



论文精粹

[> 法学理论](#)[> 部门法哲学](#)[> 学术书评](#)[> 法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读原文](#)[> 论文精粹](#)

张千帆：中国宪政文化与制度建构的反思

发表于：2010-10-11 23:49 点击：541

【摘要】五四前后的思想文化运动为什么没有产生有效的现代宪政制度，因为我们缺乏形成和革新制度的能力。制度经常是利益斗争和调和的产物；制度需要建立在一定的基本共识基础上；制度的构建还需要法治文化、社会和经济因素以及制度本身的作用。

【关键词】制度建构；最高权力；利益妥协；民主参与

The Reflections on Constitutional Culture and Construction of System in China

【英文摘要】Why did not produce effective modern constitutional system before and after the 54 movement, because we lack the ability to form and reform the system. The system is the result of the interests struggle and compromise. The system needs to be founded on the basis of certain basic consensus; the construction of system also have the rule of law, cultural, social and economic facts.

【英文关键词】Construction of system; the supreme power; the compromise of interests; democratic participation

一、问题的提出

对于大多数人来说，五四运动是一场文化论战，目的是要在中国全盘引入西方思想，革新或扫除被认为是腐朽的传统文化。传统保守势力自然出于各种原因抗拒这种努力，从而在中国知识界引发了激烈的思想斗争。{1}五四前后的思想文化运动为什么没有产生有效的现代宪政制度—或更准确地说，任何维持久远的制度？[1]这个问题之所以值得我们反思和探讨，是因为它在今天和九十年前一样仍然摆在我们面前。事实上，正是因为我们固守僵化的祖宗成制和教条，几千年没有实质性的进化，才最终导致了全盘反传统的五四运动，而后者只不过是没认识到中华文明的根本局限，因而不可能真正打破历史的桎梏而已。

做为问题答案的事实确实很简单：我们缺乏形成和革新制度的能力。制度建构的能力缺失几千年一以贯之，几乎成了中华民族的“基因缺陷”。自鸦片战争和维新立宪以来，中国知识分子好不容易认识到制度对于社会发展的重要性，但是制度建构屡战屡败；法律学人多半对制度建设的百年失败痛心疾首，但是并没有多少人认真探讨过失败的终极根源。但凡学过法律尤其是宪法的“过来人”，难免对制度建构采取一种犬儒主义态度，尤其是对那些在法理上出生“不干不净”的制度显得颇为不屑：这个马伯里诉麦迪逊，不就是一场政治斗争吗？最高法院通过马歇尔的技术—或更确切地说艺术—处理，“失去了一场战斗，但赢得了一场战争”，为自己揽得了审查立法的权力而已。这么描述这项判决背后的历史故事当然也没错，但说这话的人似乎忽略了一个问题：如果只是政治斗争，中华文明上下五千年可不算短，大大小小的政治斗争也不少见；同样都是政治斗争，为什么中国的斗争几乎从来都没有完成制度上的建树？

我们可以对比一下西方的“政治斗争”。英国从中世纪开始，国王和贵族就斗得你死我活，但最后还是在1215年通过了《大宪章》；以后，国王和议会仍然龃龉不断，有时甚至长年内战，但最终还是确立了议会至上和近代民主制度。美国在独立革命之后，贵族和小农阶级发生利益冲突，结果是在1788年制定了联邦宪法；15年以后，代表小农利益的杰弗逊共和党控制了国会和总统职位，代表贵族的联邦党则保留了对最高法院的控制，两者之间的斗争产生了马伯里诉麦迪逊这一历史性判例，并最终被作为一项制度确立下来。以后发生的杰克逊民主化革命、进步党改革、新政和战后的公民权利运动，无不以制度的创新和确立为标志；即使是对美国联邦构成重大考验的南北战争也不例外，因为它促使美国通过了意义重大的内战后修正案，其中第十四修正案的正当程序和同等保护条款堪称美国宪法的两大基石。

西方的政治斗争最终导致制度和社会的进步，反观中国的政治斗争呢？从春秋战国的合纵连横、远交近攻和秦汉的儒法较量到清末改良派与保守派的角逐，从袁世凯和国民党之间的明枪暗箭到革命军和大小军阀之间的南征北伐，这些政治斗争究竟给我们带来什么？除了作为史学家或戏剧小说家的材料之外，它们没有给我们留下多少制度遗产。当然，西方的政治斗争也经常只是产生内耗而非新的制度，而中国也不是完全没有制度建构：早在五四之前，辛亥革命就已经建立了一种全新的民主制度；尽管屡经军阀战争的波折，北伐后还是确立了民国制度。然而，制度的实施总是步履艰难。

因此，我们今天面临的问题是：为什么中国的政治斗争从来没有像西方那样产生新的制度？为什么中国的制度形成与确立如此艰难？制度的建构不可能完全是理性设计的产物；制度是由人形成的，而人不是上帝：他们有七情六欲，有必须获得满足的需要——不仅是对安全、金钱和权力等理性的物质需要，而且还包括抒发政治激情和满足好胜或虚荣心的需要；这些需要在他们之间产生了难以调和的利益冲突和斗争，而制度就是利益冲突和斗争的结果。但只是斗争、激情以及人的“有限理性”，[2]恐怕不能完全解释中国和西方在这一点上的差异，不能解释中西方在制度建立上所走的不同路径，也不能解释为什么党派斗争对西方的制度建设发挥了积极作用，而在中国则似乎是纯粹消极和破坏性的。即使以彻头彻尾的犬儒主义眼光看待马伯里诉麦迪逊，别人的政治斗争毕竟产生了一项历时200年（尽管至今还有争议）的制度，而这本身就是没有人能否认的伟大成就。然而，当维新派和保守派彼此相持不下的时候，当国民党和袁世凯打得不可开交的时候，国人的行为想必也是受自己眼前的利益和激情支配的；他们也没有想到要理性地设计某种伟大的制度，而伟大的制度也确实没有产生。我们难道不应该问一问：为什么别人“无意插柳柳成荫”，[3]而中国的“柳”却一直长不出来？

问题究竟出在什么地方？是中西“文化传统”的差异使然？但是这句话除了将一个很有问题的概念当作答案之外，似乎什么也没有说。是中国人没有“从实际出发”，把太多的注意力放在了理念和理想制度的设计上？历史似乎并没有什么特别的事例证实这类主张。事实上，可能恰恰是因为中国人太“实际”、太注重眼前的可见的结果，以至不够关心长远的制度建构。但是本文认为，我们的问题恐怕绝不仅仅是一个短视、习惯或缺乏意识；即使我们有意识尝试建立一种制度，也未必有能力巩固新制度。百年宪政功败垂成，其间中国送往迎来多少“制度”？但是它们几乎无一例外都失败了。改革开放三十年，经济发展取得了成功，公民维权意识空前高涨，但是法治进程依然缓慢。时至今日，我们不得不为中国欠缺制度建构的能力而担忧。

本文尝试探讨制度建构能力的制度和文化原因，以及中国制度能力缺失的历史根源。在长期受制于中央集权统治的中国，这种缺失不是一朝一夕形成的，而是几乎与生俱有的，甚至可以说是中华文明的“基因缺陷”。我们从来不知道如何通过政治斗争达成妥协，进而形成稳定的制度；更致命的是，我们从来不具备自发形成制度的政治与文化条件。我们总是要诉诸一个最高权力，只有得到它的应允之后制度才成其为制度，否则似乎就只能是说了不算的私人约定。离开了最高权力，我们似乎就感觉一无所有、惟恐大厦将倾，连孔圣人都“三月无君，则皇皇如也”。（《孟子·滕文公下》）但是实际上，对于最高权力的依赖才是不稳定的根源。

或许，这正是哈耶克的“自生自发秩序”理论对中国的启迪所在。只有在一个不仅有勇气反叛国王、而且有智慧和他妥协并签约的国度，在一个表面上坚持议会至上但实际上不承认最高权力的民族，才有可能通过不同利益集团的较量和妥协直接形成恒久的制度。背后倚仗着人民这个强大的靠山，如此形成的制度才能维持八百年之久的生命力。1803年的判决之所以产生，无论从理据还是动力上都源自美国宪法的分权框架为政治利益集团的斗争和制约留下的自由度，而其后之所以维持了一个多世纪，至今依然保持着强大的生命力，最终也是因为决定其存亡去留的不是某一个或某一群最高领导人，而是一个有权自由表达意志的人民。只有在一个权力结构相对自由与民主的社会，制度这根“柳”才可能从孕育纷争的政治土壤中生长出来。

二、制度的特征

所谓“制度”，在此是指政府创造或承认并加以实施的规则。成功的制度因被社会普遍接受而获得确立和有效实施。[4]制度往往体现为成文的法律，因而法律是制度最通常的表现形式。当然，制度未必是成文的，不成文的英国议会惯例可能比许多成文制度更有效。不论如何，制度的实施需要独立于特定利益集团之外的中立解释机构。或者如果绝对“中立”是可望不可求的目标，至少这个机构的组成必须能比较均衡地反映对立利益集团的成分，且一旦产生便在相当程度上独立于外界压力。

如下所述，社会不同利益集团之间经常产生争议，而任何争议都有两种解决途径：通过制度或通过权力干预。制度是和规则联系在一起的，权力则和命令与制裁联系在一起。制度规定了不同利益集团的权利和相应的义务，以及解决利益冲突的程序。相反，如果争议是通过权力解决的，规则就不那么重要，因为不同集团的权利与义务之界定最终是取决于各自所掌握的政治、经济乃至军事等通常受到承认的实力。权力作为解决争议的途径有时也被称为“丛林规则”（jungle rule）——如果还能被称为“规则”的话，也就是人在野蛮状态下弱肉强食的自然法则。

国际贸易提供了一个贴切的例子。在不存在国际贸易规则的年代里，贸易冲突的解决最终取决于国家的实力对比。如果美国指责中国对其倾销纺织品，那么不论中国对美国的纺织品出口是否确实构成了国际法意义上的“倾销”，美国都可以如此指控并采取单方面措施；如果中国方面不服，那么它唯一能做的是通过政治和外交途径解决这一争端，或在这些努力失败后采取报复措施。这样就导致了贸易战，而最终结果和中国一开始是否实施了倾销的事实无关。为了改变这种弱肉强食的丛林规则，WTO为国际贸易提供了一种“规则导向”（rule-oriented）的制度。现在，中美贸易冲突可以通过条约所规定的程序加以解决。因此，WTO制度的确立使贸易争端的解决从原先以权力为导向的人治模式走向了以规则为导向的法治模式。

另一个典型例子是中国的行政诉讼制度。在1990年的《行政诉讼法》生效以前，影响公民权利的行政行为至多只能获得行政复议。如果连复议的机会都没有，那么公民就只能通过其它合法或不合法的途径来解决他和有关机构之间的争议，例如上访、交涉甚至贿赂。如果有关部门不讲理，那么政府部门和公民之间的纠纷就成了赤裸裸的权力斗争，其结果只能取决于双方的政治与社会资源。在一般情况下，结果是可想而知的；当然，有“后台”或“靠山”的个别例外，但是绝大多数缺乏个人资源的普通公民显然处于弱势地位，最后在走投无路的情况下甚至可能不惜诉诸群体性暴力。[5]同样，如果不存在行政诉讼或其它争议解决机制，部门之间的管辖纠纷也只有通过权力斗争才能解决，其结果取决于各部门的权力资源或上级部门的命令。行政诉讼建立了一种纠纷解决制度，使得官民和“官官”矛盾的解决不需要完全诉诸于权力干预。

权力作为解决冲突的方式是以力量的不平等为前提的，而几乎所有的制度都预设并体现了当事方地位的基本平等。行政诉讼制度假定并体现了公民和政府法律地位上的平等，否则就不会允许“民告官”了；国际贸易制度也体现了各国地位的平等，贸易争端的解决在原则上不取决于国家的实力对比。即使是内容不平等的制度也预设了有限的平等。中国古代的礼制根据男女老幼和社会地位，对不同的人规定了不同的权利和义务。这些规则是不平等的，但只要对强势方规定了义务以及实施义务的措施，它们在一定意义上就带有平等的效果；[6]至少，双方都同样承担履行规则的义务。

由于制度要求规则（主要是成文法律规则）的统治，法治文化有助于制度的产生和确立。[7]“文化”在此是指在这一概念所适用范围内获得普遍接受的思想、观念或行为方式，例如适用于一般社会的“大众文化”，适用于社会上层“精英文化”，适用于事业单位的“企业文化”等。“法治文化”适用于全社会，包括政府部门。在一个具备法治文化的社会，大部分成员普遍认同争议和冲突应该通过规则而不是权力加以解决，因而法治文化对制度建构的积极作用是显而易见的。{2} (P12)

三、制度建构的条件

让我们把下列模型作为起点：社会中有许多代表相互冲突的利益和观念的集团，它们彼此之间相互斗争，并争夺控制政府的权力；斗争的结果或者是某个或某些集团“胜利”了，或者它们之间达成了妥协，同意限制对自身利益的追求以换取对立集团的类似让步。[8]不论是胜利还是妥协，这些集团最终都将形成某种制度，以确定并反映利益斗争的结果。例如中国1982年宪法的前言明确说明，中国共产党“在经历了长期的艰难曲折的武装斗争和其他形式的斗争以后”，推翻了旧的统治，取得了新民主主义革命的胜利，而这决定了这部宪法的实质是“工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政”。

当然，特定制度的形成未必总是以事先的利益冲突或交换为前提。在某些情况下，控制有关政府部门的集团可能“先发制人”，先通过出台其所认同的制度并期待它获得其它集团的承认。事实上，马伯里诉麦迪逊所建立的司法审查制度就是这么形成的。在这种情况下，虽然制度是在产生之后才引发利益冲突，但这项制度是否能获得确立最终还是取决于冲突的结果，也就是率先设计制度的利益集团是否能克服来自其它集团的阻力，或至少使它们默认新制度的存在。

1、制度经常是利益斗争和调和的产物制度经常不是理想设计的结果，而是利益斗争与妥协的产物；如果按照理想的制度设计和社会的传统习惯相差太远，那么这种制度注定难以获得成功的实施。{3} (P99-100)即使如下所述，宪法框架的确立离不开某种共同的指导思想（譬如对自由民主和分权制约的共识），具体制度也往往体现了不同利益集团之间的妥协，例如《大宪章》对教会权利的保障就是国王在贵族压力下作出的妥协，美国宪法的“3/5条款”是南北势力之间的妥协，众议院代表选民、参议院代表各州的制度是大州和小州的妥协，而宪法关于设立一个最高法院、其它法院则由国会立法建立的决定是联邦党和反联邦党势力之间的妥协。事实上，马伯里决定本身也是一项妥协：决定案件的理由固然使最高法院获得了审查国会立法的权力，但同时也使联邦党所同情的原告在本案中失去了法律本来支持的委任。

利益妥协需要制度来维持。制度的主要功能是为相互冲突的利益提供明确界限，并在以后再度发生利益冲突的时候作为解决冲突的合法依据。如果斗争的结果是一个集团压倒其它集团而取得相当完全的胜利，那么这个“强势集团”（dominant group）及其所代表的力量就是至高无上的。相对于其它集团，这个集团具有不受约束的无限权力；在它面前，所有其它集团的利益都必须让步。在严格意义上，这个强势集团在胜利后和其它集团之间并不存在利益斗争，因而

解决问题，而无须诉诸于任何规则；即便规则存在，也难以在权力不平衡的情况下真正发挥作用。唯一可能引起争议的问题是某个特定的社会成员究竟属于哪个集团，进而决定他所能享受的权利和承担的义务，但是这类问题未必需要或能够通过制度加以解决。然而，如果任何利益集团的胜利都是不完全的，每个集团都作出了一定的让步，那么最后形成的利益妥协往往是相当复杂的，因而没有制度——尤其是成文法律制度——就不能有效界定每个集团在所达成的协议下享受的利益。

因此，制度作为解决问题的方案必须满足某些前提条件。首先，如上所述，制度在利益妥协的时候最容易产生。这要求不同的利益集团有妥协的意愿和需要，而其中的一个必要条件是各利益集团的实力大致均等。如果某个集团的实力大大超过其它集团，那么妥协对它来说无疑是不理性的，因为它完全可以通过实力乃至暴力夺取全部利益。这样，强势集团必然倾向于通过权力乃至暴力解决社会冲突。各大对立集团之所以要妥协，正因为它们都没有“全盘通吃”的能力，不得已而为之。[10]

其次，代表不同利益的各方必须是独立和最高的，在他们之上不存在一个合法性更高的仲裁者；否则，这个仲裁者的直接干预将是比制度更为方便的解决方案，更何况它一般不会允许其下属通过制度创新来自行解决纠纷，依附于最高权力的下属也不会有足够的动机或胆识自行建立制度来解决冲突。中国历代都有一个至高无上的皇帝，因而朝廷的各派力量不会首先想到在他们之间通过建立制度来解决矛盾，而他们确实也没有这个权力；他们会首先争相和皇帝“搞好关系”，通过皇帝的力量来打击压制对立的派别。只有在这个皇帝消失后，不同集团才会面对面地进行斗争和交易。一开始，各个利益集团都会将矛盾诉诸更高层次，直至各方都穷尽了集团内部的救济，因而各种利益纠纷上升到各个集团的最高层，而在它们之上并不存在实际的统治者。

当然，上例并不是要否认政府在制度建设过程中的作用，而只是说明对“最高权力”的承认可能会阻碍制度的形成，因为最高权力自己不需要和任何其它势力达成妥协，一般也不允许其它集团通过设计制度实现利益妥协。唯一的例外可能是议会作为国家的最高权力机构。“议会至上”原则之所以基本上影响制度的形成，是因为议会自己是产生各种制度的机构，而这一机构代表着社会的多元利益；不同利益集团正是通过议会达成妥协，并在立法过程中确定制度。

2. 制度需要建立在一定的基本共识基础上

既然制度是妥协的产物，它要求相互承认对方的基本利益，并通过设计制度作为解决利益冲突的方式。这是制度之所以形成的一个大前提。作为国家的根本制度，宪法的形成和确立同样也离不开某种超越的指导思想。至少，社会主要利益集团都必须普遍认同通过设计宪法制度，而不是通过人治或其它形式的力量，来完成不同利益的调和，且不管制度设计的最终结果是什么，都有诚意使自身权力受宪法规定的约束。另外，各方还必须对于根本性的实体目标具有大致的共识，例如都同意宪法需要保护基本人权，国家的最高权力最终在于人民而不是某个统治集团，政体采取的形式是一个比较统一的联邦，而不是高度集中的单一制或完全分散的独立国家的联合体。否则，如果基本价值观念相差太大，不同利益集团也难以形成共识以产生一部共同接受的宪法，或在一方强行通过某种性质的宪法之后，另一方坚持消极抵制或积极破坏宪法制度的实施，那么这对基本制度的形成和确立显然是不利的。因此，要形成一种稳定的宪法制度，仅有利益斗争是不够的，不同的利益集团还必须分享一些基本的价值观念，政府和社会力量以及控制政府不同部门的利益集团之间必须存在起码的相互尊重，并在宪法规定的基本规则框架下合作。

当然，这种共识并不是天然存在的。事实上，中外历史都表明，人的自然天性是为了自己的利益而斗争，而相互合作则是困难的。这是因为竞争只是出于人对自己眼前利益的考虑，合作则要求各方都看到共同的长远利益，而长远利益不仅不清楚、不确定、太遥远，而且即使看到了长期利益，任何一方对短期利益的迷恋都将破坏其追求。这是一个“囚徒难题”（Prisoner's dilemma）：如果人人都合作，那么结果对每个人都是最好的；但如果对方“叛变”（defect）了，那么你的理性选择也是拒绝合作，而不是白白让别人“占便宜”，因而最后的自然结果是相互拆台、各自为战，尽管这种结果不仅对于集体而言是最糟糕，而且对每个个体而言也几乎是最糟糕的。[11]因此，利益斗争本身未必能自动促成不同集团共同认识到合作的必要性。

人的基本共识从哪里来呢？一种（未必是唯一的）途径是传统文化的熏陶。生活在同一种文化下的人本身可能有一种近乎神秘的认同感，使彼此之间感到一种自然的亲和力，并分享某些共同的价值观念作为评判制度合法性的标准——例如生活在君主制下的人会相信君上大权是天经地义的，而生活在民主制下的人却会认为它是违背人性的。[12]至少对于直接参与制度设计的社会精英来说，基本价值的分享是极为重要的；否则，这些人很难在一起合作，因而难免只有诉诸于纯粹的权力斗争，最后通过消灭对方的物质存在来实现自己的利益。因此，任何特定的文化传统都为社会大众和精英提供了共同的价值基础，以及解决利益冲突的通常途径。但不可否认的是，某些文化更适合培养人们通过制度去解决社会问题，某些文化则使人更倾向于通过权力解决问题。

作为对立政治势力之间的“交易”，美国《联邦行政程序法》是一个典型的例子。即便在美国，也不是所有的政治斗争最后都会产生法律制度作为交易结果。譬如在1860年代的内战，北部废奴派彻底战胜了南部奴隶主，1930年代初期的新政则是以改革派对保守派取得压倒性胜利而告终的。但是到了第二次世界大战之后，新政所形成的基本共识已不容

质疑，争论转化为改革派（主要是民主党）内部的自由派与保守派，而两者都接受了行政国家观念，因而妥协是可能的。行政程序法将行政法的所有问题分为三部分，而两派在每个问题上都各有得失，在新共识的基础上产生了新妥协。[13]

3. 法治文化、社会和经济因素以及制度本身的作用

文化不仅为不同利益的人群提供了共同的价值和道德规范，而且在日常生活中潜移默化地为每个人培养了一种生活方式和能力。如果妥协和宽容是这个文化中的一部分，那么从中成长起来的个人从小就领悟到妥协是避免和处理冲突的有效方式。此外，“榜样的力量”是不可低估的。如果通过媒介宣传、民间传诵或电影艺术的理想化渲染，华盛顿、杰弗逊、马歇尔等制度设计者成为民族崇拜的英雄，那么这些人将成为社会模仿的对象，其行为方式和价值观念也将获得弘扬；如果社会所崇拜的是袁世凯式的独裁者，或只是缺少其他成功者来替代他们作为耳濡目染的榜样，那么结果将恰好相反。

如上所述，法治文化显然有助于制度的形成和确立。法治文化向公民传达一种文明理念：不同社会利益之间的冲突不应该通过压制和暴力手段解决，而是应该在相互尊重、平等互利的基础上达成妥协并制定规则，通过制度解决利益纠纷。法治文化使制度建构成为社会普遍接受的冲突解决方案，并在制度通过某种合法过程建立后迫使精英在其规定的范围内行为。

当然，文化并不是孤立和静止的。和制度一样，文化也有一个逐步建立的过程，并在以后也会发生变化。社会和经济条件以及制度实践在受到文化影响的同时，也会影响文化的形成和演变。{4} (P118-122) 一般来说，在经济比较发达的地区，教育也比较普及，公民的法治意识和权利意识可能有所提高，但经济和文化之间并不是简单的决定与被决定的关系。虽然法治的健全将促进经济发展，但经济发达并不必然意味着法治文化的发达，GDP等经济指标更不是社会法治程度的衡量。

然而，文化的形成确实依赖于制度的实践。某些制度是如此基本，以至于它们对所有其它制度的形成发挥着不可忽视的作用。这里主要是指司法审查制度以及被称为“表达自由”的言论、新闻、集会和结社等自由。司法审查制度通过保障宪法和法律的有效实施，有助于提升法官的地位和公民对法律的尊敬。表达自由则让公民理解社会多元化利益和多种不同观念的存在，培养他们妥协与宽容的精神。结社自由尤其有助于提高社会的制度建构能力，因为社团本身就是一种民间制度；通过制定章程，社团按照自己的需要管理自己，从而培养公民自治的能力和习惯。{5} (P521 -524) 当然，众多的经济组织也是社团的一种形式，因而在这个意义上，有组织的经济活动也是促进法治文化的一种方式。事实上，每一项合同都可以被视为一种制度安排—尽管是私人之间临时性的制度安排。

四、阻碍中国制度建构的几个因素

自古以来，中国思想家对制度的看法是完全不同的。在传统秩序下，至高无上、不可挑战的君主是代表所有合法制度的最高权威，并垄断了规定制度的全部权力：“非天子，不议礼，不制度，不考文”（《中庸》）。他高高在上，独立于所有的社会利益集团，因而他所规定或认可的制度和自己的个人利益没有直接关系。[14] 这样，制度的“生产”和“消费”之间就出现了根本的脱节。利益相互冲突的集团不是通过面对面的斗争和交易，而是必须通过和所有利益都没有直接关系的最高统治者才能产生制度。笔者认为，这是阻碍中国制度发展的根本原因，而之所以所有的传统思想家都毫无例外地认同了这种制度安排方式，是因为不同思想流派都同样以社会和平与稳定为最高目标，从而排除了通过利益斗争和妥协而自发形成制度的可能性。

1. 求和、息讼、止争的理想

春秋战国是中国传统文化的转型时代。在传统的周天子秩序日益衰微的背景下，它确实产生了一个“百家争鸣”的异常繁荣的思想时代。但正是在这样一种“礼崩乐坏”的时代背景下，大规模战争和杀戮不断发生，社会濒临完全失序的边缘，人的生存环境急剧恶化，中国社会对和平的向往也就超过一切，并且自然产生了一种矫枉过正的倾向，希望平息一切可能扰乱社会秩序的争端。因此，尽管当时的儒、道、墨、法等主要思想流派在许多重要价值上各执一端，它们有一点是共同的：人类的和平。和平代表着最高的道德理想，也是人类生存和安全的共同底线。这本来是无可非议的，但是在中国，和平压倒了一切，并几乎成为社会追求的惟一目标。[15]

在儒家学说中，对和平的追求可以说是跃然纸上。孔子曾说：“有国有家者，不患寡而患不均，不患贫而患不安。盖均无贫，和无寡，安无倾。”（《论语·季氏》）国家统治者首先要担心的不是物质上的匮乏，而是有限资源的分配是否均匀、社会是否稳定，因为如果分配不公，必然会引起社会争端，进而影响国家稳定。孔子的观点是有一定道理的。中外历史都表明，社会动乱的发生往往不是在最贫困的时候，而恰恰是在生活条件有所改善的时候，因为人们在那时满足了基本的衣食温饱，要求和期望不断提高，注意力也开始转移到社会不公正和不平等现象。托克维尔认为，这是为什么法国大革命没有发生在专制暴君时代，而是发生在温和软弱的改革者路易十六。{6} (P169-179) 如果必须在贫

穷和安宁之间做出选择的话，那么儒家似乎必然是选后者：“听讼，吾犹人也。必也使无讼乎！”（《论语·颜渊》）对于儒家来说，最理想社会是一个没有争端、没有诉讼的太平世界。

因此，国家制度无疑应该促进社会和睦、天下太平。为了这个目的，政府几乎可以控制社会的任何方面，礼仪、服饰、音乐一概属于政府管制范围。在儒家各派中，荀子最强调制度建构，主张礼乐治国。由于人的天性“恶”，因而必然产生斗争和混乱。“争则必乱，乱则穷矣。先王恶其乱也，故制礼义以分之，使有贫富贵贱之等。”（《荀子·王制》）统治者不但规定并实施一整套区分人的地位、贵贱、亲疏的礼制，而且应该垄断音乐的表达，因为乐和礼同样是控制社会、感化民心的手段。“乐者，圣人之所乐也，而可以善民心。其感人深，其移风易俗，故先王导之以礼乐，而民和睦。”（《荀子·乐论》）在他看来，只有礼乐双管齐下，才能保证社会的秩序与和谐：“礼以道其志，乐以和其声，政以一其行，刑以防其奸。礼乐政刑，其极一也：所以同民心而出治道也。”（《礼记·乐记》）

在儒家看来，实现和平与安定需要通过上下两种渠道。在上层，统治者的贤明保障了社会的基本安定。儒家对国家起源的猜测颇能说明问题：“当尧之时，天下犹未平。洪水横流，泛滥于天下；草木畅茂，禽兽繁殖，五谷不登；禽兽逼人，兽蹄鸟迹之道交于中国。尧独忧之，举舜而敷治焉。舜使益掌火，益烈山泽而焚之，禽兽逃匿。禹疏九河，浚济、漯，而注诸海；决汝、汉，排淮、泗，而注之江。然后中国可得而食也。……后稷教民稼穡、树艺五谷，五谷熟而民人育。”（《孟子·滕文公上》）因此，在儒家的思维里，人民之所以能脱离原始状态而生存下来，完全靠尧、舜、益、禹、后稷等圣贤的德政。不仅如此，人民的道德伦理也是由圣哲创造的。“人之有道也，饱食、暖衣，逸居而无教，则近于禽兽。圣人有忧之，使契为司徒，教以人伦：父子有亲，君臣有义，夫妇有别，长幼有序，朋友有信。”（《孟子·滕文公上》）荀子认为人性恶，因而圣王的礼义教化对社会安定尤不可少。“今人之性恶，必将待圣人之治，礼义之化，然后皆出于治、合于善也。”（《荀子·性恶》）这样，老百姓从衣食到言行举止，寸步都离不开圣贤的统治。

在平民阶层，儒家的目标是通过修、齐、治、平一整套道德教育，造就重义轻利、“以仁为己任”的君子，进而通过君子的榜样效应来消弭小人之间的争斗。“君子喻于义，小人喻于利。”（《论语·里仁》）如果人对“利”的追求可能引发冲突和争斗，那么“义”则是为众人所共享的普遍道德法则，因而不但不会引起矛盾，反而可以唤起利他主义的道德意识而使人自愿放弃利益角逐。[16]君子应该胸怀远大，放眼天下：“居天下之广居，立天下之正位，行天下之大道。得志，与民由之；不得志，独行其道。富贵不能淫，贫贱不能移，威武不能屈，此之谓大丈夫。”（《孟子·滕文公下》）一旦修炼到这种境界，什么事都“看开了”，怎么还会发生任何矛盾和冲突呢？至少，真正的君子必然远离党争：“君子矜而不争，群而不党。”（《论语·卫灵公》）不仅自己不党、不争，而且君子的这种高风亮节、温恭谦让也将感化众多的“小人”，使他们也从善归正：“君子贵人而贱己，先人而后己”；“善则称人，过则称己，则民不争。”（《礼记·坊记》）

如果上下两方面能结合在一起，自然是最好不过了；儒家孜孜以求的理想一直是让君子控制政府，再通过政府对小人们施行德政和德育。道德榜样是儒家政治的主要追求目标：“为政以德，譬如北辰，居其所而众星共之。”（《论语·为政》）统治者本人身正，那么老百姓也跟着廉正；否则，就难免“上梁不正下梁歪”：“政者，正也。子帅以正，孰敢不正？”“子为政，焉用杀？子欲善，而民善矣。君子之德风，小人之德草。草上之风，必偃。”（《论语·颜渊》）如果榜样的力量足以预防偷盗，那一定也能杜绝社会上大大小小的争吵、诉讼等令人烦躁的纠纷。解决社会矛盾的方式不是通过斗争、谈判和妥协，而是通过个人克制；而要学会克制，人必须克服来自其动物本能的原始冲动，通过“修身”超越小我、实现大我，完成从小人向君子的道德升华过程。面对颜渊问仁，孔子复述了这个道理：“克己复礼为仁。一日克己复礼，天下归仁焉。”（《论语·颜渊》）

当然，儒家的道德教育需要制度，但是这套制度是远古的圣王早已为后人拟订好的，不允许擅自修改。由于人性和社会的运行都遵循一定的自然规律，人类社会的制度是圣王“取法于天”的产物。[17]“天垂象，圣人则之”；（《礼记·郊特牲》）“故圣人作则，必以天地为本，以阴阳为端，以四时为柄，以日星为纪，月以为量，鬼神为徒，五行以为质，礼义以为器，人情以为田，四灵以为畜。”（《礼记·礼运》）这种高深莫测的宇宙根本法则显然不是一般人所能理解或领悟的，更不可能在“小人”之间的利益斗争中产生出来。事实上，不论是主张性善的孟子还是主张性恶的荀子，儒家各派对平民百姓的道德能力的看法是极为一致的：他们只是一群不成熟的孩子，需要“父母官”的“调教”。从儒家的英雄创史观可以看出，普通人是没有自治能力的；统治者有责任照料下民的衣食住行，否则就没有尽到父母的责任：“为民父母，行政不免于率兽而食人，恶在其为民父母也？”（《孟子·梁惠王上》）“上莫不致爱其下，而制之以礼。上之于下，如保赤子……故下之亲上欢如父母；可杀而不可使不顺。”（《荀子·王霸》）这样，“民”只是制度的被动接受者，不可能在制度的建构过程中发挥任何作用。制度是由超越实际利益斗争之外的统治者（甚至不可稽考的远古圣人）制定并实施的，而设计制度的目的正是消除小人之间的利益冲突。

如果说儒家想通过制度和道德教育来消除社会冲突，道家则认为庸俗的道德和制度恰是社会混乱的根源。“大道废，有仁义；智慧出，有大伪；六亲不和，有孝慈；国家昏乱，有忠臣。”（《老子》第十八章）道家认为，圣人、仁义、礼乐这些“大伪”把原本淳朴的人心搅得乱七八糟的；要回复原始生活的淡泊和宁静，必须抛弃这些现代文明的人

为的累赘：“绝圣弃智，民利百倍；绝仁弃义，民复孝慈；绝巧弃利，盗贼无有。此三者以为文不足。故令有所属：见素抱朴，少私寡欲，绝学无忧。”（《老子》第十九章）然而，在表面的对立背后，却隐藏着儒道之间更为根本的共同追求：太平世界，只是道家比儒家更厌烦现代社会文明，并且主张回到比儒家的黄金时代更早的原始状态。道家讥笑仁、义、礼，只是因为他们对人的创造能力更为悲观，也不相信因循古制就能解决问题。要彻底解决文明给社会带来的种种弊病，唯一的办法就是抛弃文明的所有产物，完全回到或许已经永远失去的原始乐园。为了回到“绝圣弃智”的原始社会，道家提倡实行彻底的愚民政策：“不尚贤，使民不争；不贵难得之货，使民不为盗；不见可欲，使民心不乱”；（《老子》第三章）“是以圣人之治，虚其心，实其腹，弱其志，强其骨。常使民无知无欲，使夫智者不敢为也。为无为，则无不治。”（《老子》第六十五章）如果说儒家理论对普通人的制度创造能力相当悲观的话，那么道家学说则可以认为是完全绝望了；如果在道家世界里还剩下一种制度的话，那就是统治者用来维持一个没有智慧、没有欲望、没有道德、没有制度的原始社会的工具。

法家部分吸收了道家的愚民政策，[18]但没有接受道家的消极悲观。和儒、道一样，法家也要为这个纷乱的社会带来和平与秩序，但和两者不同的是，法家的办法不是回到过去的某个黄金时代，而是通过制度创新积极地迎接现世的挑战。尧舜无为而治的太平盛世一去不复返了，仁义礼乐也成了和社会现实不相关的历史陈迹；惟一有效的社会控制工具是严刑峻法、“重刑去刑”，通过刑罚的威慑杜绝违法犯禁、实现社会和平。“重刑而连其罪，则褊急之民不斗，很刚之民不讼，怠惰之民不游，费资之民不作，巧谏、恶心之民无变也。”（《商君书·垦令》）“峻法，所以禁过外私也；严刑，所以遂令怨下也”；（《韩非子·有度》）“故明主峭其法而严其刑也。”（《韩非子·五蠹》）如果说儒家用君子去感化、约束小人，法家则正是要消灭“贫贱不能移，威武不能屈”的君子，只剩下统治者可以通过法律设定的奖惩来随意调节其行为的“小人”。“赏之誉之，不劝；罚之毁之，不畏；四者加焉不变，则其除之。”（《韩非子·外储说右下》）剩下的小人世界自然不可能在法家的学说中有何地位，他们只是被刑法统治和利用的对象。最后，法家的理想国只有一个人—君主自己，其余都是奴隶和工具。法律制度本身只是君主统治的工具，可以用来富国强兵，最终通过战争为扩大君主的疆土服务。

在儒、法学说中，所有的政令都只能来自于最高统治者—君主，但是君主的绝对权威在法家理论中表现得更为极端。君主是法律的制定者、拥有者和保障者，也是惟一超越于法律之外的人。他拥有整个国家，并利用法术把大臣和小民们玩弄于股掌之上。他既不对法律负责，也不对任何其他个人负责；他只对自己负责，对其所作所为的后果负责—毕竟，国家就是他的，对国家利益的损害也意味着对他个人的损害。大概出于这个原因，法家把全部的信任都寄托在君主身上。在他那里，法律和国家的“公共利益”得到了统一，并必然和所有私人利益相对立。“自环者谓之私，背私谓之公。公私之相背也，乃苍颉固以知知矣。今以为同利者，不察之患也。”（《韩非子·五蠹》）“夫立法令者，以废私也。法令行而私道废矣。私者，所以乱法也。”（《韩非子·诡使》）在法家的理想秩序里，君主是说一不二的。任何不同的声音都是蛊惑人心的煽动，任何私人利益的追求都是对国家利益的威胁；[19]任何结党营私更是对君主权威的直接冒犯，是任何圣明的君主都必须不择手段扼杀于未然之际的隐患。[20]如果说儒家不相信通过利益斗争和妥协产生制度的可能性，那么法家则坚信这种可能性的实现将无异于欺君叛逆。因此，法家充分认识到变法的必要性，但变法者只能是君主一人而已。

儒、法结合的管子思想也没有超越任何固有的束缚。一方面，他接受儒家的民本主义思想，并同时接受了和民本主义相对应的家长式专制主义：“政之所行，在顺民心；政之所废，在逆民心。民恶忧劳，我佚乐之；民恶贫贱，我富贵之；民恶危坠，我存安之；民恶灭绝，我生育之。”[21]在这种思维定式下，“民”只是利己主义的短视动物，如果不受节制的话必然在追逐利益的过程中受到伤害，因而显然是没有能力形成任何制度的。“惠者，多赦者也，先易而后难，久而不胜其祸；法者，民之父母也，先难而后易，久热不胜其福。故惠者，民之仇讎也；法者，民之父母也。”（《管子·法法》）另一方面，小民对法律制度流言蜚语、说三道四，必然会影响社会稳定和君主的统治，因而必须严令禁止：“法制不议，则民不相私；刑杀毋赦，则民不偷于为善；爵禄毋假，则下不乱其上。三者藏于官则为法，施于国则成俗。其余不强而治矣。”（《管子·法禁》）两者结合起来，统治者对制度和政策制定权的垄断显然是顺理成章的。

中国本土的思想宝库中还剩下墨家。和前三个学派相比，墨家学说是最有希望的，因为它最同情社会底层，其社会功利主义倾向也使之离民主比其它任何学派更近。但在墨子的学说里，统治仍然是高度自上而下的：“且夫义者，政也。无从下之政上，必从上之政下。”（《墨子·天志上》）墨家政治仍然是贤人政治，法令制度也仍然是圣王的产物：“夫明乎天下之所以乱者，生于无政长，是故选天下之贤可者，立以为天子”；（《墨子·尚同上》）“是故古之圣王，发宪出令，设以为赏罚以劝贤沮暴。”（《墨子·非命上》）不论如何，墨家作为一种学说到公元7世纪就衰落了，直至近代才得到复兴，因而对中国政治文化产生的影响必然是极有限的。

秦、汉之后，中国政治文化基本上沿着儒家正统轨道行进，辅以法家的治术，偶尔被短命的法家极权专政所打断。道家则作为一种“在野”的文化，为官场上失意的文人骚客提供一种精神解脱；虽然它不失为对儒、法统治文化的批

判，其消极出世的倾向注定了它对社会制度的建构不可能发挥任何积极作用。这种统治文化的基本设定是，受利益支配的众多小民没有能力自治，因而必须接受外在力量的统治；以君子人格为代表的这种力量之所以能够统治，是因为他们养成了克己奉公、廉洁刚正的品德，从道德上超越了普通的利益冲突，因而能够为整个社会的公共利益服务。要保证社会和平安定，国家就要从制度上保证社会接受君子的统治：“圣人之道，众隄防之类也。谓之度制，谓之礼节。故贵贱有等，衣服有别，朝廷有位，乡党有序，则民有所让而民不敢争，所以一之也。”（《春秋繁露·通国》）

传统模式的千年一贯、毫无突破，从曾经盛行一时的宋明理学便体现得很清楚。“新儒学”在本体论上有所开拓，但在政治理论上完全是老调重弹。在其开创者周敦颐的学说中，政治的目的和手段都和传统儒学别无二致：“乐者，本乎政也。政善民安，则天下心和。故圣人作乐以宣畅共和心，达于天地。天地之气感而大和焉。”（《通书·乐中》）且不说主张“存天理、灭人欲”的二程和朱熹，即使思想比较开放的唯心主义儒家听上去也像是荀子的嫡传弟子：“民生不能无群，群不能无争；争则乱，乱则生不可以保。王者之作，盖天生聪明，使之统理人群，息其争，治其乱，而以保其生者也。”（《陆象山全集·卷三十二拾遗·保民而王》）这样，息争治乱的制度典章自然只能是“天生聪明”的“王者”按天意所为，平民百姓只有被动接受统治。[22]这也说明了为什么中国的法律历来都是如此偏重于“治民”的刑法。{7}（P59-86）

2. 权力意识和人治文化下的制度改革

当然，这并不是说中国就没有制度；任何国家的统治都离不开某种形式的制度，但它确实意味着中国的传统文化及其对应的权力结构不利于制度的产生、发展和巩固。一个根本问题是制度的创造者和制度的“消费者”之间的脱节。一项新制度的产生通常是为了解决某个普遍存在的社会问题，因而将影响到许许多多的人；不论制度对他们的影响是积极的还是消极的，他们在这个意义上都是制度的“消费者”。在西方，随着民主制度的逐渐发展，制度的消费者对制度的产生发挥着决定性的作用。当英国贵族和国王在战争和妥协之后形成《大宪章》的时候，他们自己就是这项制度的“消费者”，直接承担着这项制度的后果；当美国新政时期的各派利益在国会激烈辩论的时候，其所产生的诸多制度—社会保障制度、工农业恢复措施、证券市场调控等等—直接影响着各派所代表的选民，选民的利益直接反映于议会的辩论和妥协之中。这样，尽管仍然是国家垄断的产物，制度获得了某种市场特征：“消费者”的需求将通过政治程序产生一定的压力，迫使国家“生产”符合消费者偏好的政策或制度；不符合消费者需求的制度将很快被淘汰，符合需求的制度则获得保留并逐步巩固。反观中国，如果社会出现了严重问题，官员腐败、民不聊生、急需改革，传统的中国政府会如何应对？由于缺乏自下而上的动力或压力，问题的答案完全取决于统治者本身。如果最高统治者足够贤明，充分认识到社会问题的严重性并有意愿和能力解决之，那么相应的制度将及时产生；由于缺乏对立势力的掣肘，新制度的产生可能甚至比民主国家更快。但是在中国，制度的创造者并不是其消费者，制度设计者并不直接承担制度实施带来的后果；事实上，中国传统政治思想要求制度的设计者高高在上，不为制度所带来的区区利害所动，更不对制度的消费者承担任何直接责任。既然如此，掌握制度的统治者很可能体会不到危机的严重性和改革的必要性。即使改革派在斗争后胜利，而新制度也确实被证明行之有效，由于他们身后没有广大受益者的直接支持，他们的权力和地位完全未必和他们的政绩成正比。这表明即使是成功的制度改革也可能在以后的权力斗争中丧失，因为制度的存废完全取决于社会自身决定不了的朝廷政治力量之对比。

在中国历史上，这类例子可以说是俯拾皆是。战国时期的法家和儒家之争固然是两种思想、两种制度的争论，并且也是在权力斗争的背景下展开的。但是如果说儒家还能代表朝野的贵族乡绅，法家则完全没有社会基础，只能依附国王的权力。即使法家的主张对富国强兵有利，其最后的命运取决于他们和保守势力斗争的结果及其说服国王的能力；即使法家提倡的“严刑峻法”可能导致了秦朝社会的糜烂和衰亡，但只要奸臣弄权，这样的制度就只能继续维持下去，直到整个王朝彻底溃烂为止。这样，制度的产生、实施和维持完全取决于和社会利益没有直接关系的最高统治者。当然，君主并非不关心国家兴亡；事实上，这个国家被认为是他的，他也应该知道“水能载舟、水能覆舟”的基本道理。然而，统治者的信息、意愿、兴趣、能力、见识、意志、魄力都是任何人难以左右的相当任意的个人因素，而这些因素对于制度的产生和维持却发挥着决定性作用。因此，“人存政举、人亡政息”就成了中国制度变化不可打破的必然规律。

事实上，由于儒家在西汉以后已形成正统地位，中国历史上的任何改革都具有一定的法家色彩。{8}（P50-79）因为儒家坚持“天不变，道亦不变”，改革者必然要沿着法家的推理路径论证：社会是不断发展变化的，因而不存在什么一成不变的天道，祖宗之法当然是可以改变的。改革必然会损及既得利益，而这往往也正是害怕被权倾一时的重臣架空 的皇帝所愿意看到的。在中外历史上，君主和重臣之间的明争暗斗往往可以使老百姓得到一点好处，而这也符合法家“劫贫济富”、巩固王权的策略。因此，从官办盐铁之争到王莽篡权、从王安石和司马光的荆温之争到张居正对保守派的攻击，改革派都促进了社会利益的重新分配。但在朝廷之外，所有人都是改革的被动受益者或受害者。即使改革广得民心，民众的支持也不能转化为支持改革派的正当资源，也不能防止制度改革中途夭折。由于没有社会利益的广泛参与，新制度难以获得长期实施和维持。一旦失去皇帝的支持，改革立刻罢废，改革者也成为遭清算对象。从商鞅变法到范仲淹的“庆历新政”、王安石的“托古改制”无不如此，张居正的改革也在自己去世后半途而废。这导致中国除了“祖宗成法”之外，只有随时可变、花样翻新的政策，而创造不出稳定与可靠的新制度。

制度路径的不畅导致中国走上另一条解决社会问题的不归路—权力。由于传统的制度和和文化剥夺了平民百姓对制度的发言权和决定权，依附权力成为获取利益、解除疾苦的唯一有效途径。一旦权力成了解决问题的唯一路径，对权力的信奉和崇拜就成为中国文化的一部分。权力在中国甚至具有一种自然的正当性或合法性。韦伯曾经指出，中国显示出一种不可救药的现世乐观主义精神。[9] (P167-169) 在中国人的观念中，善终究要战胜恶，并且国家的义务就是要实现最终的善。儒家的理想只是把“善人”（君子）荐举到政府部门去。久而久之，应然和实然在人们的观念中融合了，“善”成为政府的象征，政府以善的名义行使权力；政府集中了所有社会权力，皇帝又代表着政府的最高权力，而所有权力都被假设是为了善的目的而行使的。既然如此，为什么还要对权力进行任何制约呢？既然政府是“善”的代名词，政府权力自然是多多益善、越大越好。臣民的自治则被压缩到最小的范围，失去了通过形成制度实行自我管理的能力。这样，中国历代的政府权力从来是无限的；无所不在的权力替代了制度本应发挥的功能，进一步加剧了人们对权力的依赖甚至崇拜。

虽然实际上由于个人能力等限制而不得不和少数重臣分享部分权力，中国的实权皇帝名副其实地掌握着最高权力，因而皇帝是任何传统制度改革都绕不过去的核心；离开了君主的支持—至少是默许，改革必然寸步难行。这样，朝廷内部不同派别的政治精英也不能通过面对面的交易形成新的制度以实现其利益妥协。[23]对于他们来说，最关键的是获取皇帝的支持和宠信，而这一个纯粹的宫廷政治过程；制度是次要的，况且制度的存废几乎完全取决于皇帝的个人意向。因此，最高权力的存在阻碍着新制度的形成。

总起来说，无处不在的权力意识及其对最高权力的顶礼膜拜是阻碍中国制度发展的根本原因。[24]最高权力的存在使得最高统治者不可能和社会的其它成分发生利益“冲突”，因而不需要通过制度和这些利益集团达成妥协。最高权力和这些社会利益集团之间的关系在本质上是统治与服从的权力关系，特定社会集团通过最高权力的支持产生对其有利的制度，而这主要是一个充满变数的权力政治过程。如果最高权力不受任何社会利益的直接制衡—譬如传统的皇权不受选民的任何制衡，那么最高权力是否产生任何制度以及产生什么样的制度，最终都取决于最高统治者的意愿和能力而非社会需要。且由于社会利益对这类制度的存废没有发言权，即使符合广泛社会利益的制度也很难得到长期稳定的贯彻落实。

3. 社会经济条件的限制

当然，传统社会和经济条件的限制可能也阻碍了中国制度建构能力。可以论证，具有民主倾向的制度和文化有利于整体上的制度形成和巩固，而民主可能需要具备一定的物质条件。比较研究表明，政治制度和经济发展是一对相关变量：在经济相对发达的地区，教育比较普及，民主价值观念也更容易成开建立起来，[10]而民主共和传统反过来有助于区域的经济的发展。[11] (P83-120) 然而，我们必须避免把这种因果关系绝对化。毕竟，政治和经济的关联只是统计性规律，而在这些规律之外不乏例外。社会经济条件对制度发展具有一定的限制性影响，但这种限制不是绝对的。

我们可以认为，中国古代的封建制度形成了上下之间的人身依附关系，从而阻碍了一个更为平等的市民社会的发展，而市民社会比结构僵化的等级社会更富有形成制度的潜力。然而，封建制度也可以意味着法治化的契约关系，这种关系甚至保证了封臣在一定程度上的独立性。众所周知，英国的现代议会制度正是在封建社会产生的；[4] (P59-63) 奴隶制确实是古希腊和内战前美国的严重“污点”，但是没有从根本上动摇这些国家的民主。因此，我们应该充分认识到社会经济因素的重要性，但必须避免陷入经济决定论的泥潭。

制度和最终都是人的选择，而这一根本选择虽然受到社会经济条件的影响和制约，却仍然带有一定的自由度。假如“经济基础”决定了制度这个“上层建筑”，那就无法解释为什么古希腊会出现民主制度，或美国在1930年代会出现稳定的大众政党民主。[25]总之，政治有政治的逻辑，经济有经济的逻辑；两者之间存在着千丝万缕的联系，但是谁也决定不了谁。制度建构是建立在特定政治、经济、文化基础上的一种能力，而这种能力并不和经济发达程度成正比，也不是经济发展到一定阶段后就会产生的自然现象；反之，如果不具备制度建构的能力，经济发展自身很难持续下去。因此，社会经济条件并不是制约制度形成能力的根本原因；恰好相反，它很可能是这种能力缺失的结果之一。

综上所述，制约中国制度建构能力的根本因素是传统文化对最高权力的迷恋以及与之相适应的政治权力结构；这种权力结构和意识形态扼杀了自下而上形成制度的潜能，导致实际施行的政策并不真正符合被统治者的需要和利益，也不能随着社会的变化发展而及时革新，并随时可能因为最高权力的人员结构变化而变动，从而不可能形成相对稳定的制度。要打破中华文明的历史宿命，首先必须从文化上破除对最高权力的崇拜、对社会混乱的恐惧以及对人民自我管理能力的不信任，相信平民百姓有能力通过自由表达和民主参与形成最符合自己需要的政策，进而从宪法上保障人民的选举权和表达自由，锻炼和提高人民通过民主政治程序形成政策和制度的能力，直至成为推动制度形成和发展的主人。在这个意义上，诸如司法审查等宪法制度固然都是“制度”，但是表达自由和民主参与构成了宪法中的“元制度”，也就是所有其它制度得以形成和发展的制度基础；如果“元制度”不存在或形同虚设，社会就必然丧失制度建构的能力，诸如司法审查等具体制度也就不会应运而生，或即便侥幸在最高权力的一时推动下设立，也难以落到实处并维持恒定。

在上个世纪之交，中国再次面临春秋战国时期的社会所面临的重大危机。这一次危机可能比以往任何时期都更深重，因为它来自于中国社会所不熟悉的洋枪洋炮和一大堆新思想、新名词、新制度的挑战。在中国历史上，危机总是开启希望的闸门。和上次危机一样，思想的火花产生了。不论是其前期的新文化运动还是后期的民族主义运动，五四运动的主旨是全面革新中国的传统文化。回到我们一开始的问题：为什么五四运动也没有给我们带来产生新的制度？直接的答案当然并不难找：五四运动本身是纯粹的文化运动，并不直接涉及社会利益集团的斗争，因而我们并不期望它产生任何特定的制度。五四运动或许也没有影响中国社会的制度形成能力，因为旧文化的惯性实在太强大。再说在新旧两种难以融合的文化中，相互妥协是很困难的。“冰冻三尺，非一日之寒。”五四运动注定是一场不太成功的文化改革，不可能在一夜之间改变几千年的文化传统，而如果“德先生”确实不能在传统文化里找到立锥之地，那么新旧两种文化就成了不共戴天的死敌，而基本共识的缺失对制度建构具有致命的不利影响。

【注释】

[1]事实上，法学家对这场文化运动几乎可以说是“缺席”的。参见贺卫方：《超越比利牛斯山》，法律出版社2003年版，第230 - 233

[2]Bounded rationality，西蒙教授因提出了有限理性的行为理论而获得了诺贝尔经济学奖。参见Herbert A. Simon, *Models of Bounded Rationality: Empirically Grounded Economic Reason*, MIT Press, 1997.

[3]苏力对美国马伯里诉麦迪逊案的评价。参见苏力：《制度是如何形成的》，中山大学出版社1999年版，序言。

[4]本文的“制度”或许更恰当地被称为“正式”的制度，也就是由政府创造或至少获得政府承认的制度。除此之外，还存在所谓的“非正式”制度——民间某些团体私下创造或承认的行为规则。非正式制度没有获得政府承认，有时甚至为法律所禁止，但仍然作为“潜规则”而发挥实际效力，例如美国在内战后受宪法和法律禁止但在社会上仍然相当盛行的种族歧视。

[5]例如2008年6月28日，贵州瓮安县对一名女生的死因鉴定引发了当地的群体性事件，参见黄勇等：《反思瓮安事件：为什么老百姓不信任政府》，《瞭望》新闻周刊2008年7月7日。

[6]当然，完全剥夺一方权利的制度除外，例如美国内战以前的奴隶制度。

[7]“法治政府意味着规则的统治”，美国联邦最高法院斯格利亚法官（J. Scalia）的反对意见，*Morrison v. Olson*, 487 U. S. 654(1987)。

[8]这个模型主要是多元主义的（pluralistic），在某种意义上也包括了马克思的阶级斗争模型，“阶级”就是代表不同经济利益的集团。但本文的“利益集团”范围更为宽泛，不但包括经济利益等有形的物质利益，也包括观念或信仰等无形的“精神利益”。在国家主义或精英主义理论看来，多元主义模型没有充分重视政府在利益形成和整合过程中的积极作用，但是这些批评并没有从根本上否定多元主义模型对解释社会过程的说服力。

[9]当然，如果在斗争中失败的不同集团仍然存在且实力相对平等，那么它们之间也可能存在利益斗争，但是这些集团往往因从属于战胜方而不能自行通过制度来界定彼此的利益。

[10]霍布斯认为人和人之间在力量上的平等导致了彼此的畏惧，最终促使他们接受社会契约，交出各人手中的利剑以获得普遍的安全。参见Thomas Hobbes, *Leviathan*, Penguin Books, 1985, p. 185假如确实有一个“超人”不怕其他人的联合攻击，那么他也和强势集团一样不会愿意和其他人达成和平协议。

[11]这里是指缺乏信任的陌生人之间的一次博弈。对于在同样当事人之间进行的多次博弈，合作可能是各方长期利益最大化的理性策略，参见Dennis C. Mueller, *Public Choice II*, Cambridge University Press, 1989, pp.9-15.

[12]当然，文化只是对集体思维先入为主地形成了某种实体观念，而这种观念并非不可改变。某些令人震撼的事件至少会使集体中的某些人开始质疑传统观念，例如原来不受质疑的统治行为严重违背了普遍接受的伦理规范，或完全不同的统治方式在其它地区产生了良好的社会效果。

[13]对于政府行为直接影响特定当事人权利的裁决，保守派赢得了胜利。尽管建立独立行政法院的建议没有被采纳，裁决是由相对独立的行政法官通过准诉讼过程作出，并受制于比较严格的司法审查。对于制规（rulemaking），自由派赢得了全面胜利。制规是准立法而不是准司法过程，且不产生可以受到司法审查的记录，而极为宽松的审查标准也使得机构的决定极易维持。事实上，行政立法程序也远比国会立法简单。国会通常要对拟制的立法进行当面听证，并在听证前就有一个完整的草案。行政程序法则仅要求行政机构通告其制规意向，而无须提交草案，且只需要对规则终稿提供一个“简明和一般”的说明。参见Martin Shapiro, *APA: Past, Present, Future*, *Virginia Law Review* 72 (1986)·

[14]当然，间接关系显然是有的，因为制度实施的后果可能会关系到社会和王权自身的稳定。

[15]不仅传统理论是如此，而且现代文学艺术也经常反映同样的主题思想。例如在一度被提名奥斯卡最佳外语片的中国电影《英雄》中，原本要谋杀秦王的刺客最终似乎领悟了“天下”这个神秘词语，在最后一刻放弃刺秦。

[16]《荀子·大略》：“义与利者，人之所两有也。虽尧、舜不能去民之欲利，然而能使其欲利不克其好义也……故义胜利者为治世，利克义者为乱世。”

[17]《尚书·皋陶谟》：“天工，人其代之。天叙有典，敕我五典五敦哉！天秩有礼，自我五礼有庸哉！同寅协恭和衷哉！天命有德，五服五章哉！天讨有罪，五刑五用哉！”

[18]《商君书·垦令》：“无以外权爵任与官，则民不贵学问，又不贱农。民不贵学，则愚；愚，则无外交；无外交，则国安不殆。民不贱农，则勉农而不偷。”“使民无得擅徙，则诛愚……愚农不知，不好学问，则务疾农。”

[19]《韩非子·有度》：“贤者之为人臣，北面委质，无有二心。朝廷不敢辞贱，军旅不敢辞难，顺上之为，从主之法，虚心以待令，而无是非也。故有口不以私言，有目不以私视，而上尽制之。”

[20]《韩非子·扬权》：“厚者亏之，薄者靡之。亏靡有量，毋使民比周，同欺其上。”

[21]《吕氏春秋·慎大览·察今》：“治国无法则乱，守法而弗变则悖，悖乱不可以持国。世易时移，变法宜矣。”“夫不敢议法者，众庶也；以死守者，有司也；因时而变法者，贤主也。”

[22]《陆象山全集·卷三十五语录》：“典，常也；宪，法也。皆天也。”

[23]另一个相关的文化因素可能给利益妥协带来困难。由于不同政策导向之间的争论往往流变为善恶之争，政策争论容易带上浓厚的道德色彩，从而使妥协更为困难——毕竟，和“邪恶”势力妥协是荒唐的，更没有人愿决自己被贴上邪恶的标签。而且在中国的积极文化价值取向中，善良应该战胜邪恶，但是一旦应然和实然混为一谈，很容易变为“成者为王败者寇”的现实政治哲学，政治斗争中的胜者可以合法地以各种名义和手段去压制、迫害败者，从而使失败变得尤其可怕。这样就一步增加了政治斗争的酷烈程度，使各方更难以走到谈判桌前并达成妥协。

[24]当然，如前所述，议会至上可能是这一命题的惟一例外，因为议会本身代表着众多的利益集团，而不同集团之间的碰撞是形成制度的诱因。尽管如此，这类制度的稳定性至少在理论上仍存在问题。由于议会代表着最高权力，它可以根据其好恶随时建立或废止任何制度。在这一点上，它和代表传统最权力的国王是一样的，本身都在原则上不受任何法律的约束。

[25]关于制度对经济的决定性作用，可参见Max Weber, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, Talcott Parsons (trans.), Charles Scribner's Sons, 1958, pp. 47-78.

【参考文献】

{1} [美]魏定熙. 北京大学与中国政治文化(1898-1920) [M]. 金安平, 张毅译. 北京: 北京大学出版社, 1998.

{2} 魏晓阳. 宪政文化与制度建构刍议[J]. 华东政法大学学报, 2008, (5).

{3} 苏力. 法治及其本土资源[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1996.

{4} 张千帆. 宪法学导论—原理与应用[M]. 北京: 法律出版社, 2008.

{5} Alexis de Tocqueville. *Democracy in America* [M]. George Lawrence (trans.), J. P. Mayer (ed.). New York: Harper & Row, 1969.

{6} Alexis de Tocqueville. *The Old Regime and the French Revolution* [M]. Stuart Gilbert (trans.). New York: Doubleday, 1955.

{7} 梁治平. 法辨—中国法的过去、现在与未来[M]. 贵阳: 贵州人民出版社, 1992.

{8} 张晋藩, 王志刚. 变法论—中国古代改革与法制[M]. 北京: 法律出版社, 1989.

{9} Max Weber. *The Religion of China* [M]. Hans H. Gerth (trans.). New York: Free Press, 1951.

{10} Ronald Inglehart. *Modernization and Postmodernization: Cultural, Economic, and Political Change in 43 Societies* [M]. Princeton: Princeton University Press, 1997.

{11} Robert D. Putnam. *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy* [M]. Princeton: Princeton University Press, 1993.

原载于:《法制与社会发展》2009年第6期

