

中国法律传统的经济理性

夏 扬^{*}

内容提要：法律传统的形成有其规律，这个规律不仅应当从法律制度本身寻找，更应当从这个传统发生和发展所处的社会现实（特别是经济现实）中寻找。经济分析的方法同样可以运用在对法律发展过程以及法律特点的研究上。统一生产条件下的农耕经济对儒家理论指导地位的确立有着直接的贡献，而儒家理论对政府履行公共职能的要求使其这一地位得以维持并不断增强。由于经济及物质资源向统治阶层聚集，社会治理手段倾向于效率追求，刑法遂成为国家法的重要部门。法学研究传统的缺乏且当制度不能内生于社会时，路径依赖使得刑法部门长期保持这一地位。国家法的传播困境以及截然不同的社会信用体系造就了非正式制度在社会中的地位，最终对法律体系的制度构成产生影响。司法资源的有限性以及产权关系使得息讼成为国家和民间共同追求的目标。

关键词：法律传统 经济理性 生产条件 效率追求 路径依赖 信用体系

法律制度的产生和发展受到经济基础的制约，但经济因素如何影响法律制度却没有明确的答案。寻找单一或特定制度背后的经济因素可能是难以完成的研究任务，因为经济因素与制度之间的关系往往带有较大的偶然性。而由众多制度不断沉淀形成的法律传统，因为具有了一定的规律性，其背后的经济因素则是可以探寻的。以经济思维研究法律制度并非是一个崭新的方法，但经济思维还没有被用于分析法律发展的过程。以经济方法分析法学不仅可以用于设计未来的制度，还应当可以用来分析制度的形成和发展的过程。^[1]制度经济学已经为我们揭示了制度对经济发展的影响以及两者之间的关系，法学也应当探索制度发展背后的经济理性。

法律制度通过分配权利义务来调整社会关系，其最终目的是鼓励一部分社会关系，限制另一部分社会关系。社会关系在法律制度调整中的不同地位正是由经济因素所决定的。

^{*} 北京师范大学法学院副教授。

本文是教育部人文社会科学研究规划基金项目“双重所有权在中国传统法中的运作以及对解决当代农村土地问题的价值”（16YJA820018）的阶段成果。

[1] Warren J. Samuels, *The Legal-Economic Nexus*, 57 *George Washington Law Review* 1556 - 1578 (1989).

古代国家制度往往是统治者根据自己的治理需要而制定的,这种治理是否有效取决于分配关系或生产者的地位。只有在经济上各得其所,才会使社会关系走向平衡。用法律语言来表达,这就是“公平”。社会中不同人之间的利益往往是不同的,甚至表现为相互冲突。正是这种冲突的不断出现和最终化解,使法律沉淀出一套历久弥新且在许多外部条件发生改变后,仍能发挥作用的制度,这便是法律传统的形成过程。探索法律传统背后的经济理性,发掘法律传统形成的经济原因,这是一个需要理论法学界长期关注的话题。

法律传统沉淀在人的思想意识之中,人们受其影响和约束。法律传统有两个特点,一是具有传承性,二是表现出与其他法律传统的明显不同。^[2]之所以有这两个特点,是其背后社会因素影响的结果,而在这些社会因素中,经济因素则是最重要的一种。中国法律有许多独特的传统,^[3]但对其成因研究不多,或者仅将其归于政治运行的方式甚至统治者个人的作用或喜好。个人意志或者集体文化意识在法律传统的形成过程中确实发挥着作用,但这些因素也受到经济因素的强烈影响。所以,中国法律传统的形成仍然应当源自于中国古代的经济生活,特别是由经济生活中的生产方式决定。这种决定有些是直接的,有些则是通过人们的心理过程或意识倾向发挥作用。

法律传统通常表现为一种意识现象,是一种群体的心理积淀在面对规则适用时的一种共同行为选择,是一种集体意识。个体意识受个人智识水平、经济地位的约束,表现纷繁复杂且可能相互冲突。集体意识的形成不是个体意识的简单相加,这是一个被经济条件不断选择、过滤的过程。相互冲突的个体意识之间不断竞争,只有那些符合经济要求的意识才能留存下来,最终发展成集体意识。个体意识有可能是社会大众中的个人脱离理性人状态的随机选择,但在其形成集体意识的过程中必然受到他人意识的影响,最终符合经济要求的意识才能沉淀下来成为集体意识。个体意识与集体意识是相互影响的,个体意识不断选择或靠近某一法律传统便加强了这一传统,而初步形成的法律传统则不断影响着个体意识的选择。如此循环往复,最终法律传统得以形成。法律传统之所以难以打破,集体意识和经济要求之间的相互锁定是其重要原因。^[4]就中国法律传统而言,经济因素决定着法律的最初样貌,但个体意识在此后法律的适用中不断对其加以修正。受经济因素影响的集体意识不断加强这一法律传统,反过来这种法律传统又影响着个人意识的选择,最终形成“锁定”的态势。此后,法律传统对个人意识、社会意识产生持久深远的影响,控制着制度的发展,阻止其可能发生的变化,甚至在法律制度本身发生变化之后,法律传统仍积淀在集体意识之中,顽固地维持其存在,影响着制度在现实生活中的施用。因此,中国法律传统背后有着经济理性的支撑。

[2] 参见[加]帕特里克·格伦:《世界法律传统》,李立红等译,北京大学出版社2009年版,第13页以下。

[3] 对于中国的法律传统,上个世纪初学者即有所涉及,如浅井虎夫所言:“私法的规定少而公法的规定多”,“法典的规定非必现行法”,“中国法多含道德分子”等(参见[日]浅井虎夫:《中国法典编纂沿革史》下,内务部编译处1919年版,第191页以下)。上世纪60年代,勒内·达维德总结为:“天理与和谐”、“法的次要作用”、“礼高于一切”等特点(参见[法]勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第486页以下)。

[4] 对锁定的详细解释请参见W. Brian Arthur, *Competing Technologies, Increasing Returns, and Lock-in by Historical Events*, 99 *The Economic Journal* 116-131 (1989).

一、农耕社会的经济需求与儒家理论的解释模型

儒家理论在中国古代社会是政治和法律领域的指导思想，这一地位的形成是通过自我改造和自我完善达到的。儒家理论适应了地理环境对政治、经济以及法律提出的要求，也适应了这种地理环境下经济生产的要求。费孝通认为：“它所表达出来的观点是最适合于皇权时代政治结构中所需要的意识形态”，〔5〕政治结构是生产关系在国家政治领域的体现，而某种政治结构能够长久接续下去，归根结底是适应了经济基础的要求。

（一）统一的生产条件与统一的意识形态

儒家理论在中国思想领域长期占据主流地位，这是社会生产方式所决定的。生产方式决定着社会治理的手段和方法，并最终影响属于上层建筑的指导思想。中国古代的生产方式受到地理环境的强烈影响，地理环境的独特性产生独特的生产方式，并最终影响着指导思想的形成及其地位。〔6〕

在对生产方式的研究中，地理环境始终应当作为主要的考察内容，这不是一个过时或者不能发挥作用的理论。〔7〕古代中国的疆土被高山和大海环绕，而中心位置则较为平坦，形成了一个类似盆地的结构，〔8〕“海洋边境一直比它的陆地边境更大地阻碍着中国与外国的往来”。〔9〕其实不仅海洋过于浩渺，四周宽阔的沙漠和高耸的群山同样阻挡着与外界的交流，中国古代社会的经济活动便主要集中在在这个区域之中。由于内部交通较为便捷，气候条件也相差不大，这就使得各个部分的经济条件逐渐走向统一。〔10〕相同的经济条件形成大致相同的生产和生活方式，因而对政治统治和法律治理产生影响。

中国古代社会的生产方式依赖灌溉农业，大河的存在使得灌溉农业获得发展，并成为整个流域的支柱，因此需要人们之间的协作与配合，特别是上下游之间的合作，这种合作促进了生产条件的统一，由此促进了统一国家的形成，政治制度、法律制度也趋向统一。〔11〕在这片土地上，统一的根源在于生产条件的一致性和相似性。〔12〕在传统中国，维系生产的有两条较大的河流。相较于一条河流，其对于生产条件统一的促进更为明显。这两条大河

〔5〕 费孝通：《论师儒》，载费孝通等：《皇权与绅权》，岳麓书社2011年版，第22页。

〔6〕 儒家理论最初并不在社会思想领域中占据主流地位。主流思想地位的获得是生产方式不断选择的结果，这是一个不断试错和不断综合各家思想的过程，最终找到一个既能使这种生产方式有着最高的经济效率，同时又能为从事生产的人提供最稳定的心理舒适度，从而达到生产方式与生产的人之间的统一。最终取得这种统一的是修正后的儒家思想。

〔7〕 参见〔美〕戴维·兰德斯：《国富国穷》，门洪华等译，新华出版社2010年版，第17页以下。

〔8〕 范忠信称为“地理的封闭性”（参见范忠信：《中国法律传统的基本精神》，山东人民出版社2001年版，第37页）。张中秋更多是对法律体系本身的封闭性加以讨论（参见张中秋：《中西法律文化比较研究》，南京大学出版社1999年版，第185页以下）。本论文意在强调一致性，应当是从不同角度观察的结果。

〔9〕 〔美〕拉铁摩尔：《中国简明史》，陈芳之、林幼琪译，罗荣渠校，商务印书馆1962年版，第9页。

〔10〕 卜凯对中国农业作了调研，并绘制了农业分布图，除了南北差异之外，各地的耕作基本相同，参见John Lossing Buck, *Land Utilization in China, A Study of 16, 786 Farms in 168 Localities, and 38, 256 Farm Families in Twenty-two Provinces in China*, 1929-33, Shanghai: Commercial Press, Ltd., 1937, pp. 698-699.

〔11〕 魏特夫最早发展了水利与政治关系的理论（Karl August Wittfogel, *Oriental Despotism: A Comparative Study of Total Power*, New Haven: Yale University Press, 1957, pp. 25-27）。道格拉斯·诺思将这个理论用于分析古代埃及社会（参见〔美〕道格拉斯·诺思：《经济史上的结构和变革》，厉以平译，商务印书馆1992年版，第114页）。

〔12〕 参见冀朝鼎：《中国历史上的基本经济区与水利事业的发展》，中国社会科学出版社1981年版，第11页以下。

均是东西走向，与尼罗河或是密西西河这些南北走向的河流发挥着不同的作用。东西走向的河流上下游有着基本相同的纬度和气候条件，上下游的生产条件基本相同，人们的行为举止也基本相同，由此对政治法律思想产生影响。

拉铁摩尔对中国古代生产条件的研究也证实了上述结论。中国北方的少数民族很少能进入中原地区长期执政，而中原农耕民族也无法在少数民族地区建立长久的统治。其根本原因便是生产条件的巨大不同。长城用于抵御少数民族入侵，但长城的建设位置实际上有着重要的意义。在这个位置南北，降雨量变化巨大。此纬度实际上是农耕和游牧两种生产方式的分界线，不同的生产条件对政治生态和治理方式会产生不同的影响。^[13]

中国的地理结构使得政治割据难以维持。在这一“盆地”之中，并没有如同阿尔卑斯山一样对交通造成严重影响的险峻高山，虽然大河可能会给军事统一造成困难，但生产条件的统一使得大河两岸的经济条件不断趋同，割据因此难以持久。除此之外，“盆地”内生产组织的统一使得生产效率更高，生产能够获得更大的发展，这也使得割据政权难以发展并与其抗衡。发动统一战争的政权较易取得最终的胜利，而力图割据的政权往往难以长久维持。这一现象不断重复并沉淀在人们的思想意识之中，成为中国社会发展的主旋律，并不断对政治统治产生影响。

统治者与被统治者之间可以是一种交换关系，统治者给予被统治者以一定的利益，换取被统治者对于政权的支持。^[14]对于分裂与统一，也可以用这个理论加以解释。古代中国地理条件的统一使得经济条件趋向一致，生产方式的相同也使得生活方式可以在不同的政权之间加以比较，不能提供较好生活水平的统治者往往会被其他政权所取代。^[15]割据小国的统治者之间有着强烈的竞争关系，“卧榻之侧岂容他人鼾睡”便是古代君主对于这种境遇的切身感受。因此千方百计消灭潜在的竞争者，成为中国古代统治者首要的政治任务。中国先秦时期由分裂走向统一的政治实践反映了这种现象，此后中国社会的分合过程也证实了这一点。^[16]除此之外，统一的王朝能够充分发挥生产条件统一的优势，从而提高生产力，创造更多的物质财富，统一之后不再有兼并战争，给普通百姓带来祥和安定的生活。因此，从普通百姓至最高统治者都将统一作为政治的最佳策略。

从微观角度来看，统一的政治条件对中国古代经济的发展确有贡献。秦始皇统一六国之后推行了诸多的措施，如司马迁在《史记·秦始皇本纪》中所记：“一法度衡石丈尺，车同轨，书同文字”；“治驰道”；“琅琊刻石云：器械一量，同书文字”。这些统一措施的实施固然受到政治力量的推动，但其顺利推行也离不开地理条件相似性形成的经济条件一致性的影响。统一也使得统治者可以有充分的空间和财力落实经济政策，如《史记·货殖列传》中所载：“汉兴，海内为一，开关梁，弛山泽之禁，是以富商大贾周流天下，交易之物莫不通，得其所欲。”还如《史记·平准书》所载：“置平准于京师”，“令吏坐市列肆，贩物求利”。政治统一带来了税收的增加，促进规模经济的发展，使得边际效益不断递增，给

[13] 参见 [美] 拉铁摩尔：《中国的亚洲内陆边疆》，唐晓峰译，江苏人民出版社 2005 年版，第 15 页以下。

[14] 参见前引 [11]，诺思书，第 22 页。

[15] 同上书，第 28 页。

[16] 有学者从人地比例来对中国的治乱分合加以解释，也有一定的道理，参见侯家驹：《中国经济史》上，新星出版社 2008 年版，序。

了统治者以更大的活动空间。侯家驹将战国时期的赋税状况与汉大一统之后的赋税状况进行了对比，战国时即使是“什一”之税，国家尚难以维持，而汉景帝仅为“三十而税一”，不但国家用度有余，甚至即使是在平定七国之乱、财物大量消耗的情况下，“都鄙廩庾皆满，而府库余货财，京师之钱累巨万，贯朽而不可校，太仓之粟陈陈相因，充溢露积于外，至腐败不可食。”（《史记·平准书》）所以，侯家驹认为：“由于疆域广大，以致税率虽低，租税总收入仍然巨大之故”。〔17〕这就为政治的一统及思想理论的一统打下坚实的基础。

统一的经济条件以及统一的政治运作需要统一的指导思想，经过秦时的政治压制以及思想发展的低潮，西汉时的儒生更具政治成熟性，敏锐地抓住了经济基础的这种要求，对儒家思想进行了极大的改造，综合各家之长，利用“大一统”理论迎合当时统治者的个人喜好，确立了儒家思想在政治生活以及社会治理中的指导地位。此后，虽受到其他思想的挑战，但由于经济基础没有发生改变，儒家思想的地位也得以维持。〔18〕

（二）政府公共职能的履行对儒家思想地位的加固

疆域的统一与替代者的缺乏使得统治者的地位至高无上，但若政府不能履行公共职能，加之帝王个人胡作非为，将会导致国家的迅速败亡。〔19〕儒家自西汉确立起统治地位之后，虽遭到不同思想的挑战，但其地位一直没有动摇，这与儒家思想对执政者所提的品德要求有关，特别是对利益追求的约束以及履行政府的公共职能两方面。儒家理论与其他学派相区别的重要特征便是其对“德”的要求，这些“德”的要求也在经济上有所体现。〔20〕儒家的这些思想约束了统治者的行为，一定程度上促进了政府公共职能的履行，而国家的发展反过来也巩固了儒家思想的地位。

政府应当为社会提供公共服务，如救灾、防病、提供纠纷解决等。履行公共职能的意义在于利用政府的权力和地位完成普通社会成员不能承担或完成的任务。救济贫弱，在一定程度上保留了生产力，也维护了社会稳定。相比私人而言，政府提供这些服务具有更高的效率，因此更能促进社会的进步。〔21〕政府履行公共职能实际上是经济资源的再分配，将政府支配的经济资源用于普通百姓的生活，使经济资源能够在统治阶层与被统治阶层之间平衡分配，从而保证政权的持久统治。但是，由于财富向统治阶层聚集、权力上移以及疆域统一的完成和潜在替代者的消失，中国古代的君主缺乏履行公共职能的外在动力。

先秦时期的诸侯封建制度对于各国国君有着天然的激励作用，国君为了防止被它国取代或百姓流失，还能够履行一定的公共职能。秦兼并天下之后，潜在的替代者被消灭，帝王视天下为私产，以这种思想建立中央集权，“尺土一民皆视为己有”，“以天下奉一人矣”

〔17〕 前引〔16〕，侯家驹书，第157页。

〔18〕 这是一种思想上的垄断，其物质基础是经济的垄断，中国所处的地理环境使其没有多少海外贸易，而西欧的地理环境使其发展贸易成为经济的主要形式。不断对外从事的这些贸易，拓展了西欧人的视野，并使其文化更加开放。

〔19〕 国家公共职能的履行应当源自社会契约论的认识，但就国家政权的运行实际而言，公共职能的确是国家应当履行的职责，古今中外概莫能外。对社会契约论的这种分析，参见苏力：《从契约理论到社会契约理论——一种国家学说的知识考古学》，《中国社会科学》1996年第3期，第79页以下。

〔20〕 如孔子所言：“放于利而行，多怨”（《论语·颜渊》），还要求：“因民之所利而利之”（《论语·尧曰》）。“百姓足，君孰与不足？百姓不足，君孰与足”（《论语·先进》）。其最直接的目的便是达到“民信”（《论语·里仁》），最终目的是要求统治者“一日克己复礼，天下归仁”（《论语·颜渊》）。

〔21〕 参见〔美〕道格拉斯·诺思等：《西方世界的兴起》，厉以平、蔡磊译，华夏出版社2009年版，第12页。

(《文献通考·自序》), 严刑峻罚, 驱使百姓, 完全没有认识到政府所应履行的公共职能, 这样很快便导致王朝的败落。汉承秦制, 虽然仍然是大一统的国家, 但确立了儒家思想的指导地位。以秦为鉴, 改革刑制, 同时克制统治者自己的行为, 并开始重视政府公共职能的履行,^[22] 此后统治者均奉行这些原则而不更改。

在社会中具有优势地位的个人或集团总是倾向于最大限度地追求自己的利益, 如果这种行为不受到限制将会破坏整个社会的经济秩序, 最终导致国家的衰落。法律制度在这里是无效的, 而唯一有效的方法便是思想信念的约束。^[23] 儒家思想在这里发挥的正是这种作用。通过儒家思想的不断教导, 统治者能够在一定程度上约束自己的言行, 注重道德修养, 同时注意履行政府的公共职能, 从而达到国家的长治久安。儒家思想也因此成为治国良策而为历朝历代统治者所信奉, 其地位不断得到巩固并长久维持。

克勤克俭并随时准备为治下民众提供公共服务的君王容易得到民众的信任, 在其对未来加以规划并要求民众做出先期付出时, 民众更容易相信君王的承诺。^[24] 中国古代社会中不可能出现监督最高统治者履行承诺的第三方政治势力, 儒家思想所倡导的约束自我行为的要求, 就成为保障最高统治者履行承诺的思想保障, 成为一种事实上的第三方监督力量。其对统治者的监督保障了国家运行的正常秩序。

儒家思想为政权提供了自我净化的渠道, 使得统治能够延续。古代学者已经认识到儒家思想的这种作用, 苏轼将秦朝二世而亡的教训归于秦始皇不能善待儒士, 不能以儒家思想治国。^[25] 现当代学者的研究则更多。林语堂认为, 儒家思想治理下的社会是一种理性的社会, 从而能够长久运转。^[26] 费孝通以道统和政统的方式来分析中国古代的政治结构, 并以此阐明道统对于政统的约束和限制。^[27] 袁方认为, 费孝通的观点是依靠无为而治和绅权对皇权加以约束, 从而保持政权的稳定性。^[28] 但实际上, 渗透在这两者之中的便是儒家理论的要求。诸位学者虽然使用的方法不同, 但得出的结论并无不同, 由此可见儒家思想的作用以及因此而形成的地位。

二、效率和路径因素制约下以刑为主要的法律体系

虽然商品经济在中国传统社会不断得到发展, 但法律体系中刑法的地位始终没有改变。以刑为主要的法律体系长期存在并非来自文化传统, 而是有着深刻的经济根源。统一的国家

[22] 文帝、武帝、昭帝、宣帝、哀帝等均有诸多救灾、抚恤、赐钱等活动, 学者对此有过较为详细的总结(参见前引[16], 侯家驹书, 第194页以下)。司马迁在《史记·货殖列传》中指出政府的作用应当是:“故善者因之, 其次利道之, 其次教诲之, 其次整齐之, 最下与之争”, 一定程度上体现了当时统治阶层对政府公共职能的认识。这种认识后来经过儒家学说的强化, 起到巩固统治的作用, 反过来加强了儒家理论的地位。

[23] 参见前引[11], 诺思书, 译者序言, 第iii页。

[24] 承诺是对未来的安排, 必须要有一定担保才能为交易对方所信服并按约定的条件去行事, 这便是所谓的“可信承诺”, 参见 Douglass North and Barry Weingast: *Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutions Governing Public Choice in Seventeenth-Century England*, *The Journal of Economic History*, Vol. 49, Issue 04, December 1989, pp. 803 - 832.

[25] 参见(宋)苏轼:《战国任侠论》, 载曾国藩编:《经史百家杂钞》上册, 中华书局2013年版, 第80页以下。

[26] 参见林语堂:《孔子的智慧》, 北京联合出版公司2013年版, 第5页。

[27] 参见前引[5], 费孝通等书, 第30页以下。

[28] 参见袁方:《论天高皇帝远》, 载前引[5], 费孝通等书, 第70页。

消灭了外部的竞争对手,使得最高统治者能够专心面对来自内部的政治对手。最高统治者因此不愿让渡自己的利益而为社会义务地提供治理规则。同时,外部竞争的消失使得政治竞争主要来自内部,而刑法正是维护内部秩序最有效率的手段。对自然经济的偏重使得国家经济增长停滞,人民生活维持温饱,^[29]这就限制了职业的分化以及社会分工的发展,反过来又使得国家无法制订出更加科学有效的法律制度,强烈的路径依赖使以刑为主的法律体系始终无法改变。

(一) 自然经济的制度需求与刑法的治理效率

由于自然地理及环境条件适合农耕,中国的农业生产很早便走向发达,农业经济基本上满足了生活的需求,人们不再探求新的经济模式。自然经济的生产模式并不依赖与外界的交流,因此较少与外界发生关系。在这种生产模式下,社会关系较为简单,人们过着日出而作、日落而息的生活,并不需要太多的制度进行调整。^[30]这种生产模式也使得商品生产以及商品交易并不发达,缺乏交易与交换制度产生的土壤。由于人们安土重迁,彼此熟悉,少有较大的争论与冲突,即使发生纠纷也可以通过族内或家内调解来加以解决,对国家法的需求大大降低。国家并不为维持社会秩序而制订更多的法律,从而可以大大降低统治的成本。国家的法律体系中只留下了处罚犯罪的刑法,刑法也逐渐成为最为发达的法律部门。

中国古代的地理条件以及生产方式决定中国是一个早熟的政治社会,地理环境以及生产条件的相似性使得邻近部落之间的物质财富并不存在明显差别,因此这里经常发生的不是以物质利益为目标的掠夺战争,而是争夺最高政权的取代战争。^[31]这种性质的战争使得统治者对于统治的稳定或持续性有着特殊的敏感性,^[32]统治者较少有经济诉求而有着更多的政治诉求。对于破坏统治秩序的行为,即使是私人之间相犯,也被认为是对社会秩序的挑战。刑法更多地表现为一种统治的工具,成为维护政治生态的重要手段。“刑起于兵”,“兵刑同制”的刑法起源之说,可以认为是古代社会政治与刑法关系的重要说明。^[33]

许多人类早期社会的法律往往表现出犯罪与侵权不分的特点,盗窃、杀伤等今天视为犯罪的行为可通过金钱赔偿或私人复仇加以解决。^[34]在西欧及日耳曼人的法律史上,我们都可以看到这一点。^[35]但在中国古代社会,这一特点却并不鲜明。^[36]中国早期的法典明确

[29] 虽然此种说法有些绝对,但放在大历史的角度以及与西方社会比较的角度而言,似乎并不为过,并且有研究数据支撑(参见彭凯翔:《历史视野下中国经济的长期变迁——近年中国经济史之计量研究综述》,《经济研究》2015年第5期,第178页以下)。文中不同学者的估算多为长期保持同一经济发展水平,甚至有学者估算为经济水平下降。

[30] 参见郑敬高:《农耕文明的早熟与中国古代国家政体》,《江汉论坛》1988年第1期,第49页以下。

[31] 商代夏、周代商均是这种战争,而掠夺性质的战争经常由生产条件与中原民族有着巨大的差别少数族裔发起。

[32] 无论是夏商时期的天命观,还是西周时期逐渐发展起来的“以德配天”的思想,都是着眼于加强统治而创设的政治理论。

[33] 《尚书·舜典》中更是将“流共工于幽州,放兜于崇山,窜三苗于三危,殛鲧于羽山”等带有明显政治含义的行为称为“四罪”,并且“四罪而天下咸服”,奖功罚罪成为维护政治统治的工具。

[34] 参见[美]奥利弗·霍姆斯:《普通法》,冉昊等译,中国政法大学出版社2005年版,第2页,第35页。

[35] 理查德·波斯纳认为,一直到19世纪,刑法更多是私人之间的事(参见[美]理查德·波斯纳:《正义/司法的经济学》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第220页)。他应当是以西方刑法为语境,东方国家则有所不同。

[36] 东方社会较早在国家法典中对盗窃、抢劫、杀伤等做出了规定,如汉谟拉比法典等(参见张观发:《汉谟拉比法典简析》,《北京政法学院学报》1979年第2期,第73页以下)。但可以看到的是,虽然国家法典做出了规定,但执行似乎仍然是私人之间的。这可能是一种从侵权到犯罪的过渡性形态。

规定了对盗窃、杀伤等行为的刑事处罚,并作为主要的罪名加以处罚。^[37]中国古代的经济条件决定着犯罪的类型。由于疆域的辽阔以及生产条件的统一,生产的发展是基于规模的扩张而并非单位生产力的提高,所以古代社会更重视生产单位之间的协调而不是个人在生产中的地位。在这样的社会中,财产更多是公有或集体所有,个人只是作为某个生产单位的劳动力而存在。在个人财产和生命健康并不能得到重视的情况下,社会便不会发展出私人相犯的规则,国家更不会以法典的形式对其加以规定。国家法所规定的对盗窃、杀伤的处罚,更多着眼于集体或国家的利益。^[38]在“私人相犯”已经威胁到国家或集体利益时,方予以处罚。

中国古代社会政治的早熟性也使得维护统治是政权首要考虑的目标,维护政权稳定与社会治理有着同等含义。在维护政权稳定中,刑法无疑有着较高的效率,因此也被更多地用于社会治理之中。^[39]国家为百姓提供交易规则或纠纷解决机制同样也可以起到维护社会秩序、维持统治的目的,但这不仅过程较长且过于间接,也难以高效地利用有限资源维护政治统治。刑法的高效率使得国家立法自觉或不自觉地向这一治理手段倾斜,刑法便成为国家立法的重点,国家法以刑为主的特色逐渐形成。由国家执行的惩罚虽然有着较高的资源成本,但由于权力上移、财富集中于统治者,使得国家可以负担这一成本。在巨大的政治压力之下,统治者更愿意利用刑法进行统治。^[40]秦汉统一王朝形成之后,国家需要治理更加辽阔的疆域,对治理效率的追求显得更为迫切。^[41]刑法因此取得了超越其他法律部门的地位。

对于个体而言,刑法占优的治理方式似乎并非最佳选择,刑罚手段较为严苛且可能会漠视个人权利。就社会整体而言,这是一种各方条件均得到满足且社会运行成本较低的方法,可以说达到一种帕累托最优。^[42]随着社会的发展以及商品交易日渐频繁,明清时出现了以刑法手段调整民事关系的做法,但这并不是最优选择,如果时间足够长,可能会被演化出的民事法律制度所取代。制度变革通常有着极大的交易成本,明清时代不愿变更祖宗成法,其经济上的考虑便是成本问题,因此这个变革始终没有发生。

(二) 路径依赖之下刑法地位的巩固

路径依赖在人类社会许多领域都有表现,法律制度的发展也是如此。^[43]重刑轻民传统最典型的体现是国家法典的层层相因,这是社会治理方式的路径依赖。随着朝代的更替,

[37] 如“王者之政莫急于盗贼”的认识以及编纂于公元前五世纪的《法经》以“盗”和“贼”作为前两篇,参见殷啸虎:《〈法经〉考辨》,《法学》1993年第12期,第32页以下。

[38] 秦时的众多关于盗窃、杀伤的罪名多数与官府、集体有关,可以证实这里的论述,参见徐富昌:《睡虎地秦简研究》,台湾文史哲出版社1993年版,第211页以下。

[39] 刑法在社会治理中效率较高。See Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 *Journal of Political Economy* 169-217 (1968); Richard A. Posner, *An Economic Theory of The Criminal Law*, 85 *Columbia Law Review* 1193-1231 (1985).

[40] 一定程度上证实了波兰尼的观点,即政治有时会和经济分离,参见[英]卡尔·波兰尼:《大转型:我们时代的政治与经济的起源》,冯钢等译,浙江人民出版社2007年版,第211页以下。

[41] 参见刘晓满、卜宪群:《秦汉行政中的效率规定与问责》,《安徽史学》2012年第2期,第72页以下。

[42] 帕累托最优是公平与效率平衡的最佳状态。See Nicholas Barr, *Economics of the Welfare State*, Oxford University Press, 2012, p. 46.

[43] Douglass C. North, *Institution, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990, p. 112. 中文译本见[美]道格拉斯·诺思:《制度、制度变迁与经济绩效》,杭行译,上海人民出版社2014年版,第133页。

刑法通过适用不断获得加强，因此形成对刑法的路径依赖。

古代的自然经济使得社会阶层分化不明显，社会无法为脱离生产者提供生活来源。简单商品交换无需复杂的交易规则，因此也就不需要对规则进行研究的专门阶层。法学研究者无法用知识交换以获得生活来源，除了为国家服务、从国家财政中获得生活来源之外并无其他可行之路。这就决定了法学研究必须依附国家政权而存在，视国家的需要而进行。虽然古代社会的私家注律一直存在，甚至在有些朝代还较为发达，但其研究并不是自由的，必须以国家的需要作为研究的导向，进行这些研究的意图也是能够从国家财政中分得一杯羹。古罗马的情况则正好与之相反，发达的商品交易为法学研究提供了成长的土壤，也为国家的治理提供了多种途径选择。

中国古代的法学在不同时期有着不同的表现，但缺乏来自经济过程的内生动力，因此无法摆脱与国家政治的密切关系。先秦时期的诸侯争霸使得统治者为避免被取代急需找寻社会治理的方法，这在一定程度上为法学的发展提供了契机，促成了中国古代法学的第一次繁荣。^[44] 先秦以及秦统一之后法律规则的多样性就是这些研究成果的体现。^[45] 秦汉统一王朝建立之后，政权不再受到诸侯的挑战，法学研究的重要性下降，资源配置不再向其倾斜，法学研究因此止步不前。魏晋南北朝时期群雄并起再次为法学发展提供了契机，这一时期的法学研究为唐律的丰富和完善奠定了基础，对唐朝一代法典的制定有着直接贡献。宋代重新统一中国之后，法学研究又走向衰落。

大河农业统一的经济条件使得政治的经常统一成为可能，军事行动对协调性的要求又使得思想的统一受到统治者的重视。^[46] 法学研究作为涉及上层建筑的活动也被纳入思想统一的范畴，成为国家的专属活动，国家并不鼓励民间或私人的自由参与。^[47] 国家的法学研究多依靠司法官员兼职从事或业余进行。^[48] 以儒学经典作为考核内容的仕进道路无法为官员提供法学研究必须的知识准备，虽然在不同朝代经常出现对法学研究的要求以及对相关

[44] 如众多法家的法学研究，虽然他们的研究多数停留在价值哲学的层面而少涉及法律技术问题，但综观世界法学发展的历史，早期的法学研究莫不如此，将他们的理论与西塞罗、亚里士多德等人的学说相比较即可看到此点。有些法家人物已经走出了象牙塔，热衷法律技术问题的探讨、实际制订法律甚至帮助人打官司，著名的如邓析等。此外，从出土秦简中的《法律答问》也可以看出对于法律技术的研究已经到达了相当的高度。有学者认为，先秦法学研究是形而上的，而秦汉之后法学更重形而下（参见蒋集耀：《中国古代魏晋律学研究》，《上海社会科学季刊》1990年第3期，第82页以下）。从此观点出发，笔者认为，两种研究方法的结合才有可能发展出更为丰富的法律部门，而只是专注于法律技术、特别是刑法适用技术研究的律学，则很难跳出某一部门法的窠臼。

[45] 此时国家不仅有刑事法律，也有着相对发达的行政、经济管理法律，云梦秦简为今天研究秦时甚至之后的法律提供了最为可靠的一手材料，也纠正一些古代史家的错误论断，证实了一些史家的推论，如萧何所添“户”、“兴”、“厩”三篇在秦律中即已存在，参见云梦秦简整理小组：《云梦秦简释文》二，《文物》1976年第7期，第1页以下。

[46] “以吏为师，以法为教”虽出自商鞅，但可视为国家统一思想的前奏，并在思想渊源上为儒家“大一统”思想进行了铺垫。

[47] 唐时有赵仁本、崔知悌编写过《法例》，是对法典行用中出现的问题加以总结，这是私家研究法学的成果，但这种研究得不到官方的鼓励，最终被废止，参见钱大群：《唐律与唐代法制考辨》，社会科学文献出版社2013年版，第391页以下。

[48] 如杜周、杜延年父子分别为廷尉属官、御史、司空等刑事司法之职，撰有“大杜律”、“小杜律”等法律解释。陈宠、陈忠父子担任廷尉、尚书等刑事司法之职，撰有“决事比”等刑法适用文书。郭弘、郭躬父子虽有聚徒讲学之举，但其身份仍然是廷尉。对此的分析请见律璞：《两汉司法官员与律学家角色合一现象及其价值分析》，《甘肃社会科学》2009年第2期，第197页以下。

人才的需求,但偶尔设置的“明法科”、“新科明法”或“书判拔萃科”等考试科目以及“律学馆”、“律博士”难以培养大量人才,在崇尚儒学的大环境中往往成为昙花一现,^[49]法律知识只能依靠正规教育途径之外的渠道进行传递,由亲情或熟人关系加以维系。^[50]

在法学研究并不充分、无法为决策者提供相关知识背景的情况下,国家统治者拥有的只能是“有限理性”,^[51]即在有限的法学知识之下做出判断并依据这个判断而进行治理,由此造成统治者对刑法的长期依赖。

从法律实践角度加以考察,以刑为主法律体系的形成与刑法适用所形成的规模效应有关。规模效应是导致路径依赖的一个重要原因,规模适用形成之后,交易成本大大下降,旧有的路径因此被不断选择而得到加强。^[52]在中国古代社会,刑法显然形成了这种规模。

古代国家司法机关的设置以及司法人员的配备一直向刑法倾斜,中央到地方的大部分司法机关主要为解决刑事案件而设,大多数司法人员熟悉的是刑事规则,他们解决刑事案件有着相对成熟和可行的经验。不仅是主导案件审判的官员,与案件审理相关的人员,如衙役、胥吏等,都对刑法的处理过程和程序更为熟悉。对于私人之间的纠纷,则缺乏成熟的解决方法,只能委之民间规则自行解决,或者套用刑事制裁的方法。在法学研究上也是如此。承担法学研究任务的中央司法官员主要从事刑事审判工作,职业的特点使得他们的研究不可能脱离其工作范围太远。日复一日的工作加强他们的刑法知识,有关罪名以及处罚的知识不断丰富,使刑法规则不断加强,对立法以及司法的指导更具科学性,更易为寻找社会治理手段的统治者所认同,其处理结果也更能得到普通百姓的认可。就法律的适用对象而言,日益发达并无处不在的刑事法律通过司法实践早已为普通百姓所熟知,因此这些法律更易被他们所遵守,大大降低了国家执法的成本以及法律宣传的成本。刑法的规模效应因此形成。国家生活中刑法的大量运用,使得其他法律部门失去了成长的空间。

三、传播成本与社会网络对非正式制度的加强

在中国古代社会,调整社会关系的不仅有国家法律,更有大量的民间规则。在这些民间规则中,源自于家族内部、有着较强伦理属性且主要用于家族内部管理的家法族规分担了社会治理成本。非正式制度在法律体系中发挥重要作用,也是古代社会的经济发展状况决定的。

(一) 国家法典的传播困境

国家制订的法律若要在社会中得到贯彻,首先必须能够为普通百姓所熟知,而后才能得到遵守和执行。法律的大众传播是法律社会化的途径和方式。^[53]法律从国家到社会、从

[49] 参见赵晶:《宋代明法科登科人员综考》,《华东政法大学学报》2011年第3期,第64页以下;曹家齐:《宋代书判拔萃科考》,《历史研究》2006年第2期,第102页以下。

[50] 如依靠家学的熏陶和传承,参见贾灿灿:《两宋刑部尚书人员结构考述——以判刑部、刑部尚书为中心》,《江西社会科学》2013年第9期,第113页以下。

[51] “有限理性”由西蒙提出。See Herbert A. Simon, *A Behavioral Model of Rational Choice*, 69 *The Quarterly Journal of Economics* 99-118 (1955)。“有限理性”的学说对于统治行为的分析是十分深刻的。

[52] 路径依赖的分析见 Brian Arthur, *Competing Technologies, Increasing Returns and Lock-In By Historical Events*, 99 *Economic Journal* 116-131 (1989)。

[53] 参见刘作翔:《法律文化理论》,商务印书馆1999年版,第179页。

统治阶层到社会下层，需要有一个传播渠道，而渠道的建立是需要成本的，有时这个成本还相当高昂。在中国古代，特别是在经济水平发展较低的时期，并没有过多资源用于法律传播，社会上便存在着行为规则的空白。百姓的行为需要规范的约束，而这些空白则由内生自社会本身、无需多少传播成本的非正式制度所填补。这就是家法族规以及行会行规等非正式制度在古代社会大量存在的原因。

在中国古代，国家虽制订了法律，但为这些法律配置宣传和传播手段的情形并不多见。^[54]一般来说，刑罚的执行是传播法律的方法，执行地点以及执行方式的选择往往为了传播法律的需要而被认真加以考虑。^[55]此种传播方法并不能使百姓真正了解法律的内容。所以，除了“杀人偿命”、“借债还钱”等基本法律常识之外，国家法律的具体内容很难进入百姓的视野和日常生活，百姓并不懂得如何遵守国家法律。^[56]不仅如此，甚至基层官员也不能完全掌握国家法典的内容，因此今天才产生了在案件审理中是否适用国家法的争论。^[57]司法实践中较少引用国家法条对案件加以处理，或者依凭法官的个人理解来加以判断^[58]的原因，就是对法典内容的了解存在障碍。

秦汉时国家曾强调法律的传播。秦时“郡县诸侯一受赉来之法令，学问其所谓。吏民欲知法令者，皆问法官”（《商君书·定分》），国家强力推动促进了法律的传播。^[59]但由于禁止法律的私相授受，法律传播的任务完全由国家承担，有着较高的成本。此外，由国家官吏承担法律推广的任务，也使得法律传播的途径过于单一。汉承秦制，继续以政府力量推动法律传播，^[60]但随着指导思想的转变，法律在国家治理中的地位下降，此后朝代则较少见到国家主动传播法律的行为。

汉代允许私学发展，因此私家注律、以经注律逐渐兴起。私人也承担起一部分法律传播的任务，但私人学习法律的目的并非为了传播或宣传，而是籍此获得晋身之阶，往往局限在特定范围之内，表现出家学的传统。知识的传播主要通过学校，商人阶层的缺乏使得社会无法承担人才培养的成本，所以私学也必须依附于国家才能生存，并最终与科举制度紧密结合而演化成为官僚人才的培养方式。中国古代教育的本质是一种士人教育，传播法律并不是这种教育的主要任务。国家的需要才是学校培养学生的目的，学校因此也具有了

[54] 中国古代传至今日的法典较少，与法典传播范围较窄有着直接的关系。钱大群详细列举了中国古代诸多法典，但传世者屈指可数，参见钱大群：《唐律研究》，法律出版社2000年版，“引言”，第1页以下。

[55] 法律仪式与其作用发挥有着天然的联系，其中的纽带就是规则的传播，但是不同学者从不同的视角对此加以研究，其实质就是规则的传播。伯尔曼有言：“法律象宗教一样源于公开仪式，这种仪式一旦终止，法律便失去生命力。”伯尔曼：《法律与宗教》，梁治平译，中国政法大学出版社2002年版，第23页。

[56] 杀人仪式是一种社会团结的方式，可以使民众了解规则信息，从而达到行动上的一致，但这种“团结”是“机械的团结”，是对差别性、异质性的强制压抑，因此效果堪忧（参见[法]爱弥尔·涂尔干：《宗教生活的基本形式》，渠东、汲喆译，上海人民出版社2006年版，第8页；涂尔干：《社会分工论》，渠东译，生活·读书·新知三联书店2000年版，第35页）。

[57] 参见寺田浩明：《清代民事审判：性质及意义——日美两国学者之间的争论》，载《北大法律评论》1998年第1卷第2辑，第603页以下；易平：《日美学者关于清代民事审判制度的论争》，《中外法学》1999年第3期，第108页以下。

[58] 如学者引《龙筋凤髓判》中案例所做的分析，参见前引[47]，钱大群书，第349页。所以，《唐律疏议》中有言“刑宪之司执行殊异，……一州断以徒年，一县将为杖罚”，这可能不仅仅是法律缺乏统一解释造成的。

[59] 秦律竹简的发现能够证明此点。

[60] 居延汉简等地下文物的发现可以作为对此点的印证。

强烈的政治属性。^[61]正是由于儒学占据思想界的主流,之后逐渐成为科举最重要的考试内容,导致算学、律学等教育的地位不断下降,极大地限制了法律传播的范围。

中国历史上曾经有过主动宣传和传播法律的活动,但由于缺少受众一方相应法律知识的准备,这种推广行为实际上并不能起到真正的传播作用,洪武年间对《大诰》的推行便为一例。朱元璋通过官方讲读、刑罚威胁、免罪诱惑以及应试必考等种种办法强力推行《大诰》,但实际效果却差强人意。^[62]由于社会个体有着不同的经济地位,不同的阶层有着不同的知识需求,阶层之间的流动并不十分顺畅,这导致国家法很难跨越阶层之间的知识障碍而获得传播。所以,正如费孝通所说,这是一种“技术知识和规范知识的分化”,导致法律的传播无法进行。^[63]

由于疆域的统一与辽阔,中国古代的国家法典对传播以及复制技术有着较高的要求。在传播与复制技术获得较大进步之前,国家法典从庙堂传至民间十分困难。最高统治者阅读或学习法典时尚需大费周折,普通百姓可想而知。^[64]迟至宋代,《宋刑统》才是第一部刊印行的法典,而在此前,《唐律疏议》仅是抄录数部分发州县,且仅存于各地敕库之中,普通官员能否接触到尚有疑问。^[65]稍有动乱,法典即归于灭失。^[66]可见其传播范围之狭窄。

国家法典主要依靠文字而获得传播,与非正式规则相比,后者依凭口耳相传即可获得传播,前者显然有着较高的成本。因此,识字率对于古代法典的传播有着重要意义。费正清很早就认识到,汉字繁复的结构使得普通民众的识字率偏低,因此严重影响了中国古代社会的进步和发展。^[67]将这一理论用作对国家法典的传播困境进行解释,同样可以成立。有些学者对费正清的上述结论提出质疑,认为清朝末年普通大众有着较高的识字率,如男性为30%至45%,女性为2%至10%,社会整体识字率大约为16.6%至28%。^[68]即使是这样的识字率,也不足以为国家法律的传播提供便捷高效的途径。^[69]很难想象仅有四分之一人口可以识字的社会能够认真遵守国家的法律,民间非正式制度的登场以及在国家规则体系中占据重要地位也就不可避免。

[61] 参见朱丽霞:《论黄宗羲“学校”议政思想及其当代价值》,《中南民族大学学报(人文社会科学版)》2012年第1期,第177页以下。

[62] 连朱元璋自己也承认并没有达到预期的目的,参见杨一凡:《明大诰研究》,社会科学文献出版社2009年版,第111页。

[63] 参见费孝通:《论“知识阶级”》,载前引〔5〕,费孝通等书,第16页。

[64] 一些重视法律传播的帝王的做法,如“裁成卷轴”、“抄录粉壁”或“写在廊署”等,以备“本司官省览”,参见杨鸿烈:《中国法律发达史》,上海书店出版社1990年版,第526页以下。

[65] 雕版印刷约在唐及五代之时发明,但仍然成本高昂,无法大量使用,主要用于历书、经典等的印刷,参见宿白:《唐宋时期的雕版印刷》,文物出版社1999年版,第1页,第3页。

[66] 《唐律疏议》制订完成后抄写完毕分送各州县,至唐末战乱竟然只余一部,可见国家法典的流布极其有限。见(宋)薛居正:《旧五代史》第六册,中华书局2003年版,第1962页。

[67] John King Fairbank, *The United States and China*, Harvard University Press, 1983, p. 43.

[68] Evelyn Sakakida Rawski, *Education and Popular Literacy in Ch'ing China*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1979, p. 241.

[69] 这也是善书、类书等民间常用书籍中夹杂法律知识的原因(参见张祎琛:《清代圣谕宣讲类善书的刊刻与传播》,《复旦学报(社会科学版)》2011年第3期,第134页以下;尤陈俊:《法律知识的文字传播:明清日用类书与社会日常生活》,上海人民出版社2013年版,第188页以下)。这是国家法律借助民间渠道的传播,而这本来是民间非正式制度传播所常用的途径。

（二）家庭经济的中心地位以及熟人信用对非正式制度地位的塑造

中国古代的自然经济使得人们安土重迁，人际关系与商业社会的人际关系有着很大区别。这种人际关系围绕着家庭经济展开，以熟人之间的信用作为基础。因此，这种关系的调整方式与国家法的调整方式有着很大的不同。正是这种特殊性，使得与人际关系相适应的非正式制度得以不断发展，在社会中占有重要地位。

古代社会的经济围绕着家庭而展开，家庭对于经济的安排与商业社会中个人对于经济的安排有着明显的不同。由于个人与家庭其他成员的关系以血缘为基础，因此这种关系以时间持久、不断重复为其特点。经济安排因此可以是大跨度的，例如“时序制度”便是这样一种安排。^[70] 年轻人体格健壮、豪情万丈，而经验和知识有所欠缺，就安排其去从事战争、劳动生产等体力活动，发挥其体力的优势。而逐渐年长之后，则可以去从事稍轻的体力劳动或仅仅从事管理或指导工作。家庭的这种生产安排充分利用了人的生理特点，在生产活动中合理地分配人力资源，最大限度地发挥每个人之所长。这是一种适应农业社会生产方式的较为科学的制度设计。儒家伦理规则便是在这种“时序制度”基础上建立起来的。由于年长者并不从事生产，却可以分享年轻人的生产成果，自然会造成实际从事生产活动的年轻人的不满并引发族内秩序的混乱。为了巩固这一制度，便有了“孝”的观念以及“尊尊”、“亲亲”等原则的提出，家法族规便在此基础上得到加强。还有诸如，家庭成员之间存在着互帮互助的经济安排。这些成员之间平时经常有经济往来，诸如借贷或礼尚往来等，这些行为实际上就是一种财富的储蓄。在国家不提供社会保障的古代社会，这种储蓄是对抗可能出现的艰难时刻的最好保险。这种关系的基础是一种信用。

人与人之间的这种关系产生的基础最初依赖的是血缘。由于古代社会安土重迁，人们彼此熟悉，这种关系逐渐向没有血缘关系的人们之间扩展。居住在村落之中的人们之间也互相帮助，逐渐形成了一种准血缘关系，这种准血缘关系的基础也是一种信用。^[71] 这种关系的形成需要较长时间的积累，其运行也以较长的时间段作为基础。

不管是家庭成员还是熟人之间，他们之间所形成的关系依赖是一种信用。这种关系注重的不仅仅是物质财富的交换，同时还注重信用的累积。如波兰尼所说：“人类经济是浸没在他的社会关系之中的。他的行为动机并不在于维护占有物质财物的个人利益；而在于维护他的社会地位，他的社会权利，他的社会资产。”^[72] 这就是对这种社会关系特点的一种描述。在这种社会中，个人地位不仅体现在其个人所占有的物质财富上，还体现在其所拥有的人际关系上。因为“所有的社会义务都是互惠，从而履行社会义务也最符合个体礼尚往来利益。”^[73] 这种人际关系的最大特点就是交易的重复性和持续性，以及对未来利益的期许性。一次交易并不能体现出这种关系，需要一个较长的时间段使给予方和获赠方的利益再次得到平衡。所以，在这种关系中，信用扮演着非常重要的作用。

[70] Robert H. Bates and Kenneth A. Shepsle, *Intertemporal Institutions*, in John N. Drobak and John V. C. Nye (eds.), *The Frontiers of the New Institutional Economics*, Academic Press, Cambridge, 1997, pp. 197 - 212.

[71] 参见 [德] 斐迪南·滕尼斯：《共同体与社会：纯粹社会学的基本概念》，林荣远译，北京大学出版社 2010 年版，第 53 页以下。

[72] 前引 [40]，波兰尼书，第 39 页以下。

[73] 同上书，第 40 页。现代社会则逐渐剥去人情的作用，将所有这些因素都转化为金钱，因此财富的多寡逐渐成为判断人们社会地位的唯一尺度，这可以作为反例证明人情信用在古代社会的作用。参见刘一皋等：《村庄内外》，河北人民出版社 2002 年版，第 234 页以下。

正是因为这种社会关系的特殊性,导致了调整这些关系的制度规则的特殊性,其与国家法有着完全不同的特征与样貌。非正式制度对于社会关系的调整并不需要十分精确,交易的双方更看重信用的培养以及相互之间关系的维持。^[74]相反,如果以这种制度规范与陌生人交易,往往有着较大的危险性。“一旦翻脸就可能冒破财之风险。”^[75]因此,熟人成为交易的条件,并不断重复,最终积淀成为制度,非正式制度便愈加发达。^[76]由于国家法无法很好调整这种关系,只能承认非正式制度的地位,最终形成以家法族规为主的非正式制度在这方面占优的局面。

中国古代的生产条件一直没有改变,家庭经济一直是生产的中心,^[77]因此与这种经济模式相适应的规则制度一直保存了下来。国家为了维护这种生产方式,也承认这些规则的作用,非正式制度通过国家法而得到加强。^[78]因此,以家法族规为中心的非正式制度占优的局面始终没有改变。

四、司法成本与产权关系影响下的息讼导向

诉讼是社会治理的交易成本,古代统治者对于这个交易成本有着较强的敏感度。因此,中国古代社会并不鼓励百姓之间的诉讼,息讼也因此成为法律传统之一。鼓励息讼是国家基于交易成本的引导,而民间形成的产权制度则是息讼得以推行的经济基础。

(一) 司法的公共职能属性及其在资源分配中的劣势地位

古代的刑事案件与民事案件有着不同的性质,解决普通民事案件更多是一种司法公共职能的承担。普通民事纠纷也可能造成统治秩序的混乱,但相比于刑事案件,则明显影响轻微且较为局部。中国古代在财政资源较为匮乏的情况下,公共职能的履行往往只能在国家众多政治任务中排在靠后的位置,司法公共职能的履行更是如此。

中国古代长期实行的是自然经济,民间的经济交易并不发达。由于商业交易为国家财政所做的贡献不高,为巩固政权的基础,重农抑商是各个王朝一直推行的政策。^[79]经济基础决定着这种政策在各个不同王朝的延续性。^[80]在以维护现政权的稳定作为国家重要政治

[74] 如土地买卖中的买契、加契、叹契、绝契的制度,详细分析见尤陈俊:《明清中国房地买卖俗例中的习惯权利——以“叹契”为中心的考察》,《法学家》2012年第4期,第14页以下。另见夏扬:《上海道契:法制变迁的另一种表现》,北京大学出版社2007年版,第112页以下,第140页以下。还有 Avner Greif 对犹太人选用代理人制度的研究, Avner Greif, *Cultural Beliefs and the Organization of Society: A History and Theoretical Reflection on Collectivist and Individualist Societies*, 102 *Journal of Political Economy* 912-950 (1994).

[75] [美]金德尔伯格等:《经济发展》,张欣等译,上海译文出版社1986年版,第37页。

[76] 家庭成员之间或是熟人之间也彼此较为了解,在找寻交易对象时成本也较低,能够较快识别和判断交易对象,找到信用度较高的对象进行交易,参见上书,第34页。这一点在交易成本较高的古代社会尤为重要。另可参见王帅一:《明清时代的“中人”与契约秩序》,《政法论坛》2016年第2期,第170页以下。

[77] 参见庄培章:《华人家族企业的制度变迁》,社会科学文献出版社2007年版,第62页。

[78] 参见王帅一:《明清时代官方对于契约的干预:通过“税契”方式的介入》,《中外法学》2012年第6期,第1290页以下。

[79] 有学者认为,商人同时从国家和百姓夺取财富,使自己变得强大,见李祖德:《论西汉的货币改制——兼论西汉的“重农抑商”政策》,《历史研究》1965年第3期,第83页以下。

[80] 如诺思的分析就很有见地:“职业专业化和分工的结果,破坏了构成全体一致思想结构的交往和个人联系,并且产生了各种不同的意识形态,……异化使参与对国家控制以改变其交易条件的集团活跃起来。”前引[11],诺思书,第180页。

目标的社会中，统治者希望生产的组织方式是一致的。^[81] 自然经济有着高度的协调性和相似性，而商业经济在形式上更为松散，倾向于个人主义的发展。所以，总体来说，重农抑商便会成为国家的主要政策。^[82] 在重农抑商政策之下，工商业无法得到发展，与之相关的科学技术也无法得到发展，经济增长十分缓慢。^[83] 随着可供开垦耕地数量的减少以及人口的不断增长，人均收入则在不断下降，人民生活一直处于温饱状态。^[84] 在这种状态之下，国民经济总体收入无法有更快的提高，这直接影响了国家的财政收入。

在秦汉时期，较大的统治疆域带来的是较多的财政收入，这也成为促进统一的因素。但随着治理事务的日益繁杂，特别是信息沟通以及地区间交通不断走向发达，百姓可以在不同区域之间流动，这给国家带来了统治上的困难。国家事无巨细均需过问，财政就更加入不敷出，难以支撑国家机器的运转。^[85] 国家必须在不同的治理事务中做出选择，直接维护国家统治的部门往往得到财政和制度上的支持，若只是履行政府的公共职能，如解决交易或民事交往中产生的纠纷，国家则不愿意给予过多的投入。相反，只是加以舆论导向，甚至通过制度压制，以防公共职能过度耗费，避免“公地悲剧”的发生，达到一种低端的均衡，则使得司法系统仍可以正常运转。^[86]

普通百姓是否支持某一政权，往往取决于这个政权能否为百姓提供一定的公共秩序。当社会秩序恶化到民不聊生、饿殍遍野之时，统治就不可能再持续下去。但是，中国古代国家的政治化以及疆域的统一使得普通百姓对政权的服从大于反抗，这也给了政府怠于履行公共职能的机会。统治者有意无意地排斥解决民事纠纷的司法职能，使得司法机关在国家资源分配体系中一直处于较为弱势的地位。

刑部、大理寺、御史台是中国古代的中央司法机关，但这些司法机关在国家体系中并不占重要地位，长官地位不高，或为兼职，或为闲职。审判权经常被皇权或行政权所侵夺。审判院的设立、审判权逐渐由大理寺向刑部的迁移、会审制度的发达等都是这样的例子。这是司法权不断向行政权集中、司法权不断行政化的表现。^[87] 造成这种现象的原因是，司法机关本身的素质以及所能控制的资源难以承担起更多的司法职能，司法机关的审判无法

[81] “生活条件与战斗条件一致则强，相离则弱，相反则亡”，蒋百里：《国防论》，东方出版社2013年版，第4页。这里虽然指的是生活条件与战斗条件的一致，但生产方式的一致性对思想一致的作用同样可以适用。

[82] 虽然这种政策在各个朝代的表现可能不同。

[83] 参见张传玺：《两汉大铁犁研究》，《北京大学学报（哲学社会科学版）》1985年第1期，第76页以下。See also F. H. King, *Farmers of Forty Centuries or Permanent Agriculture in China, Korea and Japan. 1911*, Folkestone: Global Oriental, 2011, introduction.

[84] 这是从伊懋可的“高水平陷阱”理论所做的推演。See Mark Elwin, *The High-level Equilibrium Trap: The Cause of the Decline of Invention in the Traditional Chinese Textile Industries*, in William E. Willmott, *Economic Organization in Chinese Society*, Stanford University Press, 1972, pp. 137 - 172.

[85] 如对于这个财政困难所进行的研究，参见[美]曾小萍：《州县官的银两——18世纪中国的合理化财政改革》，董建中译，中国人民大学出版社2005年版，第2页以下。

[86] 公地因为没有明确的权属，因此人人希望从中获益，最终使得公地上的资源耗尽。See Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 *Science* 1243 - 1248 (1968).

[87] 唐代刑部的职能非常有限（参见陈灵海：《唐代刑部研究》，法律出版社2010年版，第332页）。而宋时，作为行政机关的刑部不断侵蚀大理寺的职掌，至明则完全集中于刑部（参见那思陆：《明代中央司法审判制度》，北京大学出版社2004年版，第16页）。而对于司法成本更为敏感的少数民族王朝如元，干脆取消大理寺的建制，直接以各种行政机关承担审判职能，因此直接影响了明清中央司法机关的建制（参见吴海航：《元代法文化研究》，北京师范大学出版社2000年版，第286页以下）。

得到君主的信任。由于财政体制的原因,基层司法机关长期与行政机关合一,由于基层官员的额员限制以及行政事务的繁忙,案件审理无法成为这些官员的主要任务,只能将大量事务委之胥吏或书吏。^{〔88〕}基层司法机关的财政窘境是导致其不能充分履行司法审判职能的直接原因。^{〔89〕}因而,息讼的提倡便成为必然的选择。

明清时的民事诉讼常常带来巨大的讼累,在案件的审理过程中,诉讼当事人会不断遭到差役、幕吏的勒索。诉讼过程为何对普通百姓有如此重的盘剥,吏治腐败是一个方面的原因。更重要的原因是国家财政支持的缺乏。为司法机关服务并保证案件得以顺利进行的相关人员无法获得相应的收入,其生活达不到普通百姓的水平,腐败因此不可避免。所以,这也可以作为一个反证来解释息讼导向的经济原因。

(二) 产权关系影响下的诉讼行为

传统社会的息讼导向不仅有着司法成本的考虑,同时也受到以产权关系为主要内容的社会经济结构的影响。由于中国古代的产权关系并非围绕个人展开,家庭和亲族才是这种关系的主体,这种关系中的权利并不明确、清晰,影响了纠纷当事人争取自己权利的决心。即使发生纠纷,也较容易接受其他手段来解决。

中国古代的社会关系围绕家庭展开,个人并不是各种权利关系最重要的主体。相反,以家庭或者以同业或血缘关系作为纽带的集体往往成为法律制度所重点关注的对象,其次才是个人。这种制度形态落实到生产实践中,影响到生产资料的分配。中国古代的土地制度长期以公有为主,^{〔90〕}虽然随着生产的发展以及农业耕作经济的需要,私有土地在经济中的比重不断提高。但土地公有发挥着长期的影响。^{〔91〕}明清时期,土地私有似乎有很高的比例,但这种私有仍表现为家庭、亲族拥有,或者即使是名义上个人完全私有,在这种个人私有上仍然缠绕着大量的家庭关系或亲族关系,而并非纯粹的个人所有。这种产权关系的设计是和中国古代的社会网络相适应的。上文的研究已经揭示,在中国古代社会中,人与人之间,特别是亲族之间,存在着复杂的信用关系。作为生产资料的土地,是承载这种信用关系最重要的客体。所以,土地的产权在人们脑中是模糊的。如果因为这些产权而发生纠纷,人们首先考虑的并不是所谓的权利,而是有着复杂身份背景的一种利益关系。

为了产权利益的争讼是对家族关系以及生产关系的破坏,也是对其个人信用的破坏,最终会影响到争讼之人在社会网络中的地位,并且可能损害已经作了付出并且在今后可能得到的利益。正是基于这种考虑,在很多情况下,利益受到侵害的当事人会主动放弃对诉讼权利的争取,更加愿意采用一种息事宁人的态度。^{〔92〕}因为在将来,其放弃诉讼而所遭受的损失可能会

〔88〕 虽然各个部门都聘有书吏,但刑部书吏显然是最忙的,这种忙可能并不一定是刑部需处理的事务较它部为多,主要是刑部的“官”少,所能控制的资源少。参见郑小悠:《“吏无脸”——清代刑部书吏研究》,《河北法学》2015年第2期,第60页以下;瞿同祖:《清代地方政府》,范忠信等译,法律出版社2011年版,第28页。

〔89〕 黄东海:《地方财政条件约束下的民事司法偏好——以清代州县为中心》,载《南京大学法律评论》2014年秋季卷,法律出版社2014年版,第123页以下。

〔90〕 张传玺认为中国古代土地私有制的确立经历了九百年,参见氏著:《论中国古代土地私有制形成的三个阶段》,《北京大学学报(哲学社会科学版)》1978年第2期,第46页以下。

〔91〕 参见秦晖:《古典租佃制初探——汉代与罗马租佃制度比较研究》,《中国经济史研究》1992年第4期,第58页以下。

〔92〕 实际上这种息事宁人正是追求的目标,只有息事宁人才能维持既有人际关系,旧有的信用体系才能继续发挥作用,所以“他们不要求什么权利,要的只是和睦相处与和谐”。参见前引〔3〕,达维德书,第487页。

以其他的方式得到补偿。基层官员鼓励息讼，实际也正是看到产权制度的这种特点以及对旧有社会网络的维护。^[93] 文献中许多古代官员做出的息讼判决，实际上便是基于这种考虑。^[94]

由于产权在很大程度上是共享的，若在亲族之间交易，其交易成本较低。在交易成本接近零的社会中，制度可以自我实施而无需第三方强制参与。即使发生纠纷，也可以通过集体内部的解决机制很方便地加以解决。这是无名氏定理以及反复博弈理论的体现。进入现代社会之后，人的交往圈子无限扩大，不断创建新的社会关系，博弈参与人不断在变化，彼此并不了解，也无从得知其预期行为，因此处理纠纷必须依靠国家设定的中立机关。

中国古代社会是一个自在自为的社会，这种自在自为不仅表现为其自然经济的属性，还表现在这个社会的秩序修补机制上，即表现在人们之间纠纷的解决上。这是一个“不大受外来压力的干扰”而高度均衡的社会，^[95] 矛盾和纠纷并不需要国家的参与，在成员之间通过这个社会自有的力量便可以化解，使社会重归平衡。^[96] 中国古代究竟是息讼还是健讼，学者们对此有着不同的认识。^[97] 应当说，随着社会经济的发展，经济形态越来越重视个人在经济中的作用。随着人口的增长，人口与土地的矛盾愈发显现。^[98] 个人权利意识逐渐觉醒，作为个体的人要求维护自己的权利，但是由于权利上缠绕着各种制约因素，导致其无法在实际生活中顺利地实现。

在一个所有权明晰的社会，每个人都享受着所有权所带来的利益，同时也承担着维护其所有权应付出的成本，利益的获得者应承担相应的义务。因此，明确的所有权有利于社会管理成本的降低，并使社会走向良性发展的道路。这就是所谓所有权内化了各种经济行为的外部性，使社会成本和社会收益等于私人成本和收益。^[99] 中国古代产权不明晰，导致土地资源的利益无法为个人完全享受。所以，息讼不仅是国家基于治理成本考虑做出的选择，同时也是普通百姓基于个人利益做出的理性选择。息讼可以在一定程度上将经济行为的外部性内部化，使得社会从经济上重归平衡。这可能也是中国古代宗法集权社会长期僵而不倒的原因之一。

结 语

生产环境以及生产方式对人们的行为有很大的影响，并因此影响调整人们行为的制度

[93] 如西汉韩延寿为冯翊太守时，“有昆弟相与讼田自言”等，参见张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社1997年版，第279页。

[94] 如蓝鼎元对于兄弟争产之判决：“今以此田为汝父祭产，汝弟兄轮年收租备祭”，参见（清）蓝鼎元：《鹿洲公案》，群众出版社1985年版，第123页以下。

[95] 参见[英]约翰·希克斯：《经济史理论》，厉以平译，商务印书馆1999年版，第14页。

[96] 人与人之间的交往经过多次反复，彼此十分了解对方的行为，从而建立起良好的信誉以换取长远的利益。See James W. Friedman, *A Non-cooperative Equilibrium for Supergames*, 38 *The Review of Economic Studies* 1-12 (1971).

[97] 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，第815页以下。另见[马来西亚]陈玉心：《清代健讼外证——威海卫英国法庭的华人民事诉讼》，赵岚译，《环球法律评论》2002年秋季号，第350页以下。关于息讼的讨论较多，此处不一一指明。

[98] 人口与土地之间的矛盾引发产权制度的建立，并最终导致更为复杂的产权制度设计，参见前引[11]，诺思书，第111页以下。这一理论在明清时期有所体现。

[99] 德姆塞茨对所有权的的作用进行过深入分析。See Harold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, 57 *American Economic Review* 347-359 (1967).

规则。这些调整方式不断重复、适用、沉淀、淘汰，由此形成了与众不同的法律传统，所以法律传统的形成受到生产方式的强烈影响。^[100]中国古代生产环境的一致性决定了政治以及法律制度的统一，并由此要求思想的统一。儒家思想集合各家所长对其自身加以改造，应势而发，确立其主流地位。由于生产技术的发展受到压制，生产水平一直徘徊不前，效率与成本一直是统治者所需要重点考虑的因素。统治者因此不愿过多承担社会公共职能，选择效率更高的刑法作为统治工具并且积极倡导无讼，充分利用家法族规等非正式制度来进行社会治理，从而可以转嫁治理成本。统治者的这些做法也得到了生产关系的回应，熟人社会的信用关系以及产权关系为制度做出了自己的安排。这些因素铸造了中国社会的法律传统。由于心理状态、文化传统以及经济条件三者的互相锁定，在经济条件已经发生了较大变化的今天，这种传统仍然不时发挥着作用，影响着当今的法律实践。

Abstract: The formation of legal tradition follows its own rules, which could be found not only in the legal system itself, but also in social realities, in particular the economic reality, in which the legal tradition has formed and developed. Economic analysis can also be applied to the research on the development of law and the characteristics of this process. Agrarian economy under consolidated production conditions directly contributed to the establishment of the dominant position of Confucian theory, and the requirements put forward by Confucian theory on public functions performed by the state had upheld and continuously reinforced this status. Because of the concentration of economic and material resources in the ruling class, efficiency tended to become the main objective pursued by social governance and criminal law became an important branch of state law. Because of the lack of the tradition of legal research and the inability of institutions to be born inside society itself, path-dependence had enabled the criminal law to keep its dominant position in the Chinese legal system for a long period time. The dilemma of dissemination of state law and the distinct social credit system had contributed to the status of informal institutions in society, and eventually influenced the formation of the legal system. As a result of the limitation of judicial resources and the property rights relationship under the social credit system, “preventing litigation” became a common goal pursued by both the state and the common people.

Key Words: legal tradition, economic rationality, conditions of production, pursuit of efficiency, path dependence, credit system

[100] 马克斯·韦伯对思想因素和生产方式的探讨可能适用于单一的或简单回合的场景，即某种思想促进了某种生产方式的产生这一单向度的状态，但若是论及某种思想的长期流传以至成为“某类人群的群体意识”这种复合且多次往复的场景时，没有生产方式的加固而仅依靠信仰是难以想象的。