，简惠美译，载《韦伯作品集 V，中国的宗教，宗教与世界》，广西师范大学出版社 2004 年版。

(10) 前引 [3]，达维德书，第 31 页。

(11) See R. Unger, *Law in Modern Society*, New York: Free Press, 1978.

虽然编纂了“六法全书”，但在实际解决纠纷方面外部模式的影响有限。人民共和国成立以后，通过司法改革改造了国民党政府留下来的司法人员，使这一模式的执行缺乏专业法律人员，新培养的法律人员又经常参加各种政治运动，不久自己也受到批判。因此，虽然法院系统已经建立，但实际上所起的作用极其有限。大量纠纷还是通过内部模式解决。所以现代中国和古代中国一样，法律即使建立起来，仍然是一个法律不占主导地位的社会。⁽¹²⁾许多西方人预言，中国要实现社会的现代化，必须使具有公共性、实证性的法律占主导地位，必须实现从传统法向现代法的转变。

上述对中国法的评价是以社会和法律的单线进化模式为前提的，而这个模式以西方法律与社会的进化为蓝本。正像当年梅因提出的“从身份到契约”的进化一样，这一模式是否正确概括了西方法的发展，在这个模式之外是否还存在其他模式，似乎从来没有被怀疑。中国法律与社会的进化，中国法律的发展路径正当与否也完全以这一模式为判准。

当然，西方学术界也并非铁板一块，虽然一部分学者仍然把从传统法到现代法的进化看作无可争辩的前提，但是在西方学界内部也有些学者对这一模式提出挑战。在文化多元主义和法律社会学研究中，一些西方学者对中国法的深入研究从一个侧面深化了对法律与社会发展模式的研究。我们可以把对这一模式的评价分为两个方面。一个方面涉及对中国模式的概括，传统中国社会是否一个法律不占主导地位的社会。这里涉及对“礼”的看法，也涉及中国人是否“厌诉”的问题。另一方面的批判涉及交往法对社会发展的影响是否一定负面，交往法的模式是否必然随着社会的进化、法律的实证化和公共化而被淘汰。前一方面的评价主要涉及历史，而后一方面的评价主要涉及现实。

(二) 历史：中国法的范围与厌诉文化

把中国古代社会概括为一个法律不占主导地位，而主要靠“礼”调整的社会是否有根据？哈佛大学的安守廉（William Alford）教授针对昂格斯的观点指出，在秦统一中国之前很长时间中国就出现了具有公共性和实证性的法律，例如《尚书》中所记载的商代、周代的法律，因此昂格斯的论点是缺乏历史根据的。⁽¹³⁾

礼与法的关系实际上一直是中国思想史上争论的主题，把礼简单地看成法的对立面，是非实证化的道德、习俗，这种观点似乎过于简单了。这里首先涉及西文 law 的中文译法。在西文中，作为国家制定或认可的行为规则，law 不仅包括制定法、判例法，还包括习惯法。按照这一标准，在中国不仅仅法（即“刑”）而且“礼”都具有这样的属性。因此，只把 law 翻译为法或刑是不全面的。实际上严复在翻译孟德斯鸠的《法的精神》一书时，就意识到这一问题“西文‘法’字，于中文有理、礼、法、制四者之异译”，⁽¹⁴⁾“西人所谓

(12) See Victor H. Li, *Law without Lawyers, A Comparative View of Law in China and the United States*, Boulder: Westview Press, 1978.

(13) 参见[美]安守廉《不可思议的西方——昂格尔运用与误用中国历史的涵义》，高鸿钧译，载高道蕴等编：《美国学者论中国法律传统》，中国政法大学出版社1994年版，第47页以下。当然从逻辑上，我们也可以赞成昂格斯的观点，即把习惯法或交往法作为一种“理想类型”，因为各种法律类型在不同的历史时期可能交织在一起，很难找到一个时期只存在一种类型的法。可以说，在中国最早的历史时期习惯法或交往法占有主导地位。从历史视角，人们一般也把“铸刑鼎”作为法律公开即具有实证性的标志性事件，此事发生在公元前576年，因此昂格斯的观点也是有一定根据的。

(14) [法]孟德斯鸠《法意》，严复译，商务印书馆1981年版，第7页。

法者，实兼中国之礼典”。⁽¹⁵⁾ 美国学者史华兹 (Benjamin I. Schwartz) 也指出：“礼被译为 propriety，而法则被译为 law。基于这种翻译，人们可能认为，在中国对于‘法’的任何讨论，都围绕中文‘法’这一概念。不幸的是，实际情况颇为复杂。”⁽¹⁶⁾ 在他看来，礼包含着支配人与神、后人与祖先、人与人之间关系的众多行为规范，君臣父子人伦关系的行为准则，既包含类似于西方的理想法观念，又包含道德榜样的力量，还包含大量的可归于西方民法或私法的内容。而中国的“法”字则只代表制裁、刑罚。显然要比西文 law 的含义窄得多。当然可以把礼理解为习惯法或者交往法，在这种意义上说礼不具有实证性和公共性是可以的。但是，礼不限于习惯法，在礼与刑的关系方面，礼又是起着指导作用的原则。所谓“道之以政，齐之以刑，民免而无耻。道之以德，齐之以礼，有耻且格”，⁽¹⁷⁾ 所表述的正是礼、德对政、刑的指导作用。用今天的话说，礼属于法的原则的范畴。

讨论礼与法的关系还要注意时间维度。孔子之礼不同于三代，而汉之礼更有别于先秦。如果说在春秋战国时期礼与法的对峙还有意义，即公开化、实证化的“刑”是否破坏固有的周礼，到了汉代以后，引礼入法，礼法结合，法律儒家化已经逐渐成为一种趋势，同春秋战国时期的儒家与法家的争论已经大不相同。⁽¹⁸⁾ 因此，再说中国法律不受礼的约束，不存在一种类似于西方的自然法观念，可能就站不住脚了。至于礼是否完全自发的，礼的产生是否完全不以立法者的意志为转移，所谓人们可以破坏、不遵守礼，但不可能创造礼，似乎表明礼的自发性，但是如何理解“周公制礼”？不同的等级有不同的礼仪，乘不同的车辆，穿不同的服饰，难道都是自发的吗？一些西方学者在把中国放到他们的宏大叙事中去的时候，不是从史实出发，而是从逻辑出发，不是从史实中发现逻辑，而是相反，削足适履，让史实满足逻辑的安排。

关于中国人厌诉也是一个长期以来西方人看待中国法的定式，也关系到对法的负面评价。厌诉与好诉，本来就是一个依时间、地点、条件而变化的问题，对厌诉不加分析做负面的评价，在一定时期、一定语境下可能有积极意义，但是经不住历史考验，今天西方用替代性纠纷解决机制解决诉讼爆炸已经成为非常普遍的现象。⁽¹⁹⁾ 至于中国人“厌诉”问题，长期以来似乎是不言自明的。这里涉及对孔夫子一句话的理解“听讼吾犹人也，必也

(15) 前引〔14〕，孟德斯鸠书，第3页。

(16) [美] 本杰明·I. 史华兹 《论中国的法律观》，高鸿钧译，《中外法学》1991年第3期。

(17) 《论语·为政》

(18) 参见马小红 《礼与法：法的历史连接》，北京大学出版社2004年版。

(19) 就当代西方社会而言，法律制度高度发达，法律渗透到社会生活的方方面面，好诉、诉讼爆炸甚至已经成为一种社会病。但是，从法院审理案件的实际情况看，以美国为例，尽管书本上的法律设计相当完备、合理，用韦伯的话是“理性的”，但是在民事和行政案件中真正通过审判的比例极小，大量的案件都是通过审前程序、简易程序、缺席判决、选择性纠纷解决机制或者撤诉、和解等方式解决。有材料表明，审判所占的比例在联邦法院系统只有不足2%，在州法院系统比例可能多一些，但也到不了10%。就刑事案件而言，美国确实设计了体现法治精神的刑事诉讼程序，包括辩护制度、证据制度、回避制度、上诉制度等等，保护刑事被告的接受公正审判的权利，但实际情况是这种法律制度所起的作用极其有限，90%以上的刑事案件包括重罪案件根本不通过开庭审判，而是通过控辩交易。See Marc Galanter, *The Vanishing Trial: An Explanation of Trials and Related Matters in Federal and State Courts*, 1 Empirical Legal Studies 459-570 (2004). 这就给我们提出了一个问题，既然西方的法律制度、诉讼制度是形式理性的，促进社会向合理化的方向发展，为什么人们不愿意选择这种制度设计，而宁愿选择实质的、非理性的、传统的制度？其中的原因固然和法院收费、诉累直接相连，但是熟人关系中的“厌诉”心理，也是导致人们通过其他手段解决争端的一个重要原因，在这方面西方人与中国人并没有什么本质的差别。

使无讼乎”。其实这里说的并不是厌诉，而是说孔夫子和别人在审理案件上没什么两样，只不过他的目的在于达到无讼的境界。关于中国人是否厌诉，近年来也有学者提出不同的看法。美国华裔学者黄宗智教授提出，过去西方学者、日本学者和中国学者对清代法律制度的研究，一方面主要着眼于清代法律的表达（这一表达体现在成文律例、牧令手册、判牍汇编之类的文献资料之中），另一方面，虽然也不乏对某些具体案件的分析，但被利用的案件数量往往非常有限，缺乏立足于更广泛的案件之上对具体司法实践所作的深入分析。黄宗智教授以地方诉讼档案作为主要的研究材料，基于对来自四川巴县、顺天府宝坻县、台湾淡水府—新竹县的清代三地诉讼档案的深入考察，得出一个重要结论：清代法律制度的实际运作和清代官方表述之间存在很大的差距。他将这种特征突出表述为“实践”与“表达”之间的“背离”。也就是说，中国人并不像孔夫子的意识形态“表达”的那样厌诉，实际存在着大量的诉讼，诉讼者并不像“表达”的那样是“讼棍”、“刁民”，而是普普通通、本本分分的老百姓，官府审理案件也不像“表达”的那样大都是通过调解解决，而是很少运用调解。他把这种矛盾归结为意识形态的“表达”和实践之间的对立。在他看来，中国社会就是在儒家意识形态的表达和民间的实践之间的互动中发展的。⁽²⁰⁾

（三）现实：赤脚律师路线与关系资本主义

交往法的模式是否一定会随着社会的进化、法律的实证化、公共化而被淘汰？提出中国法的内在模式与外在模式之分的李浩，改革开放初期曾经随一个美国法律代表团考察中国的法制建设情况，回国后他在《对当前中国走向更大的法制化运动的思考》一文中提出，随着宪法和刑法、刑事诉讼法等7部法律的制定，停滞了多年的各种形式的法学教育得到恢复，法学研究和普法教育迅速发展，中国正在兴起一场走向法制化的运动。他同时十分尖锐地指出，这一运动主要还停留在书本上，“书本上的法”多于“实际中的法”。如何把制定的法律付诸实施，是一个远比立法困难得多的任务。由于法律专业人员的缺乏，基础薄弱，厌恶法律的心理，中国新建立的法律体系不可能在短期内产生明显的、实质性的结果。他奉劝那些对中国文化根本不了解的西方法学家，不要用西方的法律观念看待中国的法制建设，不要让对中国法制发展的预测受到西方人对正规化法律偏好的影响。如果中国的法律设计者采取一种更渐进的发展战略，较低的期望值，在根本上遵循一条“半法律”的“赤脚律师”路线，中国的法制化运动就可能成功。⁽²¹⁾所谓“赤脚律师”的路线和西方以法律的形式化、正规化、职业化为特征的法律发展模式显然是不同的。

法国学者德泽雷（Yves Dezalay）和盖斯（Bryant Garth）1997年发表《法律、律师和社会资本——“法治”和关系资本主义》一文，更直接涉及传统模式对于经济发展的积极意

(20) 参见[美]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年版。日本的夫马进教授在1990年初对此问题有专门的反思，近年主编出版了《中国诉讼社会史》（京都大学出版会2010年版）一书。参见尤陈俊《“厌讼”幻象之下的“健讼”实相？重思明清中国的诉讼与社会》，《中外法学》2012年第4期。

(21) See Victor H. Li, *Reflection on the Current Drive toward Greater Legalization in China*, 10 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 221-238 (1980). 同时可参见 John H. Barton, James Lowell Gibbs, Jr., Victor H. Li & John Henry Merryman, *Law in the Radically Different Cultures*, West Publishing Co., 1983. 值得注意的是，在众多的比较法著作中，绝大多数都是以介绍西方法律体系为主要内容，该书可谓别树一帜，它所体现的是一种文化多元主义的倾向，其关注的重心恰恰是与西方法律文化迥然相异的法律，包括中国、非洲、阿拉伯、印度等的法律。

义。他们提出，除了发展资本主义的西方模式即所谓“法治资本主义”，还存在着一个东亚的“关系资本主义”模式，东亚不是靠法治，而是靠亲情、朋友关系发展资本主义。实际上，韦伯在《中国的宗教》一文中早就提到了中国社会中家族、氏族关系的作用，但他是把中国和西方作为对比的两极，西方早在中世纪氏族势力就已经解体，而在中国，氏族、家族的势力始终起着重要的作用，这解释了为什么西方发展为理性的资本主义，而中国却墨守成规，始终停留在原地。⁽²²⁾ 在《宗教与世界》一文中，他更明确指出，盈利是任何经济都具有的特征，但是西方资本主义的特点在于存在着合理的、自由的劳动力组织，它与中国的家族经济最大的不同在于“家计与营业的分离”。⁽²³⁾ 韦伯的结论是西方靠形式理性的法律制度，靠法治走向资本主义，而中国的家族、氏族制度阻碍了资本主义。

“关系资本主义”一文的背景已经大不同于以往的文章。在经济发展方面过去西方一枝独秀，世界其他地方只有仿照西方模式，没有资本谈自己的模式。日本和亚洲“四小龙”已经在上世纪60年代到80年代发展起来，而中国特别是中国东南沿海地区90年代经济飞速发展，创造了比西方经济发展更加快速的“奇迹”。因而，人们自然会提出这样的问题：东亚这些国家和地区，特别是中国，靠什么机制创造了经济奇迹？马克斯·韦伯曾经提出的经典问题是：为什么资本主义只产生在欧洲，而在世界其他地方没有自己产生资本主义？他的结论是这和一种特殊的法律制度，即欧洲所特有的形式理性的法律制度有着密切的关系。所谓形式的，是相对于实质的而言，即法律与道德、宗教等实质价值相分离，处理案件只依赖于法律，而不依赖于法律之外的其他标准；所谓理性的，是相对于非理性的而言，即审理案件不是个案处理，不可预知，而是按照一般的规则，案件的结果是可预知的。显然，这种形式理性的法律制度具有自治性，是可预期的，从而为资本主义经济的发展提供制度基础。⁽²⁴⁾ 而中国法恰恰建立在实质非理性的基础上，法律与其他社会规范没有明确的划分，大量的案件都是个案处理，没有一定的规则，在此基础上要建立一种合理的可预期的经济几乎是不可能的。换句话说，中国要想建立和发展现代经济，不使自己的法律制度向形式理性的方向发展根本不可能。

东亚经济的奇迹虽然与形式理性的法律制度有一定的关系，但是真正具有特色的却是东亚的社群主义，日本公司的团队精神，韩国的集体主义，包括新加坡和我国香港、台湾地区在内的华人社会家族经济所体现的“关系”的重要意义。这些关系既存在于公司或社团内部，在那里家族或家庭经济占有相当大的比重，它们存在于国家的正式制度之外，不受正式制度的约束，实际上公司的所有重要岗位都为家庭的主要成员所把持，从而形成了一个内部无摩擦、高效率的团队；也延伸到公司之外，在社会生产的各个链条中，在产供销的各个环节形成了一个建立在熟人关系基础上的相当牢靠、可预期的联系；更有甚者，还扩大到公司与政府主管部门，公司与银行之间。从正面讲，政府为公司提供行政指导，指引公司趋利避害，向最小风险、最大利润的方向发展，公司则通过纳税、捐献等形式为政府提供资金来源；银行为公司提供财政支持，而公司则为银行提供丰厚的利润来源。它

(22) 参见前引〔9〕，韦伯书，第29页以下。

(23) 参见〔德〕韦伯《宗教与世界》，康乐、简惠美译，载前引〔9〕，韦伯书，第454页以下。

(24) See Max Rheinstein (ed.), *Max Weber on Law in Economy and Society*, Ch. 4, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1954.

们之间不仅存在着在法律上公开的、透明的关系，而且存在着公司经理与政府部门主管、银行的主事人之间建立的私人关系。这种私人关系就像一种润滑剂，使法律上存在的僵硬、死板的关系变活，从而成为东亚经济迅速发展中的一个特别显眼的现象。⁽²⁵⁾

这种家族经济不仅仅在海外华人社会，改革开放以来在广东、福建等东南沿海地区也迅速发展起来。尤其值得注意的是，20世纪80年代以来中国经济首先发展起来的领域并不是国有大中型企业，也不是有着较高集体化程度的人民公社，恰恰相反，工业上的各种类型的中小企业，特别是乡镇企业，农业上的家庭联产承包责任制，是推动当时中国经济迅速发展的主要力量。而这些经济模式无不具有家庭经济的影子，它们恰恰不是按照“正规化的模式”，依赖所谓“形式理性”的逻辑，而是最原初的家庭经济的模式，按照人际初级关系所固有的内在逻辑运作的。根据韦伯的标准，这种家庭经济的“家计和经营”没有分离，“打虎亲兄弟，上阵父子兵”，是这类企业运营的典型模式。家庭企业的管理和会计掌握在家庭的核心成员手中，雇员多半是同乡熟人，缺乏独立地位，根本不像西方合同理论所说的通过劳动契约把雇员和雇主联系起来。⁽²⁶⁾ 这里没有政府的特意安排，运作也很不规范，它们所要求的恰恰是政府的“松绑”、不干预。⁽²⁷⁾ 换句话说，中国经济的奇迹已经为挑战传统理论、创造新的理论提供了现实素材。当韦伯提出资本主义只产生在欧洲是和欧洲固有的形式理性的法律制度相联系时，面对中国和东亚的经济发展，难道不能从西方学者所谓的过时的“交往法”中得到某些启示吗？难道不应该对已经在西方法的发展中被固化了的从传统法到现代法的发展模式重新审视吗？

三、中国法的特点：关于权力组织形式

（一）传统的观点：东方专制主义

在西方主流的比较法文献中，中国法的另一个特征是“东方专制主义”或集权主义、威权主义，这和西方的分权制衡形成鲜明的对照。东方专制主义是美籍德国学者魏特夫（Karl A. Wittfogel）研究包括中国在内的东方国家时发明的一个特殊的词汇，认为东西方社会是两个完全不同的社会形态，东方社会的形成和发展与治水密不可分。大规模水利工程的建设和管理必须建立一个遍及全国的组织。“因此，控制这一组织的人总是巧妙的准备形

(25) See Yves Dezalay & Bryant Garth, *Law, Lawyers and Social Capital: "Rule of Law" versus Rational Capitalism*, 6 *Social and Legal Studies* 109-141 (1997).

(26) 2007年以前中国为制定劳动合同法而对企业用工状况进行调查时发现，没有劳动合同的大都是这类家庭企业。迫于法律的规定，即使签订劳动合同，也是形同虚设，根本不执行。制定劳动合同法之后，签约率逐年提高，但是2008年以来的金融危机，使许多家族企业由于劳动成本的提高而难以为继，由此引起劳动合同法实施效果的争论。参见刘宝坤《行动中的劳动合同法》（2011年中国人民大学法学院博士论文）。与此同时，中国家庭企业未来的前途如何，如何做大做强，也日益引起人们的关注。有材料表明，家族企业在中国仍然有强大的生命力（参见《福布斯》中文版《2012年中国家族企业调查报告》，<http://www.chinahrd.net/employee-relations/employee-relations-maintenance/2012/0927/175712.html>），但也有人主张，中国家族企业在进入到“富二代”之后要继续发展，在用人制度上必须实行家计与经营的分离。

(27) 参见朱景文《法治和关系：是对立还是包容——从韦伯的经济与法律之间的关系的理论谈起》，《环球法律评论》2003年春季号。

成最高统治权力”，君主专制便由此形成。而中国正是这一特征的集中反映。⁽²⁸⁾ 魏特夫把中国社会称为“治水社会”，而东方专制主义的根源恰恰在于自然地理环境。

其实，韦伯在比较中国与西方社会的不同时，也多次指出中国社会治水的特点酝酿了家长制的专制主义。“治水的必要性乃是存在于整个中国历史上的中央政权及其家产官僚制之所以成立的关键所在。”⁽²⁹⁾ 他用“家产官僚制”一词来描述中国的中央集权体制。在春秋战国中期，特别是秦统一中国之前实行分封制，最终使王权虚化，形成强大的地方割据。秦统一之后，改封建为郡县，实施中央集权、分层管理的统治。在家产官僚制下，皇帝以“天”、“天道”的名义对国家实施统治，由各级官吏组成的全国性的官僚机构，是帝王家族的伸延。国家的财政被视为国君的私产，各级官吏是皇帝的家臣，以家仆的身份代皇帝征收赋税，管理他的家产。官吏是以个人资格通过科举考试被录用的读书人，他们熟谙儒家经典，却不具备行政管理的专业知识。这种由皇权世袭产生的官僚体制，与欧洲中世纪的封建制有很大不同。封建制的基础是诸王侯对君王在法律或契约上的效忠关系，王侯在自己的采邑领地上行使独立的统治权力，而中国的家产官僚制在皇帝与官员之间是一种以家长制的父子关系为比附的君臣关系，各级官员的升迁主要注重是否具备作为一名家臣的可信赖的人格修养，而不注重行政专业知识。在权力结构体系中，将司法、行政、理财集于一体，因而无法导致理性的专业分工基础上的行政管理体制，在财政上也颇难形成依靠严密计算和理性管理以谋利为目的的经济制度。⁽³⁰⁾

就法律而言，对中国专制主义的评价往往都集中在一点，中国君主的权力是不受约束的，中国缺乏类似西方的自然法观念。中国科技史专家李约瑟指出，中国未能明确提出一个作为检验和评判官方法律基础的自然法观念，从而延缓了近代法律的发展和科技的进步。他同样在意春秋战国时期“铸刑鼎”的实践，认为中国的礼不是制约实在法的自然法，而是与法对立的，是对法典化的阻力。⁽³¹⁾ 费正清指出，古代中国未能产生一种可与西方古典法律相媲美的法律制度。古代中国法与西方法的主要不同，是刑事的而不是民事的，是世俗的而不是以宗教原则为基础的，是支持国家权力的而不是限制专制的。“法家的法律观与罗马的法律概念相比，有着较大的缺陷。西方的法律一直被认为是上帝的或自然的某种更高级命令在人间的体现，而法家的法律只代表了统治者的命令；法律大部分是行政性的和刑事的，是民众避之尤恐不及的东西。”⁽³²⁾

在昂格尔看来，古代中国既不同于古代西方，也不同于印度教、伊斯兰教国家，在世俗的官僚法之上，还存在着教会法或神法，从而使官僚法或世俗权力不可能不受制约，而古代中国皇权是至高无上的，没有任何权力能够对它形成约束。中国古代社会的交往法虽然发展到具有公共性和实证性的官僚法，但没有进一步发展为具有自主性的法律秩序。其

(28) 参见 [美] 魏特夫 《东方专制主义——对于极权力量的比较研究》，徐式谷等译，中国社会科学出版社 1989 年版。

(29) 前引 [9]，韦伯书，第 52 页。

(30) 同上书。

(31) 参见 [美] 李约瑟 《中国科学技术史》第 2 卷，“科学思想史”，第 18 章，科学出版社、上海古籍出版社 1990 年版。

(32) See Edwin O. Reischauer, John K. Fairbank, *East Asia: The Great Tradition*, Boston: Houghton Mifflin Company, 1960, p. 84.

原因，一是古代的“士”虽然在过渡时期起了重大的作用，但他们始终依附于君主，没有独立地位，与欧洲的第三等级有很大的差别；二是中国的宗教缺乏超越性，没有欧洲那样的牧师群体，对皇权产生制约，而是内在的宗教，为现存秩序辩护，使其戴上神圣的光环，缺乏对政治权力的制约。^[33]

（二）历史：对皇权的约束

西方对东方专制主义的批判一直是对中国法评价的主流，对中国的古代法如此，对现代法，特别是中国共产党领导的当代中国法的批判更是如此。但是，即使在这个方面，也不是众口一词，也有不同的声音。这种对西方主流观点的评价也可以分为两类，一类集中在中国法的历史传统方面，即中国古代的统治者是否不受约束，另一类集中在中国现实，即当代中国共产党的领导体制是否专制体制、集权体制，权力是否受到约束。

就传统中国而言，皇权至高无上、君主专制的确是这种体制的突出特征，口含天宪，言出法随。但这并不意味着皇权是任意的、不受任何约束的。首先，在一般意义上，任何法律，不管立法者的意志如何都必然受到社会的制约。中国的皇权也是如此，受到社会形势左右、百姓的约束，“水可载舟，亦可覆舟”虽然是孔夫子的教诲，是唐太宗李世民的感悟，但它也是中国封建王朝治乱兴衰的逻辑，皇帝个人的欲望和社稷安危孰轻孰重，是具有至高无上权力的君主必须掂量的，虽然这种约束并非自觉，对皇帝个人而言，有的可能更自觉地接受这种约束，成为“明君”，有的则很不自觉，甚至无视这种约束，成为“昏君”，但社会形势和民意总像一把尚方宝剑对任意妄为加以限制。

其次，所谓中国缺乏自然法观念、更高的法的观念是值得商榷的。一方面皇权至高无上，另一方面也必须承认皇权受到儒家经典的约束。所谓“君君，臣臣，父父，子子”，不是只有臣对君的绝对服从的一面，而且包含君要像君、父要像父，“爱民如子”是儒家对君臣关系的写照。美国学者史华兹说：“‘父’这一概念不仅关系到社会地位，而且还规定了某种被认为正确的行为方式”，^[34]否则就难免“礼坏乐崩”，僭越、造反，以下犯上。关于中国“士”的地位，“士”缺乏独立性，依附于他所服务的君主，学而优则仕，这的确是中国“士”的品质，但是这只是“士”的一面，不能否定另一面，士的清高和独立人格。安守廉批驳昂格尔关于中国缺乏对世俗权威的制约时指出：“孔子及无数其他奉行与腐败权威保持独立而不是服务于这样君主的学说的政治人物在中国道德传统中被置于突出地位。”^[35]关于中国的宗教是否对君权形成制约，诚如韦伯所说，中国的儒教不言鬼神，不相信来世的报应，其目的在于保持人的行为与现世的伦理秩序的一致性，因此不同于西方的基督教，特别是新教，^[36]但由此认为儒教不可能对现实的秩序提出挑战，而只具有保守性则言过其实了。对违背伦理秩序的谴责应该做辩证的分析，一方面具有保守性，对于一切对现实秩序提出挑战的行为斥之为违背天道，礼坏乐崩；另一方面，对于胡做非为、倒行逆施的君主则是一种天谴。尊重伦理秩序在中国封建王朝发展过程中一直具有双重作用。中国历史上无数农民起义打起“替天行道”的旗帜，也表明“天道”对皇权的制约。

[33] 参见前引 [11]，Unger 书。

[34] 前引 [16]，史华兹文。

[35] 对昂格尔关于中国古代缺乏自然法观念的批判，参见前引 [13]，安守廉书，第 53 页。

[36] 前引 [9]，韦伯书。

再次，皇权至高无上，但也不是任意妄为，他必须顾忌祖训、祖制，在任命大臣、权力分配、婚丧嫁娶、内外事务等问题上不是无章可循，皇帝想怎么办就怎么办，而是都有一定之规。要推翻祖制，常常不得不“托古改制”，否则就没有合法性。就正式制度而言，皇权受到的制约还包括言谏、皇权与相权的分离、庭议等制度。就皇权之下的管理系统而言，许多研究表明，虽然没有西方那样的立法权、行政权和司法权分权制度，但中国实行文武相制，文官系统和武官系统在功能上是相对独立的。

就中央权力与地方权力而言，韦伯虽然提出中国的中央集权体制“家产官僚制”的特征，但是他也注意到，像任何中央集权体制一样，中国中央政府所控制的范围是有限的。就财政体制而言，中央政府给地方官员的“俸禄”有限，大量的还要有赖于地方财政，从地方搜刮，所谓“三年清知府，十万雪花银”。中央财政对地方缺乏了解，地方糊弄中央的现象比比皆是，这成为与高度中央集权共生的具有普遍性的现象。按照韦伯的看法“除非帝国是在一个精力过人的统治者的支配之下，否则官吏往往少报可课征租税的田地面积和纳税的人数，少报之数大约是已公布的土地户籍登记数字的40%。”⁽³⁷⁾实际上，中国家产官僚制的专断独裁特征以及历代官制上的一些弊病，再加上盘根错节的宗族组织和宗法势力的影响，都在一定程度上阻碍了中央政权渗透到广大的边陲地区，在“山高皇帝远”的村落很难建立起有效的政治和法律秩序。⁽³⁸⁾

(三) 现实：中国的举国体制

就当代中国而言，随着中国国力的提高，中国的成功越来越吸引全球的目光。如何解释中国个案，无论对中国的成功抱有什么态度，敌视、偏见还是赞许，造成中国奇迹的一个谁也回避不了的因素是中国共产党的领导，是中国的举国体制。而这一体制长期以来恰恰被西方主流媒体批判为专制主义、极权主义。怎么看待中国模式成为全球的政治家、新闻媒体、学界关注的热点。也正是在这个时刻，“911”使美国受到重创，西方经济遇到了自上世纪30年代经济萧条以来最大的危机，由此带来的政治不稳定，“占领华尔街运动”等等，使人们重新审视西方模式。苏东巨变后美国学者福山（Francis Fukuyama）曾经做出“历史的终结”的结论，似乎以美国为代表的西方民主体制已经取得了历史性的胜利。但是，在全球经济危机的情况下，面对美国国会一次次的预算案被否决而延误经济复苏，福山也发出了要实行“民主专政”制度的感叹。⁽³⁹⁾

美国宪法学者、宾夕法尼亚州立大学教授拉里·巴克（Larry C. Barker）近年来曾发表多篇文章研究中国共产党领导的法律制度，他把这种制度提高到宪政模式的高度，提出宪政不只存在于西方。西方的宪政只是宪政的一种，即以美国和法国为代表的民族主义的宪政，除此之外，还包括国际主义的宪政即以国际人权公约为摹本的宪政，神学的宪政即把宗教的教义视为国家法律制度指引的宪政。中国的宪政属于一种新型的宪政，它建立在共产党的领导下，是国家实行法治的宪政，即所谓党国宪政或国家政党宪政。巴克认为，所有的宪政都有共同点，即它们都是对专横、任意的限制。宪政的本质特征是约束任意权力，而约束权力的方式不同。西方宪政约束权力的方式是分权和制衡，神学宪政约束权力

(37) 前引〔9〕，韦伯书，第92页以下，注59。

(38) 同上书，第92页以下。

(39) See Francis Fukuyama, *Oh for a Democratic Dictatorship and Not a Vetocracy*, Financial Times, 2011-11-22.

的方式是教权与政权的分离，通过更高的法如古兰经，对国家权力予以约束。党国宪政体制，则是通过党的政治领导对国家机关实行指导和监督，而党也必须在宪法法律下活动。他把这种宪政简单地概括为“政府在党之下，而党在宪法之下”。他注意到，党国体制并非中国共产党的发明，最早是由孙中山、国民党提出的，在民主革命时期还受到中国共产党的批判。在苏联十月革命以后，实行的也是党国体制，但是实践表明，它往往成为党的领导人发号施令、无视法制的幌子，高度极权，践踏法治。中国文化革命期间党的领导人无法无天、不受约束，根本谈不上宪政。因此，那时的党国体制，党的领导人凌驾于国家之上，不受法律约束，只有党国而没有宪政。改革开放以后，一步步地将法治的因素注入到党国体制之中。他指出，一切宪政基础都是分权原则，党国宪政也是如此，行政权力赋予国家，而政治权力凌驾于国家权力之上，赋予党，而党受到宪法、法律约束。中国执政党不是西方意义上的政党，它不是社会上的一部分人利益、某个政治集团利益的代表，而是全体人民利益的代表。党把自己的主张，把政治理念、价值观念和理论输入到宪法中，成为宪法和法律的灵魂，成为国家权力运作的指南。因此，党是国家权力的原创力，而国家权力的运行依据宪法、法律，同时又受到党的监督。也就是说，一方面党是国家权力和法律产生的原动力，另一方面党的活动也不是任意的，必须受到法律约束。因此，党国体制是否能转变为宪政体制的关键在于党的政治权力是否受到约束。当然，作者也注意到，这套党国宪政的体制只是在理论上如此，实际运行如何还有待于实践的检验。⁽⁴⁰⁾

四、另一种思考：中国法与西方法对立吗

在中国法和西方法的比较研究中，经常听到一种观点，中国法与西方法是对立的：中国法律不占主导地位，西方法律占主导地位；中国人厌诉，西方人好诉；中国人强调人际关系的和谐，西方人主张个人权利；中国的集权和西方的分权等等。许多研究已经注意到，这种对比可能是成问题的，在时间上错位，不能把传统中国法与现代西方法相比。这当然是一个很重要的论点。但是，这种批判有一个预设，传统中国法还处在法律发展的早期阶段，现代中国法尽管还有许多传统法的痕迹，但发展方向是像西方法那样的现代法。本文不打算过多地纠缠这一问题，而是想从另一个角度对中国法与西方法的对立提出质疑：如果说中国由于家族关系、熟人关系的缘故，成为法律不易进入的领域，因而法律不占主导地位，那么西方在遇到熟人关系时法律的地位如何？如果说中国由于治水是一个高度中央集权的国家，那么西方在遇到天灾人祸、大的社会动荡等紧急状况又如何应对？

（一）关于法律的地位的反思

谈到从传统法向现代法的转型，人们经常提出它伴随着从熟人社会向陌生人社会的转

(40) See Larry C. Barker, *The Party as Polity, The Communist Party and Chinese Constitutional State: The Theory of State-Party Constitutionalism*, 16 *Journal of Chinese and Comparative Law* 101 (2009); *From Constitution to Constitutionalism: A Global Framework for Legitimate Public Power System*, 113 *Penn. State Law Review* 102 (2008). 中文的介评参见强世功《中国宪政模式？——巴克尔对中国“单一政党宪政国”体制的研究》，《中外法学》2012年第5期。近年来，中国学者的观点也受到国外学者的注意，如巴克尔的论文曾多次引用中国学者朱苏力教授的观点，参见Zhu Suli, *Political Parties in China's Judiciary*, 17 *Duke Journal of Comparative & International Law* 533, 534 (2007)，中文参见苏力《中国司法中的政党》，载《法律和社会科学》第1卷，法律出版社2006年版。

型，伴随着个人身份的独立，家长制的权威向政府权威、法律权威的转型，由此推论，家族、家庭的作用越来越小，法律的作用越来越大。但是，这种理论忽略了一点，熟人关系绝不是只有传统社会才具有的，即使是现代社会，在人们从自己的家乡、从熟人社会移居到城市、陌生人社会之后，在新的条件下还会建立新的熟人关系。当代西方学界法社会学和组织社会学都对熟人关系在现代社会的意义进行了重新思考。

在法社会学领域，美国著名法社会学家马考利（Stewart Macaulay）早在上世纪60年代就提出了商人习惯在解决商业纠纷中的重要作用。在他看来，正式的合同远远不像合同法教科书所说的那么重要：在订立合同时，商人们注意的只是主要条款，如商品的规格、数量、交货的日期和方式等等，而对于其他条款，如不按期交货或商品质量不符合要求的违约责任，如何解决争端等问题，则认为没有事先讨论的必要，而留到发生了纠纷以后再商量，留给商业习惯。即使商人交易有合同，按照定式合同签订，但是当事人也仅仅把合同看作是订货单，没人注意其他条款。在交易实施过程中如果发生争端，商人们都是按照商业习惯来处理，很少有人请律师，把合同争端提交到法院解决。在他看来，信守承诺是商人圈内的一个特别重要的习惯，如果不守信，不按时交货，提供假冒伪劣产品，他的商业信誉就会降低，被记到商业圈的黑名单中，对他未来的交易会产生产极大的负面影响。而且，正式的合同甚至会阻碍商事交往：在签订合同时，在主要条款之外的细节上花费很大精力，只能延误交易，甚至还没有交易就撕破脸皮；在执行合同时，严格按照合同办事，会捡了芝麻丢了西瓜。为此，马考利说“对商人来说，保持他们之间的长期的不断的业务联系比一场官司的胜负重要得多。”⁽⁴¹⁾也就是说，即使在现代经济交往中，渗透在商业交易中的内在模式，非正式的“交往法”不但没有消失，而且仍然起着至关重要的作用，甚至是商人交易的第一选择。

麦考尼尔（Ian R. Macneil）的《新社会契约论》用更加明确和理论化的模型表现出合同在熟人社会和陌生人社会表现的不同形态。他把契约分为两类，即个别性契约和关系性契约。个别性契约意味着“除了单纯的物品交换外当事人之间不存在任何关系”。这其实就是19世纪建立在商品经济基础上的纯粹的、古典的契约关系的抽象。但是，契约行为其实应该理解为从个别性交易到关系性交易的有阶段的连锁。在社会经济实践中，处于持续伙伴关系中的当事人一般都将许多契约条款悬而不决，留作之后根据商业需要再做随机应变的调节。他特别借重中国注重人际关系的经验，提出契约不是“一锤子买卖”，而是经历一段时期的过程。“关系性契约与习惯、内部规则、社会性交换、对于将来的期待等交织在一起，形成了一条环环相扣连锁，契约的履行和纠纷的处理都以保护这种长期性关系为原则。”⁽⁴²⁾

在组织社会学领域，就“法律的地位”而言，法律是一种正式制度，是一种刚性的规定，适于调整人们之间正式的、由国家确认和保证的关系。但是，人们之间的关系并非都是正式的。按照组织社会学，组织结构可以分为正式结构和非正式结构，正式结构和法律或组织规范相关，它建立在组织成员间的正式关系的基础上，是按照人们在组织中的地位

(41) See Stewart Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 *American Sociological Review* 55 (1963).

(42) 参见 [美] 麦考尼尔 《新社会契约论》，雷喜宁、潘秦译，中国政法大学出版社1994年版。

建立的,最典型的就是韦伯所说的“科层制”的关系,它与人们之间的亲疏远近、熟悉程度无关,而是由法律或组织规范所确定的。而非正式结构,则建立在组织成员间的非正式关系即初级关系的基础上,是人们长期接触基础上所形成的亲密关系、熟人关系。韦伯提出,资本主义首先产生于欧洲与科层制,与由此产生的西方的文官制度、公务员制度有着必然的联系。⁽⁴³⁾ 韦伯以后的组织社会学的一个重要进展是提出组织的二元结构,提出在组织的非正式结构中仍然会产生初级关系,如老上级与老下级之间,老同事之间的关系。就像中国人所说的“熟人好办事”。总之,人们之间的关系并不像科层制中的对号入座的正式职位关系一样刻板,还存在着许许多多非正式的、建立在长期接触所产生的友情基础上的关系,在许多情况下这种关系与法律无关,在法律之外运作,并从中产生内在的规范,它仿佛是一种润滑剂,使原来僵硬的关系变活。⁽⁴⁴⁾ 而这恰恰是在传统中国乡土社会、人们面对面的互动的社会,调解能大行其道的原因。另一方面,这种关系如果渗透到由法律调整的正式关系中会带来的灾难性后果,官商勾结,黑金政治。中国社会所蔓延的拉关系、走后门的不正之风,恰恰是“关系”一词的负面写照。但是,这似乎不是华人社会或中国的专利,金融危机所揭露的情况表明,西方的金融危机、华尔街的丑闻都表明“关系”的负面发作。因此,调动、发挥“关系”的积极作用,防范、抑制其消极作用,是西方和中国在法治发展中都面临的问题。

(二) 关于权力组织形式的反思

就权力组织形式而言,西方的发展路径伴随着古雅典的民主制,中世纪的教权与王权的分离,现代的分权制衡,限制绝对权力好像是一条主线。但是,在西方国家发展的历史上,集权、专政也是一个并不罕见的现象。专政作为一种制度,早在罗马共和国时期就产生了。罗马共和国实行王权(执政官、独裁官)、贵族(元老院)和平民(保民官)三权分立的体制,但是从效率上,达成各方都能满意的决定需要时间。特别是在危急情况下利用这种分权的制度去对付那些刻不容缓的事,就会贻误时机。在非常时期共和国赋予独裁官以处置权,这就是专政(独裁)这一制度的起源。当战争、动乱等造成的紧急情形发生时,元老院可以发布命令,执政官(有时也包括裁判官和护民官)宣告“终止一切执法活动”,法处于“悬置和终止”状态。中世纪教会法学家格拉提安(Gratian)明确地把专政状态和法律状态对立起来,提出“必要之事无须法律”的著名论断。⁽⁴⁵⁾ 托马斯·阿奎那也提出“需要临头无法律”。⁽⁴⁶⁾ 近代这种制度发展为紧急状态或非常状态法,处理战争、自然灾害、传染病、动乱、经济危机、劳资纠纷等领域的问题。20世纪后半期以来,非常状态进一步扩大领域,在恐怖主义、毒品贸易、虐待儿童,以致世贸组织、世界银行、国际货币基金组织、八国峰会等重大活动上也延伸适用。在主流的西方学术著作中,专政总是和非常时期、紧急状态和集权相联系的,而在正常状态下,则必须尊重宪政、法治和人权。在危机时期,民主的立宪政府必须临时在一定程度上改变,这对于克服危难、恢复常态是

(43) 参见[德] 马克斯·韦伯《经济与社会》第三章,林荣远译,商务印书馆1997年版。

(44) 参见[美] W. R. 斯科特《对组织社会学50年来发展的反思》,李国武摘译,《国外社会科学》2006年第1期;于显扬《组织社会学》第五章,中国人民大学出版社2001年版。

(45) Giorgio Agamben, *State of Exception*, trans. by Kevin Attell, The University of Chicago Press, 2005, p. 24.

(46) [意] 阿奎那《阿奎那政治著作选》,马清槐译,商务印书馆2007年版,第124页。

必要的。但是，专政措施受到宪法的约束，专政只能有一个目的：捍卫国家的独立、维持既存的宪政秩序、保障人民的政治和社会自由。⁽⁴⁷⁾

在马克思主义创始人的著作中，无产阶级专政也是和这些含义相联系的。第一，它指的是一个非常短暂的历史阶段，即从资本主义社会向共产主义社会过渡的历史阶段，而没有设想它是一个相当长的历史时期。“在资本主义社会和共产主义社会之间，有一个从前者变为后者的革命转变时期。同这个时期相适应的也有一个政治上的过渡时期，这个时期的国家只能是无产阶级的革命专政。”⁽⁴⁸⁾ 第二，它是一个非常时期，资产阶级刚刚被打败，但是在政治、经济、文化上还占有很大优势，无产阶级刚刚取得政权，但是在各个方面还处于相当大的劣势。第三，它是一个新型专政和新型民主的国家，即对无产阶级和广大人民实行民主而对资产阶级实行专政的国家。正是由于过渡时期阶级斗争的特点，列宁做出了“专政是直接依赖于暴力而不受任何法律约束的政权”的著名论断。⁽⁴⁹⁾ 因此，无产阶级专政必须是一个能够对各种非常状态做出迅速回应的国家，必须是一个能够不失时机地应对来自比自己强大得多的敌人的国家，应对这种状态的必定是一个能够调动一切资源、运用一切手段、高度民主和高度集权的国家。⁽⁵⁰⁾

苏联、中国过渡时期的实践表明，这个过渡时期远远要比设想的长得多。过渡时期不仅包括马克思、恩格斯所设想的从资本主义向共产主义过渡的时期，即使在共产主义的初级阶段即社会主义时期，仍然处在过渡的过程中。由于取得革命胜利的社会主义国家原来都处于生产力发展的很低的阶段，前资本主义的生产方式和政治文化传统还占有很大的优势，来自国内和国际敌对势力的挑战，国际资本主义的包围，赶超西方列强的现实压力，各种各样的社会风险，无产阶级在夺取政权以后必须实现共产党领导的无产阶级专政，必须集中力量办大事。但是问题在于，当无产阶级专政已经不再是一个短暂的历史阶段，而是一个相当长的历史时期，是一种和资本主义国家形态并存的国家形态时，没有法治、宪政行吗？我们看到这种体制在处理重大社会事件方面的优势，特别是在出现了社会动荡，如战争、恐怖主义袭击、内乱、动乱、骚乱，影响国计民生的、大规模的群体性事件；发生自然灾害，如洪水、地震、飓风、饥荒、传染病、流行病、瘟疫；开展重大的社会活动，如奥运会、世博会；发生经济危机、金融风险，如物价恶性上涨、货币大规模贬值、银行倒闭，集权体制与分权体制在反应速度、解决问题的能力、工作效率等方面的差距一目了然。如果非常状态是短期的，克减人们的权利和自由是可以忍受的；如果长期下去，“天天讲，月月讲，年年讲”，人们能在多大程度上忍受这样一个非常状态？而且，人们对集权、独裁、专政的托庇也不是无底线的，独裁者以紧急状态的名义，破坏正常的法律秩序，擅权专断、中饱私囊、发国难财的情况，无论东方还是西方，无论在历史还是现实中屡见不

(47) 参见孟涛《中国非常法律研究》，清华大学出版社2012年版。

(48) 《马克思恩格斯选集》第3卷，人民出版社1972年版，第21页。

(49) 《列宁全集》第28卷，人民出版社1990年版，第218页。

(50) 马克思的专政理论与以往理论的不同在于，他不是仅仅把专政看做是一个非常状态，而是认为任何一个国家形态其实质都是一个阶级对另一个阶级的专政。谈到无产阶级专政，马克思说，发现阶级斗争并不是他的功劳，他的新贡献就是证明下列几点：“（1）阶级的存在仅仅同生产发展的一定的历史发展阶段相联系；（2）阶级斗争必然要导致无产阶级专政；（3）这个专政不过是达到消灭一切阶级和进入无阶级社会的过渡。”见《马克思致约·魏德迈》，载《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社1974年版，第332页以下。

鲜,如何制约独裁者成为非常状态下至关重要的问题。对共产党领导的无产阶级专政国家而言,像一切专政一样,一方面专政是必不可少的,在艰巨复杂的环境中没有集权和专政,不集中力量办大事,社会主义国家就不可能维系,可能早就湮灭;另一方面,又必须使这种专政不得侵犯国家主人——人民的根本利益,受到宪政、法治根本目标的约束,没有法治,社会主义国家只可能在付出高昂的代价下维系一时,不可能长期存在下去。因此,在正常状态和非常状态之间,在集权和分权之间,怎么保持一个度,使社会主义国家既能应对随时可能出现的风险,又能保持长治久安,不致因为集权而侵蚀人民当家做主的国家根基,正是当前中国所面临的问题。

作为权力组织形式,分权和集权、法治和专政都是必不可少的,问题在于不能把在非常状态下所运用的集权、专政的方法运用于正常状态,也不能把正常状态下所运用的分权、法治的方法套用到非常状态。分权与集权、法治与专政,固然和地理环境、历史传统有关,但并不完全决定于是东方还是西方,是传统还是现代。实际上,无论东方还是西方、古代还是现代,都存在集权还是分权的问题。面对非常状态,不及时采取措施,立即应对,按常规的办法,按法律的程序去处理,会贻误战机,使本来可以挽回的局面迅速恶化,或本来可能抓住的机遇白白丧失。但是,面对正常状态,不讲法治,不讲程序,把处理紧急状态所使用的专政、集权的方法应用到日常生活中,则会使正常的社会秩序乃至人们的安全感都受到威胁。中国需要建立一个民主法治国家,也需要建立一个能够及时对越来越多的非常状态做出迅速回应的国家。把非常状态的处置纳入法治轨道固然是一个好办法,但是如果因此而不能对非常状态做出及时的回应,也是无能的表现。在新的时代,我们应该显示这种能力,而不应该把两者对立起来,这是中国和世界共同面对的任务。

(三) 法律进化模式的反思

比较法学中的中国法的边缘地位只是一种表象,实际上,它们和西方一系列有关社会和法律进化的模式有着密切联系。这些模式不是仅仅着眼于对法律的形式主义分类,而是把法律发展与社会进化的阶段相联系,其中中国法处在较低的阶段。如上所述,梅因的“从身份到契约”的概括与从静止社会到进步社会的进化相联系,⁽⁵¹⁾中国古代法到静止社会为止没有进一步发展,而西方法则从身份转变为契约适应了进步社会的需要。马克斯·韦伯把法律按照形式与实质、理性和非理性做出排列,中国法属于实质的、非理性的,而欧洲大陆法属于形式的、理性的。虽然他声称这种组合只是描述性的,价值无涉,但是它们与社会发展有着密切的关系,中国法和其他法律文明都阻碍了社会的进一步发展,只有欧洲产生了资本主义。⁽⁵²⁾昂格尔把不同文明的法律分为习惯法、官僚法和法律秩序。中国法发端于习惯法,官僚法是中国法的典型形态,对于习惯法是一种进步,但是却没有进一步发展到法律秩序的阶段,缺乏对统治者的制约,没有形成与道德、宗教的分离,没有形成分权,没有独立的职业团体和缺乏法律推理的技术。西方法则是法律秩序的代表。⁽⁵³⁾

任何进化模式的产生都不是凭空的,都有一定的语境。上述法律与社会进化模式的语境就是西方最先产生了资本主义,而把其他文明远远抛在后边。上述这些社会和法律进化

(51) 参见[英]梅因《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版。

(52) 参见前引〔24〕,Max Rheinstein编书,第4章。

(53) 参见前引〔11〕,Unger书。

模式在一定意义上是有说服力的，因为在这些模式流行的时代，西方法律制度的发展确实适应了社会 and 经济发展，而非西方的法律制度面对西方的竞争和国内社会发展确实落伍了、过时了，不得不按照西方的模式改造自己的法律和社会。毋庸置疑，整个19世纪乃至20世纪相当长的时期发生在中国和非西方国家的各种法律变革，很大的一部分都是以西方法所体现的基本价值为导向的，都与上述模式有着这样或那样的关系。

但是，20世纪下半叶以来支撑这些模式的语境变了，在中国和其他文明中社会 and 经济发展取得了足以和西方相媲美的成就。就上述西方法律和社会发展模式而言，这些理论提出以后也受到两个方面的挑战：第一，这些模式是否正确地概括了当时西方法律与社会的发展；第二，当代西方的发展是否仍然能够按照这些模式解释。

关于第一个方面，许多学者都指出，即使这些模式对西方法的概括符合当时实际，也是不全面的：从身份到契约反映的只是民事关系某些领域的变化，很难涵盖所有领域；即使欧洲大陆的形式理性的法律制度促进了资本主义发展，但它解释不了英国问题，普通法包括它的判例制度和陪审员制度具有明显的实质非理性的倾向，但在英国同样产生了资本主义，甚至比大陆更早。⁽⁵⁴⁾

关于第二个方面，用这些模式解释不了当代西方法的发展。从身份到契约最多只能概括放任资本主义时期法律的发展，当代西方法又有从契约回到身份的趋势。⁽⁵⁵⁾ 由身份所决定的不同社会群体的人区别对待的原则，在社会保障、税收和社会责任的广泛领域起着支配作用。昂格尔虽然指出从习惯法到官僚法到法律秩序的进化顺序，但他的理论是为了揭示西方法律秩序的危机。当代西方社会由于国家干预出现了福利合作国家的趋势，使得法律秩序所固有的一般性和自主性发生了危机，国家重新凌驾于社会之上，渗透到私人领域中，法律大有回复到官僚法之势，而公共领域与私人领域的相互渗透，公和私的界限日益模糊，仿佛又回到了更早的交往法，尽管是在一个更高的阶段上。⁽⁵⁶⁾

从身份到契约再到身份，从交往法到官僚法到法律秩序再回到官僚法和交往法，从实质到形式再到实质，从非理性到理性再到非理性，所有这些发展表明，法律的发展并不是基于进化论，即一个物种取代另一个物种意义上的社会达尔文主义。法律的这些表现形态其实代表的是法律制度内部相互矛盾和相互制约的不同方面，在社会发展的一定阶段或在社会关系的一些领域，可能某一方面比较突出，而另一些方面则可能退居次要地位，甚至成为影响法律和社会发展的主要因素，克服来自这个方面的阻力成为至关重要的问题，在外部则展现出从一种形态的法向另一种形态的过渡。实际上这些矛盾和它们所表现出的形态是永恒存在于法律制度之中的，不存在所谓从一极向另一极的历史性的、永恒性的转变，“从身份到契约”，“从交往法到官僚法到法律秩序”，“从实质不合理性到形式合理性”等等。当条件发生变化时，法律又会发生向相反方向的转变。这正象调整经济关系，有时强调自由贸易，有时又强调国家干预，完全决定于经济运行的状况。法律调整也是这样，有时强调契约的作用，有时又强调身份的意义，有时强调法律的自治性、普遍性，有时又凸显法律的非自治性和特殊性，它们完全决定于法律所调整的社会关系的性质，决定于社

(54) See David Trubek, *Max Weber on Law and the Rise of Capitalism*, 3 *Wisconsin Law Review* 720 (1972).

(55) 前引〔51〕，梅因书，“导言”。

(56) 前引〔11〕，Unger书。

会关系的结构和功能。

比较法中中国法研究所显示出的这些矛盾表明，把中国法固定在某一个进化模式中虽然有参考意义，但是最终是靠不住的，经不起实践和历史的检验，也经不起理论的推敲，一旦支撑这些模式的语境消失了，这个模式本身的理论说服力就大打折扣。因此，从目前的研究来看，与其把中国法的研究放在各种各样的带有明显意识形态烙印的法律与社会进化模式的框架下，不如以问题为中心，把注意力集中在什么样的社会关系适于用什么样的法律或非法律手段来处理。这里我不是想一般地否定法律与社会发展的模式，也不是想提出一种新模式，只是想证明，传统的比较法和法律与社会发展模式附加在中国法上的“特征”，即由于熟人关系法律不占主导地位，由于治水社会或大规模的社会工程形成专制、集权，绝不是中国所独有的，西方法也会面临同样的问题。只不过它们被视为恶的东西、过时的东西或者老古董，在现代西方法中被超越或被有意撇去。当这些特征在当代西方法律发展中又重新显现，或在拥有这些特征的其他文明中创造出比西方更辉煌的成就时，它们所带来的必然结果是已经在西方法发展路径中被固化了的法律与社会发展模式的危机。

Abstract: The Chinese law has long occupied an important position in the study of comparative law , although the western law is legitimate while the Chinese law is marginal in the mainstream literatures of comparative law in the West. This paper focuses on two issues , namely , the role of law in the society and the organizational form of powers. In the perspective of many western scholars , the Chinese law is not predominant in the society because the formal law is not easy to regulate the relationship among acquaintances. On the other hand , powers in the traditional China are centralized and autocratic because of its governance concepts.

The development of economy and society in China since the reform and opening up has challenged the above mentioned views on the Chinese law and some classical models of the development of law and society. This paper proposes that the Chinese law and the Western law are not opposite with each other in the issues of the role of law and the centralization or decentralization of powers. As a matter of fact , the West and China have many similarities in handling the relationship among acquaintances and the relationship among strangers , and also in the way to reply to normal situations and emergencies , which are the common issues that the West and China are facing. It is unreliable to fix Chinese law in a certain evolutionary mode of the West although it provides a certain reference. We should shift our methods from focusing on the evolutionary mode to centralizing on issues or social relations regulated by law in different countries.

Key Words: comparative law , Chinese Law , role of law , organizational form of powers , mode of legal evolution
