

CSSCI来源集刊

民间法

【第十五卷】

主编：谢晖 陈金钊 蒋传光

执行主编：淡乐蓉

中南大学法学院 主办
上海师范大学



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

CSSCI来源集刊

民间法

【第十五卷】

主编：谢晖 陈金钊 蒋传光

执行主编：淡乐蓉

中南大学法学院 主办
上海师范大学



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

民间法. 第15卷/谢晖,陈金钊,蒋传光主编. —厦门:厦门大学出版社,2015.6
ISBN 978-7-5615-5452-4

I. ①民… II. ①谢… III. ①习惯法-中国-文集 IV. ①D920.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 058719 号

官方合作网络销售商:



厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

总编办电话:0592-2182177 传真:0592-2181406

营销中心电话:0592-2184458 传真:0592-2181365

网址:<http://www.xmupress.com>

邮箱:xmup@xmupress.com

厦门金凯龙印刷有限公司印刷

2015 年 6 月第 1 版 2015 年 6 月第 1 次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:26.75 插页:2

字数:570 千字

定价:65.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

《民间法》年刊总序

自文明时代以来,人类秩序,既因国家正式法而成,亦借民间非正式法而就。然法律学术所关注者每每为国家正式法。此种传统,在近代大学法学教育产生以来即为定制。被谓之人类近代高等教育始创专业之法律学,实乃国家法的法理。究其因,盖在该专业训练之宗旨,在培养所谓贯彻国家法意之工匠——法律家。

诚然,国家法之于人类秩序构造,居功甚伟,即使社会与国家分化日炽之如今,前者需求及依赖于后者,并未根本改观;国家法及国家主义之法理,仍旧回荡并主导法苑。奉宗分析实证之法学流派,固守国家命令之田地,立志于法学之纯粹,其坚定之志,实令人钦佩;其对法治之为形式理性之护卫,也有目共睹,无须多言。

在吾国,如是汲汲于国家(阶级)旨意之法理,久为法科学子所知悉。但不无遗憾者在于:过度执着于国家法,过分守持于阶级意志,终究令法律与秩序关联之理念日渐远离人心,反使该论庶几沦为解构法治秩序之刀具,排斥法律调节之由头。法治理想并未因之焕然光大,反而因之黯然神伤。此不能不令人忧思者!

所以然者何?吾人以为有如下两端:

一曰吾国之法理,专注于规范实证法学所谓法律本质之旨趣,而放弃其缜密严谨之逻辑与方法,其结果舍本逐末,最终所授予人者,不过御用工具耳(非马克斯·韦伯“工具理性”视角之工具)。以此“推进”法治,其效果若何,不说也知。

二曰人类秩序之达成,非唯国家法一端之功劳。国家仅借以强制力量维持其秩序,其过分行使,必致生民往还,惶惶如也。而自生于民间之规则,更妥帖地维系人们日常交往之秩序。西洋法制传统中之普通法系和大陆法系,不论其操持的理性有如何差异,对相关地方习惯之汲取吸收,并无沟裂。国家法之坐大独霸,实赖民间法之辅佐充实。是以19世纪中叶、20世纪以降,社会实证观念后来居上,冲击规范实证法学之壁垒,修补国家法律调整之不足。在吾国,其影响所及,终至于国家立法之走向。民国时期,当局立法(民

法)之一重大举措即深入民间,调查民、商事习惯,终成中华民、商事习惯之盛典巨录,亦成就了迄今为止中华历史上最重大之民、商事立法。

可见,国家法与民间法,实乃互动之存在。互动者,国家法借民间法而落其根、坐其实;民间法借国家法而显其华、壮其声。不仅如此,两者作为各自自治的事物,自表面看,分理社会秩序之某一方面,但深究其实质,则共筑人间安全之坚固堤坝。即两者之共同旨趣,在构织人类交往行动之秩序。自古迄今,国家法虽为江山社稷安全之必备,然民间法亦为人类交往秩序所必需。故人间秩序者,国家法与民间法相须而成也。此种情形,古今中外,概莫能外。因之,此一结论,可谓“放之四海而皆准”。凡关注当今国家秩序、黎民生计者,倘弃民间法及民间自生秩序于不顾,即令有诤诤之声,皇皇巨著,也不啻无病呻吟、纸上谈兵,终其然于事无补。

近数年来,吾国法学界重社会实证之风日盛,其中不乏关注民间法问题者。此外,社会学界及其他学界也自觉介入该问题,致使民间法研究蔚然成风。纵使坚守国家法一元论者,亦在认真对待民间法。可以肯定,此不唯预示吾国盛行日久之传统法学将转型,亦表明其法治资源选取之多元。为使民间法研究者之辛勤耕耘成果得一展示田地,决定出版《民间法》年刊。

本刊宗旨,大致如下:

一为团结有志于民间法调查、整理与研究之全体同仁,共创民间法之法理,以为中国法学现代化之参照;

二为通过研究,促进民间法与官方法之比照交流,俾使两者构造秩序之功能互补,以为中国法制现代化之支持;

三为挖掘、整理中外民间法之材料,尤其于当代特定主体生活仍不可或缺、鲜活有效之规范,以为促进、繁荣民间法学术研究之根据;

四为推进民间法及其研究之中外交流,比较、推知相异法律制度的不同文化基础,以为中国法律学术独辟蹊径之视窗。

凡此四者,皆须相关同仁协力共进,始成正果。故鄙人不揣冒昧,吁请天下有志于此道者,精诚团结、互为支持,以辟法学之新路、开法制之坦途。倘果真如此,则不唯遂本刊之宗旨,亦能致事功之实效。此乃编者所翘首以待者。

是为序。

谢 晖

目 录

《民间法》年刊总序	谢 晖(1)
-----------------	--------

学理探讨

从差序格局到平行结构:法治吁求社会行为结构的转换	黄金兰(2)
清代国家法与民间法的冲突与融合	
——以旗民交产为视角	方 宇(19)
从中国古代“度”之变迁析民间习俗和社会制度的演化	戴秀河(32)
少数民族习惯规范实施的理性分析	
——以景颇族为例	赵天宝(43)
城市背景下的人民调解及其特点	
——兼与农村人民调解比较	王俊娥(53)
民族地区习惯法与区域法治构建探析	梁海燕(61)
少数民族文化权利的法哲学思考	宋海彬 许仁顺(74)

经验解释

《水浒传》中的江湖世界与江湖规则探析	白利寅(86)
乡民争讼的逻辑与国家法的双重局限	
——以电影《审牛记》为素材切入	桑 田(102)
习俗是如何演变的?	
——理解社会实践的“建构性诠释”视角	徐 晨(115)
纠纷、仪式与权威	
——迈向象征主义法人类学	曾令键(131)
天国治理规则的人间映像	
——《西游记》玉帝形象的法律	蒋海松 罗 婧(159)
文化传统对商事习惯法之影响论析	赵 吟(169)

民间法与法律方法

少数民族习惯与法律冲突案例分析研究

- 以台湾地区“风倒樺木案”判决为视角····· 陈铭聪(182)
- 藏族“夸富宴”习俗的法律功能····· 淡乐蓉(192)

制度分析

- 回族习惯法中的“则卡提”制度及其对我国立法的可能贡献····· 韩富祥(210)
- 司法独立再审视
- 一种民间法哲学思考····· 姚选民(217)
- 典权制度历史源流与现实价值
- 以韩国传赏权制度为比较考察对象····· 金玄武 陈明智(228)
- 论古代藏区赔命价的制度形态与演进路径
- 从藏区行政区划的二元结构切入····· 王林敏(243)
- 圣谕宣讲初探····· 胡译之(254)

社会调研

- 华寨的“自治合约”与“劝和”惯习····· 徐晓光 杜晋黔(268)
- 场域、惯习、资本与纠纷解决
- 对贵州黔东南占里侗寨纠纷解决的法社会学解读····· 李继扬 吴大华(280)
- 社区调解运作的实证分析····· 杨艺红(289)
- 基督教家庭教会法律问题研究
- 以山东省L镇为例····· 张圆圆(315)

域外视窗

- 国际海事安全习惯(法):生成、发展及现代意蕴····· 许民强(362)
- 政治批判与政治经济学批判
- 马克思19世纪40年代中期作品里的资本主义、共产主义
和国家····· 德里克·塞耶 著 姚远 译(373)

学术评论

法律与仪式

——法人类学视角下对《藏族盟誓研究》一书的
解读

多杰昂秀 胡 勇 孟德望(398)

行深开豁:格局、方法和问题

——陈柏峰教授著《乡村江湖:两湖平原“混混”研究》

赵康仪 孟 杰(408)

学理探讨



◎从差序格局到平行结构：法治吁求社会行为结构的转换

◎清代国家法与民间法的冲突与融合

◎从中国古代“度”之变迁析民间习俗和社会制度的演化

◎少数民族习惯规范实施的理性分析

◎城市背景下的人民调解及其特点

◎民族地区习惯法与区域法治构建探析

◎少数民族文化权利的法哲学思考

从差序格局到平行结构：法治吁求 社会行为结构的转换^{*}

黄金兰^{**}

摘要：差序格局及与之相适应的偏正式文化心理和特殊主义行为取向，为法治在中国的运行设置了诸多障碍。可以说，此种社会行为结构不改变，法治在中国便难以真正实现。那么，一种什么样的社会行为结构才是法治所需要的呢？本文认为，平行结构才能内在促成法治。而如何实现差序格局向平行结构的转换？关键的一点在于，应当用一种新的自我观取代传统的自我观。

关键词：差序格局；偏正结构；法治；平行结构；独立自我

费孝通先生关于中国传统社会结构的认识可谓经典，差序格局理论已然成为学界分析中国社会的一把钥匙。近年来也有一些学者借用西方的社会学理论，对中国传统的社会行为结构进行了更为细化的分析，这些分析可以作为对差序格局理论的一种补充。在这些既有研究的基础上，我们将中国人的社会行为结构完整地表述为：差序与弹性结构。与这种行为结构相伴随的文化心理和行为取向表现为偏正结构和特殊主义。可以说，偏正结构式的文化心理和特殊主义的行为取向，对我们的法治事业构成严重消解。因此，欲使法治在中国真正实现，转换我们的社会行为结构才是最根本的解决之道。

一、差序格局与弹性结构：中国人的社会行为结构

关于中国传统社会结构，梁漱溟曾提出很有见地的看法。他指出，中国人是以家庭关系为基础，以此推而广之，以伦理组织社会。他称此种社会结构为“伦理本位”的社会。在这样的社会中，一切社会关系皆与伦理相关，并且这一伦理始于家庭，又不止于家庭。从家庭中的父子、夫妇、长幼，至乡邻、朋友，到社会上的师徒，乃至经济上的东伙，最

^{*} 本文为作者主持之中央高校基本科研业务费专项基金项目“闽南家族习惯法的演进与转型”之研究成果，项目编号：2010221004。

^{**} 黄金兰，江西上栗人，厦门大学法学院副教授，法学博士。研究方向主要为法律文化与比较法学。

后到政治中的君臣、官民等种种关系,兼由伦理统摄。^①必须承认,梁先生的“伦理本位”,确实道出了中国传统社会结构的基本属性,从而有助于我们更好地认识传统社会。

继梁漱溟的“伦理本位”之后,费孝通的“差序格局”理论为我们分析传统中国的社会结构提供了更为细致的分析工具。在费孝通看来,中国传统社会结构就如同将一粒石子投入水中形成的波纹:每个人都是那颗被投入水中的石子,石子周围形成的波纹就是他的社会关系网络。由此而形成的社会关系,如同水中的波纹,一圈圈推出去,愈推愈远,也愈推愈薄。简单地说,在他看来,中国人的社会关系结构就是“从自己推出去的和其发生社会关系的那一群人里所发生的一轮轮波纹的差序”^②。

费孝通还指出,差序格局具有伸缩的能力。也即,个人社会关系的范围会随着其势力的大小而发生变化。当个人影响力大时,会拥有广泛的社会关系网络;当其失势时,则社会圈子会迅速缩小。他指出,“中国传统结构中的差序格局具有这种伸缩能力。在乡下,家庭可以很小,而一到有钱的地主和官僚阶层,可以大到像个小国。中国人也特别对世态炎凉有感触,正因为这富于伸缩的社会圈子会因中心势力的变化而大小”。^③

也许有人会说,梁漱溟和费孝通所论述的,仅仅是传统中国的社会行为结构,这些论述只能适用于一百年前的中国社会,而不能用于解释已历经百年巨变的当下中国社会。必须承认,最近一个世纪的中国,社会各领域确实发生了翻天覆地的变化。然而,无论这些变化来得多么剧烈,中国人的社会行为结构却未发生根本性改变。费孝通所描述的差序格局仍然是中国人社会交往中最基本的前提性结构。

晚近有学者对当下中国人的社会行为结构进行了极为细致的分析。这其中,最有代表性的当属台湾学者黄光国的研究。该学者运用西方的社会交换理论^④,将中国人的社会关系划分为三种类型:情感性关系、工具性关系和混合性关系。其中,情感性关系是指家庭成员和亲密朋友之间基于情感而形成的长久、稳定的社会关系。工具性关系,是人們与家庭成员以外的人之间形成的、以获得特定物质目标为导向的一种短暂而不稳定的社会关系。店员与顾客、医生与病人、公共汽车司机和乘客之间便属于此种关系。混合性关系则介于情感性关系和工具性关系之间,是一般熟人之间的关系,包括亲戚、邻居、师生、同学、同事、同乡等关系类型。^⑤

按照黄光国的理论,在中国人的社会交往中,这三种社会关系共时性地存在;并且这三种关系并不是封闭的,它们之间可以相互转化。首先,工具性关系可以向混合性关系转化。这种转化主要通过“拉关系”的方式来实现。中国人通常凭借动用某种资源(如

① 梁漱溟:《中国文化要义》,上海世纪出版集团2005年版,第70~73页。

② 费孝通:《乡土中国》,人民出版社2008年版,第30页。

③ 费孝通:《乡土中国》,人民出版社2008年版,第29页。

④ 社会交换理论是20世纪60年代发端于美国并逐渐在全球具有重要影响的一种社会学理论,该理论认为,人类的一切活动都可以归结为一种交换行为,人们之间所结成的社会关系也可以被理解成为一种交换关系。该理论的代表人物包括霍曼斯(G. C. Homans)和布劳(P. Blau)等。

⑤ 黄光国、胡先缙:《人情与面子:中国人的权力游戏》,中国人民大学出版社2010年版,第7~11页。

关系资源)或建立与他人之间的某种认同(如认同乡)等方式,将工具性关系转化成混合性关系。其次,混合性关系也可以向情感性关系转化。“攀上关系只是双方建立混合性关系的第一步。如果请托者知道某人掌握有某种资源的支配权,他可以进一步地用拜访、送礼、宴客等方式,来加强彼此之间的情感关系。”^①从这一角度看,行动者之间到底处于哪种关系,很大程度上取决于行动者的意愿,只要他愿意,只要他认为某种关系有利于自己利益的实现,他便可以通过种种方式来达到他意欲与对方所建立的某种关系。

这也从另外的角度印证了费孝通先生关于差序格局具有伸缩能力的判断。按照费先生的观点,“这富于伸缩的社会圈子会因中心势力的变化而大小”^②。也就是说,熟人圈子的大小很大程度上取决于处于中心位置的人的社会影响力。当中心人物的影响力大时,与其本不具有熟人关系的陌生人,会通过种种方式与其攀上关系,从而由工具性关系转化为混合性关系。当中心人物的影响力降低时,其社会圈子也将变小,也即其混合性关系网络将不断萎缩。尤其当中心完全失势时,还可能面临众叛亲离的局面,此时,不仅混合性关系网络将迅速缩小,甚至连情感性关系网络都会受到影响,这也就是中国人经常感慨世态炎凉的原因所在。

综上,我们可以得出结论,到目前为止,中国人的社会行为结构仍然是差序和弹性的。社会结构的差序性表明,人们之间的社会关系不是平行的,而是有等差的。社会结构的弹性则表明,中国人之间的社会关系不是固定的,而是多变的。这种弹性一方面体现为,个人社会关系网络的大小会随着其影响力的大小而发生变化。当其影响力大时,关系网络可以铺得很广;当其影响力变小时,关系网络也会相应缩小。另一方面也体现为,当个人影响力不变时,关系网络以外的人可以被吸收到关系网之内。也即,在本不具有关系的陌生人之间,人们可以通过拉关系的方式将对方吸收到自己的关系网络内,从而使陌生人关系熟人化。再一方面还体现为,关系网络内的亲疏程度也可以发生转化。具体表现为,人们可以通过种种方式将一般的熟人关系变为相对亲密的关系。

需说明的是,在差序和弹性这两个特点中,差序更为根本。因为差序表明的是中国人社会关系网络的根本属性,弹性只是表明人们关系网络在规模上的可变性,以及关系网络内亲疏关系的可调整性。换句话说,差序才是国人社会行为结构的本质属性,弹性只是对差序的一种补充。这意味着,无论中国人的社会网络大小如何改变,其性质始终是差序的,也无论社会网络内的亲疏关系如何调整,其排列始终是差序的,而不可能是平行的。

① 黄光国、胡先缙:《人情与面子:中国人的权力游戏》,中国人民大学出版社2010年版,第25页。

② 费孝通:《乡土中国》,人民出版社2008年版,第29页。

二、偏正结构与特殊主义：消解法治的文化心理与行为取向

差序格局下，人们在社会交往中会表现出怎样的文化心理和行为取向？在传统社会中，所谓的“亲亲”、“尊尊”和“长长”，是对这种心理和行为取向的准确表达。也就是说，差序格局必然引发人们心理上的各亲其亲，各尊其尊，各长其长；以及行为安排上的以彼此血缘关系之亲疏远近、地位之尊卑和年龄之长幼作为行为的导向。那么，在当下语境中，“亲亲”、“尊尊”和“长长”所代表的文化心理和行为取向是否依然存在？可以说，自晚清修律以来，其间经过五四运动的彻底反叛，直至“文化大革命”的全面洗礼，“亲亲”、“尊尊”和“长长”这类表达方式已不仅从官方话语中消失，即便在民众的日常话语中，此类表达方式也已难觅踪影。然而，一方面，语词表达的消逝并不意味着语词所代表的社会心理和行为取向的消逝。正如一位学者所说，“生活在历史上不同时空点上的中国人，只要他继续使用中国的语言文字，他便多多少少会受到儒家思想的影响。他们表现出来的社会行为，在‘表面结构’上或许会有所差异，其‘深层结构’却没有不同”^①。语言学研究也表明，语言不仅仅是一种沟通方式，它同时代表一种思维方式、世界观和价值观。^②因此，尽管类似“亲亲”“尊尊”等表达方式已被我们弃之不用，但只要我们在依然在使用汉语，就意味着汉语所代表的思维方式和行为取向仍然在左右着我们。另一方面，特定的文化心理和行为取向总是与其所处的社会境况紧密关联。如前所述，当下中国的社会行为结构在基本属性上仍是差序的，这就决定了人们在观念和行动上必然对不同的人作不同的对待。

那么，由“亲亲”、“尊尊”和“长长”所代表的文化心理和行为取向，在当下语境中，可以用什么语词来表达呢？在本文看来，至少有两个语词可以表达这一意蕴。那就是，偏正结构与特殊主义。

“偏正结构”是一位本土文化心理学研究者提出的。他指出：“偏正结构出自于汉语语法的一种构词方式。它的基本含义是修饰词与中心词所构成的特定关系。……将此语法结构用在社会结构上，也就是考察边位和中心位置的特定关系。我们知道，设定‘中心’一直是中国人的一种非常重要的政治、文化和社会的意识与观念。‘中国’之名本身也源于这样的认识。可以设想，确定中心的过程同时也是要求偏位聚拢围绕的过程。如果没有偏位的修饰作用，中心地位就得不到突出，得不到强调或体现不出光彩。”^③他同时

① 黄光国、胡先缙：《人情与面子：中国人的权力游戏》，中国人民大学出版社2010年版，第198页。

② 德国语言学学者威廉·冯·洪堡特指出，“语言产生自人类的某种需要，而不仅仅是出自人类维持共同交往的外部需要，语言发生的真正原因在于人类的本性之中。对于人类精神力量的发展，语言是必不可缺的；对于世界观的形成，语言也是必不可缺的，因为，个人只有使自己的思维与他人的、集体的思维建立起清晰明确的联系，才能形成对世界的看法”。参见[德]威廉·冯·洪堡特：《论人类语言结构的差异及其对人类精神发展的影响》，姚小平译，商务印书馆1999年版，第25页。

③ 翟学伟：《人情、面子与权力的再生产》，北京大学出版社2005年版，第172页。

指出,“从角色互动上看,一旦偏正结构形成,就等于一个权威和非权威关系的建立。而中国社会的另一个假定是,权威总是(合法性地)同正确性画等号的:权威即是正确,正确即是权威。……这种肯定一旦形成,就意味着处在偏位上的人无论如何都不可能比权威者更正确,更不能试图质疑权威。”^①

在笔者看来,“偏正结构”这一语词,与其说是在表达中国人的社会行为结构,不如说是在表达中国人在社会互动中惯有的一种心理倾向。也即,中国人在社会交往中,总是倾向于先找准自己与他人的角色定位,然后根据这一定位去作出相应的行为安排。说得具体些,中国人在社会交往中总是具有一种寻求中心人物的意向,中心确定之后,各自的行为安排也相应确定:处于中心地位的人有着天然的影响力,对他人享有发号施令的权力;处于偏位的人则居于被支配地位,归顺与服从成为其义务。此外,中心还往往与权威和正确等同,容不得他人的批判和质疑。

须指出的是,在偏正结构中,中心与偏位的位置并不是恒定的,一个人不可能永远处于正位,也不可能永远居于偏位。他是处于偏位还是正位,要看具体的情境,也即个人的位置要由“情境定义”。“任何人都不能做到自己在任何场合都处于中心位置,而只能根据特定情境的建构和界定,才能确定偏正结构如何构成。”^②这也印证了梁漱溟先生对于中国人国民性的判断,“中国人原来个个都是顺民,同时亦个个都是皇帝”。^③也就是说,中国人同时具有顺民和皇帝的双重特性,至于何时扮演顺民,何时扮演皇帝,要依具体情境而定。

可以说,偏正结构贯穿于中国人社会生活的方方面面。在日常生活中,晚辈与长辈之间构成一种偏正关系;在学术研究领域,普通研究者与学术权威之间同样构成一种偏正关系;在权力运作场域,下级与上级之间也呈现一种偏正关系。在这三种偏正关系中,由于后者即权力场域中的偏正关系与法治有着最直接的关联,因而本文予以着重探讨。

细究起来,权力运行中的偏正关系可以进一步开放出两类子关系。一是权力场域内部下级与上级之间的偏正关系。在此,上级居于正位,下级只能屈居偏位。也即,上级对下级具有绝对的权威,下级对上级则负有归顺、服从的义务;并且上级的权威通常与正确画等号,也就是说,偏正结构假定了上级不会犯错,他永远正确,或者说,即便出错,也容不得半点质疑和批判。这也就是所谓的“官大一级压死人”。二是当权力场域与民众日常生活场域产生交集时,民众与官员之间的偏正关系。毫无疑问,此时民众居于偏位,官员居于正位。也就是说,当民与官打交道时,民必须扮演顺民,官却当然地成为了皇帝。林语堂说,“当人民敢于不敬他们的官长……我们将大喊‘反了反了’。这四个字的意思是天翻地覆,世界临到末日”。^④可见,在中国人的观念中,不服从权力的行为会被认为是

① 翟学伟:《人情、面子与权力的再生产》,北京大学出版社2005年版,第172页。

② 翟学伟:《人情、面子与权力的再生产》,北京大学出版社2005年版,第172页。

③ 梁漱溟:《中国文化要义》,上海世纪出版集团2005年版,第61页。

④ 林语堂:《吾国与吾民》,湖南文艺出版社2012年版,第164~165页。

不正当或不可接受的,并且会带来灾难性的后果。^①从这一意义上讲,王亚南当年的一个判断便显得有些倒果为因了。他说,“中国人的思想活动乃至他们的整个人生观,都拘囚禁锢在官僚政治所设定的樊笼中”。^②在笔者看来,这句话也许反过来说更为贴切:“中国人的思想活动乃至他们的整个人生观,都铺垫与承托出官僚政治。”或者至少可以说,官僚政治与民众甘于自居偏位的文化心理之间,具有一种互为因果的关系。

权力运行中的偏正关系必然造成对法治的严重消解。我们先讨论这一领域中的第一类偏正关系,即上级与下级之间的偏正关系。如前所述,在官场内部,下级与上级之间形成一种偏正关系,此种偏正关系中存在两个先在的预设:它首先预设了上级的中心和权威地位,其次还预设了上级不会犯错误,即便犯错也容不得质疑和批判。这两个预设旨在确立和强化下级的“顺民”角色,以及上级的“皇帝”角色。也就是说,在上级面前,下级只能是无为的,即便有为,也只是服从和执行上级决定意义上的“为”。如此说来,法律如何规定并不重要,重要的是上级对法律作何种解释和适用。由于上级永远正确,因此,其对法律的解释和适用也无需质疑,或者说,不容质疑。这样,法律在某种程度上便成了上级手中可以随意把握的“泥人”。

也许有人会说,所谓“上级”只是一个相对的概念,一个人相对于他的下级固然处于上级,但相对于他的上级,便成为了下级。应当承认,事实确实如此。但本文此处要表明,上级的相对性并不能削弱本文上述判断的真实性。根据韦伯的论述,官僚科层体制的特点之一就是,科层体制内每一层级的相对独立性,也即,每一层级都有自己独立的职务权限和工作目标,并且每一层级都只对自己的工作负责。^③这意味着,虽然一般说来“上级”是一个相对的概念,但具体到科层体系内部,由于每一层级的相对独立,因而,在一个特定的层级内,“上级”是恒定的,也即,上级的地位是稳定的。这一判断映照于中国的官僚体系,可以表述为,上级在偏正结构中的正位是比较固定的。

需说明的是,官僚科层体系内部层级的相对独立性并不意味着不同层级之间全然不存在监督与制约关系。可以说,各国的宪政体制都设定了上下级之间或者至少是上级对下级的监督功能。具体到中国文化,如前所述,由于偏正关系的存在,下级对上级的监督无法实现,那么,上级对下级的监督又如何呢?答案是,大部分时候也都流于形式。其原因很大程度上在于“面子”文化逻辑的影响。长期以来,中国官场都有着强烈的共同体意识。可以说,中国的官场既是一个文化共同体,又是一个利益共同体。自科举取士以来,能进入官僚体制的人,都是孔孟之道熏陶和教化出来的人,这些人在文化观念上有着共同的价值认同,这一点成就了官场的文化共同体属性。同时,官员之间还存在一种“一损

① 尽管孟子也曾提出“暴君放伐”。但这一提法仅仅表达了极少数士大夫的政治自觉,而不能代表普通民众的政治心理。

② 王亚南:《中国官僚政治研究》,商务印书馆2010年版,第29页。

③ 关于科层制的特点,详见[德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(上卷),林荣远译,商务印书馆1997年版,第242~251页。

俱损，一荣俱荣”的关系，这又成就了官场的利益共同体属性。王亚南曾对这种利益共生关系作出了生动的描述：“官僚士大夫们假托圣人之言，创立朝仪、制作律令，帮同把大皇帝的绝对支配权力建树起来，他们就好像围绕在鲨鱼周围的小鱼，靠着鲨鱼的分泌物而生活一样。”^①官场既然是一个文化和利益共同体，大家就都是自己人，自己人又何必为难自己人呢？或者说，按照中国人的文化逻辑，既然是自己人，总该给点面子吧。上级纠正下级的错误，会被认为是一种不给面子的行为；并且作为一个有着共同认同的群体，群体内一人或多人犯错，将给整个群体带来面子上的损失。因此，容忍错误，对错误秘而不宣，是保全共同体面子的必然要求。这些都使得在权力体系内部，上级对下级的监督难以真正实现，从而使得我们的制度运作效果大打折扣。

以上展现的是权力运行中的第一类偏正关系，即上级与下级之间的偏正关系及其对制度运作的影响。接下来，我们看看权力运行中的第二类偏正关系，即民与官之间的偏正关系及其如何对法治产生消极影响。可以说，这一偏正关系的存在，是中国文化难以孕育出民主精神的深层次原因；即便移植了西方的民主制度，也很难在中国文化中生根。金耀基指出，中国传统政治文化是一种“臣属文化”，也就是说，人们对政治没有“参与取向”，也即，人们没有“政治之主体”的自觉。^②梁漱溟也曾断言：“假使西方文化不同我们接触，中国是完全闭关与外间不通风的，就是再走三百年、五百年、一千年也断不会有……‘德谟克拉西’精神产生出来。”^③应当说，这两位学者对于中国传统政治文化的特点以及民主在中国的不可能出现，都作出了精辟的论断。然而，他们呈现的仅仅是事实，我们需要进一步挖掘其原因。

可以说，差序格局下偏正式的文化心理，是造成这些事实的根本原因。这一文化心理的存在，使得普通民众在公共权力面前，只甘于充当顺民的角色，归顺和服从是其心理和行为的常态。至于批判和挑战权威，在这些民众中是难以见到的。因为偏正关系首先假定了权力持有者的支配地位，普通民众对其负有归顺、服从的义务。这是一种中国式的命定观。这一命定观的形成，一定程度上可以归因于中国传统社会生活场域的分化。中国传统社会“分为上下两个生活场域，底边是民的生活空间（民间），上边是官的生活空间（官场或官僚机构），而将它们两者隔开的是文化（书写和文学）”^④。也即，中国传统社会存在着民间与官场两个世界的分化。虽然从内部看这两个世界的运行逻辑基本相似（关系、人情和面子在两个场域中发挥着同样重要的功能），但从外部来看，两个世界却截然有别。“一边是劳心者，一边是劳力者；一边是支配者，一边是服从者；一边是社会精英，一边是平头百姓；一边有荣华富贵，一边只解决温饱乃至朝不保夕；一边是享有政治、

① 王亚南：《中国官僚政治研究》，商务印书馆2010年版，第55页。

② 参见金耀基：《从传统到现代》，中国人民大学出版社1999年版，第21页。

③ 梁漱溟：《东西文化及其哲学》，商务印书馆1999年版，第72页。

④ 翟学伟：《关系与中国社会》，中国社会科学出版社2012年版，第101页。

经济、法律、文化等方面的特权，一边是等待青天大老爷来为他们作主。”^①此外，由于自科举取士以来，文化成为两个世界划分的根本依据，或者说，掌握文化是民间世界通往官僚世界的主要依凭，这一点也无形中强化了官僚世界及其成员的优越性，这种强化是通过文化优越性向地位和话语优越性的现实转化来实现的。可以说，两个世界的长期分化，以及文化作为沟通两个世界的桥梁这一事实，不断地强化着官的优越和强势地位，以及民的卑微和弱势地位。久而久之，民与官之间这种强势与弱势、支配与被支配的关系在人们心理上便具有了某种命定的属性。在这种命定观的影响下，当民与官打交道时，民必然表现出诚惶诚恐、谨小慎微、单向服从而不敢于质疑和批判官，甚至都不敢于发出自己的声音、表达自己的需要之心理和行为特点，而官则表现出咄咄逼人、盛气凌人、不愿意倾听民的声音、更容不得民的批评和质疑之特点。所有这一切，都使得真正的民主精神在中国不可能出现。因为从精神层面讲，民主的一个必要前提是主体心理地位的平等。对于民来说，他们能够积极地发出自己的声音，也敢于表达不同的意见；而对于官来说，他们必须摒弃固有的心理优越感，能够倾听不同的声音，坦然接受民的质疑和批判。唯有如此，民主精神才可能在中国获得生存的土壤。

民主精神的缺乏会带来很多问题，这一点无需赘述。此处需特别强调的是，民主精神的匮乏还将间接导致民众对法律的不服从。托克维尔在考察了美国的民主和法治实践后指出，“不管一项法律如何叫人恼火，美国的居民都容易服从，这不仅因为这项立法是大多数人的作品，而且因为这项立法也是本人的作品。他们把这项立法看成是一份契约，认为自己也是契约的参加者”^②。“美国人民之所以服从法律，不仅因为法律是他们自己制定的，而且因为当法律偶尔损害他们时他们也可以修订。”^③托克维尔的观察提示我们，在一个民主精神发达、民众有着强烈的主体意识和参政意识的国度，由于立法本身融入了民众自己的表达和需要，法律因而被他们视为自己的作品，也因此，他们更易于信赖法律，进而也会更好地服从法律。这个论题可以反推。在一个民主精神欠缺、民众主体意识和参政意识很低的国度，民众对立法漠不关心，因而法律不可能被他们视为自己的作品，也因此，它难以获得人们的信赖，进而也难以被真正服从。

在“偏正结构”之外，另一个表达中国人独特文化心理和行为倾向的语词是“特殊主义”。特殊主义是帕森斯与西尔斯在论述社会行为取向时提出的一个概念，与普遍主义相对应。在他们看来，特殊主义与普遍主义分别表达两种不同的社会行为取向。所谓特殊主义，即“凭借与行为之属性的特殊关系而认定对象身上的价值之至上性”。相应地，普遍主义则“独立于行为者与对象在身份上的特殊关系”^④。简单地说，行为取向上的特

① 翟学伟：《关系与中国社会》，中国社会科学出版社2012年版，第104页。

② [法]托克维尔：《论美国的民主》（上卷），董果良译，商务印书馆1997年版，第275页。

③ [法]托克维尔：《论美国的民主》（上卷），董果良译，商务印书馆1997年版，第276页。

④ Parsons and E. Shils, *Toward a General Theory of Action*, Cambridge: Harvard University Press, 1951, p82.