

亦論制度的創新、 移植以及自組織性

● 季衛東

一 與「新左派」之爭的 實質問題

《二十一世紀》1996年2月號刊登了卞悟駁斥「新左派」的文章。卞悟最擔心的問題是，「新左派」把本土的經驗與後現代的話語進行短路連接，會導致中國喪失對舊體制的批判精神以及整個民族的自我反思的判斷力^①。對此，崔之元接着提出了反批評^②。除了對經驗事實的一些不同看法之外，兩個人之間的重大分歧僅有以下兩點：第一、權利與權力是否需要截然分開；第二、對於自由主義—民主資本主義如何評價。值得注意的是，在涉及法律制度時，崔之元把立論的據點從「批判法學」轉移到「法律現實主義」上來了。雖然法律現實主義中激進的弗蘭克 (J. Frank) 派在不僅懷疑規範、甚至懷疑事實 (fact-skepticism) 的破字當頭這一點上與批判法學的左派運動聲氣相通，但是以盧埃林 (K. Llewellyn) 為代表的穩健派則與美國

自由主義法學的主流有着千絲萬縷的聯繫。至於霍姆斯 (O. Holmes) 則更是強調法理統一性的朗德爾 (C. Langdell) 主義的衣鉢傳承人，他根本不像崔之元曾經說過的那樣與批判法學能夠卿卿我我。

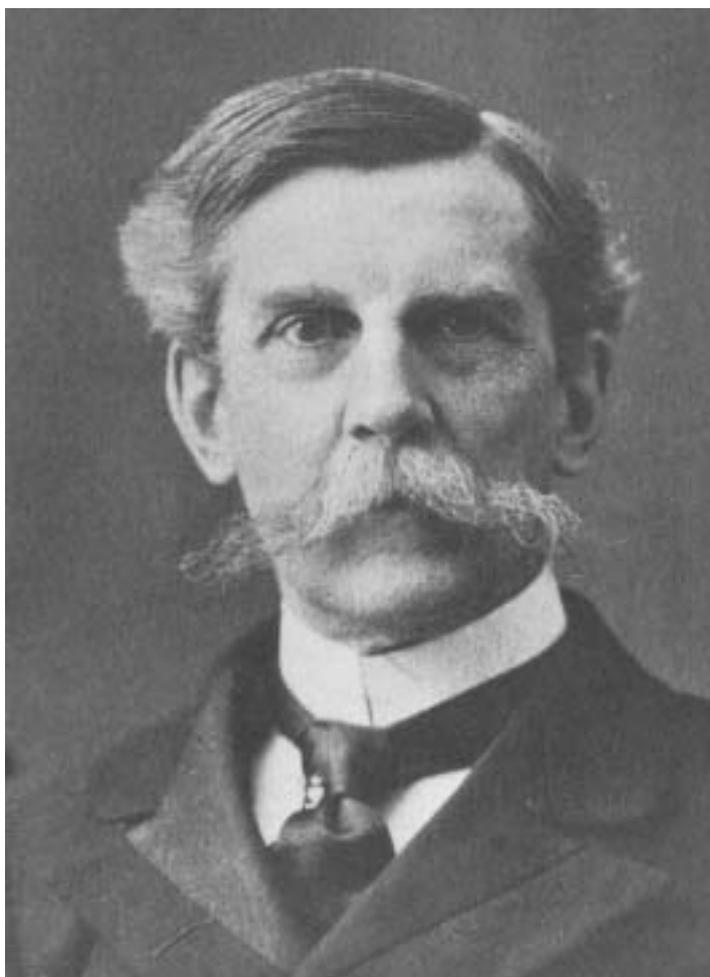
崔之元再次指出其思路的要點在於「經濟的民主化」。鑒於市場在中國往往容易流於「被放任的自由」、缺乏經濟倫理、出現貧富懸殊的弊端，為了避免當前中國的經濟改革再遭挫折，的確需要適當地限制自由市場的無限擴張和破壞性。在這個意義上，崔之元等提出「經濟民主」的口號當然不是沒有意義的。況且，西方的現代資本主義文明也存在着許多嚴重的弊病。反過來說，如果自由派、改革派知識份子艱難地推進市場化的過程中真的喪失了對投機性資本主義的批判精神、喪失了為社會弱者呼籲的語言，不能及時為公平競爭提供制度保障，那麼另外一些善良而急躁的「新左派」就很可能順手利用現成的國

為了避免當前中國的經濟改革再遭挫折，的確需要適當地限制自由市場的無限擴張和破壞性。在這個意義上，崔之元等提出「經濟民主」的口號當然不是沒有意義的。但問題是，按照他所提出的思路，是否真的可以實現經濟民主？

家機器再來一次「均貧富」運動，把嬰兒和洗澡水一起潑出去。

但問題是，按照崔之元提出的思路，是否真的可以實現經濟民主？卞悟指出：「權利的主體不存，何談權利的『分解』！權力的一元不破，何談權利的多元化。」換言之，沒有財產權的主體以及相互主體的關係，不可能有真正的自由；沒有政治民主化也很難實現經濟上的民主。自由和民主的核心問題是使「權利」(right)具有抵制「權力」(power)的「能力」(power，其反義詞是disability)，同時又以「義務」(liability)的形式與權力相對應。我認為，這才是霍菲爾德(Wesley N. Hohfeld)作為個人之間關係財產權的概念的本意^③，也是卞悟與崔之元之

霍姆斯與批判法學的關係，並不如崔之元所說的那麼密切。



間最本質的不同。「大多數美國法學都承認」的，恰恰不是崔之元所說的「財產權既是權利，又是權力」，而是必須把絕對所有權的概念與自由主義所有權的概念區別開來。眾所周知，歐諾雷(A.M. Honoré)提出了與霍菲爾德相同的財產權關係束的概念，他稱之為關於財產權的「自由主義的」(liberal)概念^④。作為政治學者，怎麼能在這個問題上瞞天過海呢？！

在卞悟看來，崔之元等人的思路不僅不能實現經濟民主，相反還會在肯定「權力捉弄財產」的體制性弊端的意義上阻礙經濟民主，甚至導致「權貴私有化」和「專制資本主義」。對此，崔之元的回答主要有兩層意思：第一、正如羅默(J. Roemer)所指出的，日本經濟實際上是「社會主義市場經濟」模式，可以通過「主銀行」體系對社會資本進行民主監督和控制。他沒有直接涉及「亞洲虎」式的專制資本主義的功過。第二、美國式的「自由主義—民主資本主義」的「中庸」並非常態，而是政治鬥爭和妥協的短期結果。在這裏，問題的實質是「亞洲虎」式的經濟成功能否成為中國本土經驗的正當化根據，以及中國到底要不要移植自由主義—民主資本主義的制度。

近年來，中國學者特別注重本土經驗。《二十一世紀》發表一系列關於「新左派」、「後學」以及「本土性」的爭鳴文章，其實也在不同程度上涉及中國究竟是要走自己的路，還是要有選擇地移植西方現代制度的問題。我認為，在與「新左派」討論中國制度建設的思路時，我們有必要轉換提問的方式，即把辯論的焦點集中在如何正確認識和評價中國內在的自組織化機制及其發展的可能性上。

二 自組織性與思想方法

在答卞悟的文章中，崔之元提出中國「新的思想僵化」是「混淆內部否定與外部否定」，即把限制外延的判斷都變成全盤否定內涵的判斷。事實上，卞悟承認社會民主主義和西方「左派復興」是好事，顯然與對資本主義的外部否定保持一致；那麼，宣稱與之「有深層分歧」的崔之元對「自由主義—民主資本主義」不知是要進行外部否定抑或內部否定？卞悟等爭辯的根本不是要「全盤西化」，而是要如何認識和判斷具體的是非。

崔之元引用尼采的話，把包含過去、現在以及未來的「時間」這一過程性因素導入認識論之中，這是非常典型的自組織化的信息觀和思想方法。的確，任何制度變革都不像數字電子錶那樣，可以在某一瞬間重新安排，而總是在「過去」的拉拉扯扯中逐步邁向未來。我認為，從着眼未來的角度解釋過去，並不能迴避判斷具體的歷史事實和現狀的真偽問題，也不能用評價未來的標準來代替評價過去的標準。認識過去主要涉及真偽問題，是非的價值取向則是第二位的；而對於未來的判斷，是非的價值取向不得不優先，因為其真偽只有到那時才有可能證實。在這裏，崔之元的錯誤是用不確定的未來當作為過去辯護的根據。

例如，關於鄉鎮企業的「股份合作制」（順便指出，崔之元誤解了合作制與合資公司的關係，因而把穆勒拉來反駁我是不適當的）以及1993年末公布的公司法，在法學界存在不同的意見。其中最主要的分歧，是對出資所有權和法人財產權的分離是否真正可行、財產權關係不明確的問題是否

真正解決了等等。這種觀點不僅立足於現代企業制度和公司法的一般原理，而且亦基於中國「財產權利束」的「分離和重組」受挫的事實，並不能以「制度拜物教」一言蔽之。根據〈國營工業企業經營機制轉換條例〉（1992年7月23日公布施行）實施半年後的實際情況調查，在企業經營權的「關係束」中，只有生產經營決定權、產品及服務價格決定權、產品銷售權、物資採購權、留用資金支配權等五項大致得到實現；而投資決定權、進出口權、僱傭權、集資拒絕權等四項基本上無效；資產處分權、連營合併權、人事管理權、工資獎金分配權、內部機構設置權等五項也難以行使和落實^⑤。可是崔之元把法律條文（law in books）的生效看做法律事實（law in action）的發生，完全背離了法律現實主義的本意和批判精神。他還用「制度創新的萌芽」來為「婆婆多」的現象進行正當化，彷彿前途未卜的新穎性可以抵償資本結構的低效率。

崔之元把是真或是假的問題偷換成可能不可能的問題來處理，還表現在國營企業虧損的估計上。羅斯基（T. Rawski）提出了國營企業虧損面很可能被誇大的觀點，對於這一推測需要實證分析；即使是真的，也有必要考察虧損面被誇大的原因，也許這種誇大本身就是「自發私有化」的一種表現方式。但是，崔之元卻把這個推測作為論據來說明「中國的『自發私有化』程度較東歐、俄國為低」。另外，用「全要素生產率」計算出的國有企業效率也可能不全面，但是由此得出「自發私有化」程度較低的結論是一次邏輯「大躍進」。至少有一點可以肯定：當國營企業之間的「三角債」、「連環債」剪不斷理還亂時，當所謂

我認為，從着眼未來的角度解釋過去，並不能迴避判斷具體的歷史事實和現狀的真偽問題，也不能用評價未來的標準來代替評價過去的標準。崔之元的錯誤是用不確定的未來當作為過去辯護的根據。

「諸侯經濟」和「本位主義」的封閉性妨礙着經濟組織之間的橫向聯繫從而無法提高比較信息效益時，根本就談不上多麼了不起的互補性效率和自組織化的復數性均衡的優勢。

羅默關於借鑒日本「主銀行」體系來構思社會主義市場經濟的主張，似乎比他的「證券社會主義」的「思想實驗」更有現實意義。「主銀行」的作用是從外部來認定企業的財務，對企業進行相應的監控。為了維持銀行承擔監控成本的積極性和能力，必須形成保障企業與銀行之間適當關係的金融制度。在日本，作為企業的「安定股東」而存在的銀行以及其他的金融機構可以通過股票出售獲利，但這種利益只具有會計上的意義而不是到手現金。銀行在出售股票的同時又認購同一股票以不斷保持作為「安定股東」的地位，這是日本銀行持股的基本特徵。東南亞的經濟表明，這樣的持股機構在其他社會不一定行得通^⑥。不知崔之元根據甚麼說借鑒這種「主銀行」體系的「社會主義市場經濟」與吳敬璉關於「人民代表大會公有資本經營委員會」及其兩級持股機構的主張相類似？我也很想知道他對中國出現的財政赤字轉為金融赤字以及「金融財政化」等現象的高見。

我理解崔之元在思想方法上試圖超越兩分法、強調選擇的多樣性和非決定性的意義。他強調法律性決定中的力量對比關係的影響和偶然性，這在一定限度內是可以同意的^⑦。但是，我認為制度的問題不能完全取決於互惠性交涉 (bargain)、政治性較量以及妥協。制度的功能並不是保持變化的無限可能性，而是對公共選擇的偶然性進行非隨機化處理。這種處理的核心是正當化 (justification)。前面

已經提到過的混淆權利和權力的概念混亂，正是起因於片面強調法律關係的任意組合、忽視了正當性論證過程的思想方法問題。研究政治和法制的人不應該忘記這一點：權利 (right) 的涵義是正確性 (right)，要求通過正當化的程序和制度來排除權力的任意支配。當然，權利要獲得排除某種權力的能力，也不得不借助於權力。正當性的條件決定了自組織機制可以否定普適法則，卻不能忽略論證的規則。

三 自發創新的代價與後發者利益

在崔之元與昂格 (R.M. Unger) 合作的評論〈以俄為鑒看中國〉中，對於制度拜物教的批判其實就是對決定論的批判，強調更積極的實驗主義，甚至明確提到「自我組織」^⑧。甘陽在更早些時候也指出，中國農民歪打正着，在「無意」(unintended) 之間「發揮了 Gerschenkron 所謂『落後的優勢』」，通過鄉鎮企業「啟動了古老鄉土中國創造性自我轉化的進程」，並且「開始走出所謂內捲的惡性生產方式」。甘陽把這種農村改革稱為「中國現代性」，認為它不僅構成對西方現代性的挑戰，並正在形成一個替代模式^⑨。

甘陽之所以說這種模式構成對西方現代性的挑戰，也許主要基於兩點理由：第一、鄉鎮企業的成就是中國自發產生的，與韋伯關於「巫術之園」的斷言相反。第二、企業與社區在無意中自組織化，形成了「共生共榮」的生態，這與西方社會強調合理性、可預測性的組織模式完全不同。

拿「離土不離鄉、進廠不進城」這

但問題在於，中國的特殊性真的能成為「硬性」拒絕那些具有共性的「西方現代性的標準」的理由嗎？甘陽認為農村改革不僅構成對西方現代性的挑戰，並正在形成一個替代模式。

種獨特的中國發展模式來替代西方的現代化模式，基本的理論根據是西方在石油危機之後的自我反省以及中國的「落後的優勢」。西方自身的問題我們暫且存而不論，但關於中國的「落後的優勢」卻可以有兩種理解。一種是借鑒別人的經驗教訓，移植成功的制度，從而可以減少實驗的成本和失敗的風險、加快發展的過程。這是一種「多快好省地」趕超世界先進水平的學習優勢，我傾向於稱之為「後發者利益」。另一種是避免被鎖進別人的路徑，始終保持獨闢蹊徑、領略「無限風光在險峰」的意外機會的優勢。這兩種理解本來可以並行不悖、相輔相成的，但甘陽似乎是僅在後一種意義上來理解中國的優勢。問題在於，中國的特殊性真的能成為「硬性」拒絕那些具有共性的「西方現代性的標準」的理由嗎？

眾所周知，韋伯一方面認為中國傳統的價值體系不能通過內在的合理化機制突破「巫術之園」的藩籬，從而最終不能自發地形成資本主義現代社會的體制；另一方面，他強調了中國具有制度移植上的優勢^⑩：

對於現代文化領域裏，在技術上與經濟上皆已獲得充分發展的資本主義，中國人大概相當有（可能比日本人更有）加以同化的能力。這顯然不是個中國人是否「沒有自然秉賦」（naturally ungifted）以適合資本主義要求的問題。

在這裏，韋伯實際上把資本主義的產生分成兩種不同的類型——內部自發的和外部移植的，他把中國及亞洲其他國家歸於後一種類型^⑪。對於韋伯命題當然存在不同看法，但是

迄今為止，我們還不能說亞洲的現代化是完全自發的，一切取決於內在的自組織機制。取得成功的亞洲國家都移植了工業發達社會的各種制度，並充分利用了移植所帶來的「後發者利益」。然而，韋伯指出中國在移植西方現代制度方面的優越性卻一直沒有得到海內外中國學者深入的討論，哪怕是實證的反駁也好。倒是一些外國學者（例如傅高義）強調，在已經取得經濟成功的亞洲國家中，儒教的能力主義、集體主義和自我鑽研的傳統，是保障「後發者利益」得以「內部化」的極其重要的條件^⑫。

四 關係社會中的法制建設

中美之間在保護知識產權問題上的摩擦，歸根結底起因於創新成本與仿造成本之間的巨額差價造成的「後發者利益」，它使得創新者在市場競爭中處於價格劣勢。借鑒制度知識與仿造智力成果同樣可以帶來收益，而制度移植方面並不存在知識產權之爭。既然如此，中國為甚麼一直堅持強調內部的自發性，而對於制度移植卻總是「顧左右而言他」呢？

在許多可能的原因中，我想特別強調中國社會的關係主義自組織機制具有強烈的反現代制度的傾向這一點。

中國自組織機制的基礎，是關係網絡的社會結構。在那裏，人不是處於一種利己動機最大化運動中的原子，而是「關係性存在」（relational being）。各人在以血緣和地緣為紐帶編織自我中心的「關係網」的過程中，實際上是在不斷地對角色定義的集合進行修改和補充。這在一定程度上意

取得成功的亞洲國家都移植了工業發達社會的各種制度，並充分利用了移植所帶來的「後發者利益」。然而，韋伯指出中國在移植西方現代制度方面的優越性卻一直沒有得到海內外中國學者深入的討論，哪怕是實證的反駁也好。

味着個人可以自發地動員社會資源來形成契約性秩序——傳統的「鄉規民約」就是這種自組織化秩序的典型表現。但是，這種契約的非契約性基礎不是正當程序而是力量對比，不是功能分化而是價值統一。在關係主義的中國，法律受情理的牽制，決策方式往往是概率性的。市場活動為了獲得必要的預測可能性，不得不回過頭來向關係本身求援。柏佑賢在分析中國傳統經濟秩序時，發現它與西歐相比較的一大特徵是，通過「保」和「包」的關係鏈，「人的歷程」(Weglange)在經營過程中給拉長了。他指出^⑬：

[在中國，]經營成果的確定不是等到生產過程的合理性技術的完成而實現的，相反是在人際契約過程中實現的。當作問題來對待的不是過程的技術成本核算，而是契約性成本核算。

在這裏，現代產業文明的發展所要求的、作為客觀的第三者而存在並

保障競爭的公正性的國家以及法治秩序，被關係主義的自組織性化解了，一切有賴於契約的自我履行。

經濟學家諾斯(Douglass C. North)也指出^⑭：

造成第三世界歷史上的停滯以及現代發達程度不高的最重要的因素是：社會不能開展有效的廉價的契約履行。……第三世界的契約履行是不確定的，這不僅由於法律原理曖昧(計測成本)，而且由於法律執行者行為的不確定性。

在關係主義的中國，政府不是當裁判，而是作為一方當事人直接參加營利甚至爭利活動。互惠交換的原則滲透到社會基層，也侵蝕着國家機構，不僅官職甚至連法律都可以作為半公開的交易對象。正是以貨幣為媒介的「經濟交換」必須與以人情為媒介的「社會交換」保持一定的均衡比例的這種非正式的關係性自組織機制，造

中國自組織機制的基礎，是關係網絡的社會結構。在那裏，法律受情理的牽制，決策方式往往是概率性的。市場活動為了獲得必要的預測可能性，不得不回過頭來向關係本身求援。



成了所謂「內捲的惡性生產方式」，當上述現象舊態依然時，我們有甚麼理由相信鄉土中國已經自發地走出了「內捲」的循環圈呢？

崔之元注意到的「財產權利束」只是問題的一面，在美國的契約法學、過失相對化的責任理論、約因的法理和承諾禁反言的法理以及各個部門法領域中，關係、「互惠性權利義務」(reciprocal rights and duties—R. Pound) 以及「情境思考」(situational thinking—K.N. Llewellyn) 都很普遍，甚至有人提出過「關係主義法學」的構想。

但是，與西方現代性相聯繫的自組織性關係原理，在以下幾點上迥異於中國的關係原理：(1) 龐德(Roscoe Pound) 在其名著《普通法的精神》中指出，英美資本主義社會秩序有兩種基本精神並存，一種是關係主義(relation)，另一種是極端個人主義(extreme individualism) ⑤。中國沒有那種獨立卓絕的人格以與關係結構抗衡。(2) 吉登斯(A. Giddens) 在論述西方現代性的三個源泉時指出，其中之一是：「把社會活動從地域性背景中分離出來，超越時空的鴻溝對社會關係進行重組」的機制⑥。中國的社會關係網絡迄今還沒有經歷這樣的從血緣和地緣的共同體中分離出來的過程，離開這樣的前提來談甚麼關係的「重組和再現」，到底能在多大程度上實現真正的「制度創新」呢？(3) 普利高津(Ilya Prigogine) 等人的確非常重視中國的自組織機制，但他們同時又強調那種自組織性應該與西方的可以計算預測的形式合理性結合。在西方，社會關係的分離和重組是與公正程序、以專業分工為基礎的技術調整結合在一起的。如果缺乏這樣的合理

選擇的制度條件，自組織機制就要流於恣意的偶然性遊戲(game of chance)，或者陷入無序的混沌之中。健全的自組織機制必須通過取捨修正來對偶然現象進行適當的非隨機化處理，以便在技術性遊戲(game of skill) 中實現制度創新和社會進化。在這裏，不同價值之間的正當性論證，成為變革的本質。

無論是內部自發的還是外部移植的、或者創新設計的社會制度，都可以兼容並蓄。根本的問題是，它們的正當性和效率性在多大程度上可以通過選擇的程序來予以保障。差異的「無限性」本身並不具有實際意義。在無限的可能性中，制度為了避免被「自然(歷史) 選擇」淘汰的命運，它必須根據實踐的效果進行「事後撰擇」，為了避免事後選擇的過高代價而進行「事前選擇」。不言而喻，對於已經顯示出優勢的制度進行有選擇的移植，這既是事後選擇，也是事前選擇。

關於中國如何通過制度建設來擺脫經濟上、政治上的自組織機制「內捲」化的循環圈問題，杜贊奇(Prasenjit Duara) 說過這樣的話⑦：

從今日發展中國家的經歷中可找到答案：其成功的關鍵在於，在被釋放出來的「非法」(delegitimation) 力量衝倒之前，過渡政權必須建立起新的合法性，這是一場關係着政權命運的競賽。

我們應該從中國目前的市場經濟那種「被放任的自由」的種種弊端以及改革陷入混沌之中的困境認識到，為了使中國的發展不至於半途而廢，為了保證選擇的合理性以及在此基礎上建立新的法統，我們必須在認識既存

中國的社會關係網絡迄今還沒有經歷這樣的從血緣和地緣的共同體中分離出來的過程，離開這樣的前提來談甚麼關係的「重組和再現」，到底能在多大程度上實現真正的「制度創新」呢？

無論是內部自發的還是外部移植的、或者創新設計的社會制度，都可以兼容並蓄。根本的問題是，它們的正當性和效率性在多大程度上可以通過選擇的程序來予以保障。

的自組織機制的前提下進行制度建設和移植，這是一道無從迴避也不應望而卻步的隘口。

註釋

① 關於這一點，張隆溪有當頭棒喝：「對西方傳統持激烈批判態度的西方後現代主義，是否也會為中國知識份子放棄自身文化批判的責任而轉向民族主義立場提供方便的論根據呢？」見他的評論：〈多元社會中的文化批評〉，《二十一世紀》（香港中文大學·中國文化研究所），1996年2月號，頁19。

② 崔之元：〈三論制度創新與「第二次思想解放」——答卞悟〉，《二十一世紀》（香港中文大學·中國文化研究所），1996年4月號，頁127-34。

③ See Wesley N. Hohfeld: "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", in William W. Fisher III *et al.*, eds.: *American Legal Realism* (Oxford University Press, 1993), pp. 45ff. Cf. Morton J. Horwitz: *The Transformation of American Law 1870-1960* (Oxford University Press, 1992), pp. 152ff. 霍菲爾德的多元主義的財產權概念經過芮丁的修正後得以制度化。M. Radin: "A Restatement of Hohfeld", *Harvard Law Review*, Vol. 51(1938), pp. 1141ff. See also *Restatement of Property*, §§ 1-5。

④ A. M. Honoré: "Ownership", in A.G. Guest ed.: *Oxford Essays in Jurisprudence* (Oxford University Press, 1961), pp. 107ff.

⑤ 參閱《法制日報》1993年2月22日第2版報導「熱點問題當須熱」，國谷知史：〈中國の企業法〉，《中國ビジネスの法と實際》（早稻田大學エクステンションセンター編、日本評論社，1994），頁114。

⑥ Cf. M. Aoki and H. Patrick eds.: *The Japanese Main Bank System: Its Relevance to Developing and Transforming Economies* (Oxford University Press, 1994).

⑦ 參閱季衛東：〈程序比較論〉，《比較法研究》，第7卷，第1期（1993年），頁41以下；〈法治與選擇〉，《中外法學》，1993年，第4期。

⑧ 見羅伯特·昂格、崔之元：〈以俄為鑒看中國〉，《二十一世紀》（香港中文大學·中國文化研究所），1994年8月號，頁17以下，特別是頁23。

⑨ 甘陽：〈鄉土中國重建與中國文化前景〉，《二十一世紀》（香港中文大學·中國文化研究所），1993年4月號，頁4-5。

⑩ 韋伯著，簡惠美譯：《中國的宗教：儒教與道教》（台北：遠流出版事業股份有限公司，1989），頁315-16。

⑪ 亞洲各國移植資本主義的實踐中還表現出一些不同。關於印度，見木村雅昭：〈マックス・ウェーバーの東洋社會論（1）（2）〉，《法學論叢》，第87卷，4號、5號；關於日本，見厚東洋輔：〈ウェーバーのアジア社會論の射程と限界〉，《思想》，第849號（1995年3月）。

⑫ Cf. Ezra F. Vogel: *The Four Little Dragons* (Boston: Harvard University Press, 1991), Chap. 5.

⑬ 柏佑賢：《經濟秩序個性論——中國經濟の研究》（人文書林，1947），頁248。

⑭ Cf. D.C. North: *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* (Cambridge University Press, 1990), Chap. 7.

⑮ Roscoe Pound: *The Spirit of the Common Law, 1921*, pp. 13-15.

⑯ A. ギデンズ，松尾精文、小幡正敏譯：《近代とはいかなる時代か》（而立書房，1993），頁71-72。

⑰ 杜贊奇著，王福明譯：《文化、權力與國家——1900-1942年的華北農村》（南京：江蘇人民出版社，1994），頁227。

季衛東 日本神戶大學法學院副教授、法社會學國際協會理事。