

# 国家的刑法与社会的民法

## 礼法分野的法律经济学解释

张维迎\* 邓 峰\*\*

**摘 要** 对中国古代“重刑轻民”“法治落后”的批评由来已久,对礼的性质和定位也是学术界始终面临的困难问题之一。近几十年的法学发展,对法的社会治理功能有了新的理论认识,触发对法的内涵和外延的重新理解。结合近年来法律经济学,特别是博弈论对社会规范及其与法律之关系的研究,传统中国社会的治理规则可以从规则的形成和执行两个维度分析,既可以是专业化的,也可以是非专业化的;既可以是国家垄断的,也可以是分散演化的。对中国古代法律体系的认识,应当抛弃受制于“法=国家法”的观念,将礼法理解为法律规则的不同执行体系,即国家垄断执行的刑法和社会分散、复合执行的民法(礼)。礼法之间的关系是事前的等级化产权分配规则和事后的刑罚之间的关系。礼法分野在社会治理层面上的法律部门分工,更多的是小政府下的社会分权治理模式,对维持两千年来中国古代社会以及中国传统文化的稳定和统一,起到了关键性的作用。

**关键词** 援礼入法 重刑轻民 法律的私人执行和公共执行 社会规范

中国人最深刻了解、最精心培育、最致力完善的东西是道德和法律。  
——伏尔泰

\* 北京大学国家发展研究院教授。

\*\* 北京大学法学院教授。本文的思路和一些观点在写作过程的十余年内,曾陆续与哈佛大学杜维明、黄万盛,台湾中央研究院张伟仁,北京大学法学院朱苏力、李启成、张骥、强世功,中国人民大学清史研究所曹新宇等讨论,并得到了李启成在文献上的帮助。感谢匿名审稿人非常重要的批评和修改建议,特此致谢。文责自负。

## 一、问题的提出：传统中国社会没有民法吗？

中国的法律以及法学不断西化已有百年之久，五四传统已经深深植根于众多学科之中。20世纪初期作为特定历史时期所引入的法律观念，更多地受到当时的解释法学和权利法学的特有视角制约。不符合康德或奥斯汀思维模式的中国传统法律制度，无论称之为“儒法交融”，“法律的儒家化”，或者“儒家法律传统”，常常会受到“普罗克鲁斯忒斯”(Procrustes)式的批判。诸如“重刑轻民”“私权不发达”“缺乏公民社会”等观念，已经成为一种对传统中国法律制度的主流解释。这种观点所派生的一个结论是中国传统的成文法中民事规则的短少，〔1〕但它却是建立在一系列特定概念之上的：法律等同于国家垄断的法；确定和统一是国家法的核心特点；法律应当由国家法院集中执行等。在我们看来，这是一种对法律的特定的狭隘化理解。

观念是用来理解现实的，同时也形成现实。一旦这样的狭窄化法律观念进入到“变法”的思维甚至实践去改造社会，就会制约我们的现实选择。民法规则的不断国家化，乃至民法典的出现，构成了改革开放40年来中国法治建设的一个重要特点。和这一进程相关，一些理论上的误读，比如“法律上的产权界定是市场交易有效的前提”（对科斯定理的过度甚至错误诠释），更加剧了统一集中立法规则供给的冲动。然而，现实是，从法律的实现效果来看，40年来民事法律规则不断增多的同时，法律实施的一般效果不断下降。当前的法学研究中缺乏比较扎实的实证研究，但有些粗略的数据可以验证。按照工商部门的统计，我国合同履约率在上世纪九十年代初时可以保持在70%左右，当时既没有合同法，也没有物权法，而进入本世纪则下降到了50%；采用书面合同交易占整个交易的比率不过在30%左右。〔2〕另有统计显示近年来的履约率在60%。〔3〕显然，合同法正式法律规则的增加，在过去20多年内是最明显的领域，但是现金交易的增加（与之对应，信用交易的减少），很难不让人去质疑合同法对交易的支持程度受到了现实具体制度和环境的制约。这些粗略统计的数据，其含义也可能会有其他解释。我们不能由此直接推断这些法律规则是没有起到效果的，但至少有理怀疑，正式法律规则（今天的模式可以称之为“重刑也重民”）中更多的民事规则及其执行，对社会经济生活是否

〔1〕 对此，既有的研究中也有一些不同的论断，比如黄宗智关注的是地方官员对民事案件的处理，参见黄宗智：《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；《法律、习俗与司法实践：清代与民国的比较》，上海书店出版社2003年版。但他仍然是从国家法院处理民事纠纷的角度论证的。另有一些比较特别的观点反对“重刑轻民”的论断，但认为是以行政法为主，参见艾永明：“中华法系并非以刑为主”，《中国法学》2004年第1期，第154—162页。这是对昂格尔所提出的中国古代法是官僚法的一种复述。比较主流的观点认为中国古代并非无民法，而是没有法典编纂，但总体上不发达，故而对古代民法的研究是找寻散落在各种法律典籍中的规则，这构成了古代民法的考古式研究的主要方向。参见张晋藩：“论中国古代民法研究中的几个问题”，《政法论坛》1985年第5期，第3—15页。

〔2〕 参见辽宁省企业（合同）信用协会：“合同履约：信用体系建设中的重大问题”，《工商行政管理》2006年第16期，第16—17页。

〔3〕 参见IUD领导决策数据分析中心：“‘中国进入高成本时代’系列分析之十 我国交易合同履约率只有60%”，《领导决策信息》2009年第7期，第27页。

产生了所期望的作用。

“重刑轻民”等说法也和诸多的法律、国家、社会乃至宪政理论相关。这些随手拈来：韦伯式的正式化规则体系与资本主义发展之间的正向关系；中华法系的认识和再构造；是送法下乡还是面向本土资源；法治是否以某种特定的政治制度为条件；等等。在这种相互交错而彼此支持的命题中，有一个判断显然是颠倒了观念和现实：有着两千年连续性的儒家社会（非指政权），难道真的不存在处理民事纠纷的“民法”？

在我们看来，作为规则的礼——不仅仅是狭义的三礼（周礼、仪礼、礼记）中正式表述的规范，而是以其为主导和作为核心内容的，包括习俗、乡规民约等社会规范的综合体——充当了中国古代社会的民法职能，其内容属于与利益相关的财产权利分配和纠纷解决机制。如果我们不是用狭窄的法的定义，而是从法律在社会治理中的功能视角去看，礼，而不是“法”，构成了古代中国占主体地位的、更重要的、更高级层面的法律规范（“援礼入法”“春秋决狱”是按照礼的价值和规则来修订法）。礼不仅是规范，其合法性和正当性比“法”更高，更符合“天理人情”。如果考虑到君主和政权的正当性，在汉代以后，刑法的合理性受制于在多大程度上遵循了儒家理论或其正义观念，礼还是中国古代的宪法。

礼是社会执行的，也是受到国家法支持的正式民事规则系统。将法律作为社会治理的主导工具，或基于合法性或者冲突分析，或基于社会效率，在庞德之后成为重要的法学方法。基于法律经济学，特别是博弈论在近30年来发展的社会规范（social norm）理论作为理论框架，本文将分析礼作为法律的功能特性，并进而说明礼——法二元结构的制度含义。命题如此重大，不可能在短篇内做出完整论证和充分阐释。本文仅仅是提出基本观点和作出初步分析，以就教于学界同仁。

## 二、国家法和社会法

认为中国古代“有刑无民”“重刑轻民”的流行观点，是一种即便是在西方学界也属于比较狭窄的法律教条主义的看法。<sup>〔4〕</sup> 这些观点将法律等同于国家（主权者）所制定的、依赖于国家暴力、由专业化的法院执行的规则。它和17世纪以来的启蒙运动，尤其是理性主义、浪漫主义哲学思潮、大陆法的康德主义传统、英美法的奥斯汀法学传统紧密相连。<sup>〔5〕</sup> 基尔克和梅特兰对这种趋向于国家中心的法律哲学观在20世纪初期提出了批评，“中世纪社会的封建主义

〔4〕 比如西方学者对礼的理解与许多流行观点相左，“我们必须将礼理解为法，一个广博的，甚至成文的，但是非正式传统的规范体，其教化力是如此之大，可以有效地控制生活中所有在其之上不存在律令制裁的领域。”See H. Partrick Glenn, *Legal Traditions of the World, Third Edition*, Oxford University Press, 2007, pp.311—313.

〔5〕 See Robert Ellickson, “Law and Economics Discover Social Norms”, *Journal of Legal Studies*, Vol.27, No.S2, 1998, pp.537—552.

模式结构受到了迫害……居于国家和个人之间的所有事物都不过是衍生的和不稳定的存在”。〔6〕这种近代法律观念成因有多重解释,但其关注于法律与权威的关系,从规则的产生到执行都是由国家垄断的法律观,强调法律作为统治者的意志,而并不关注法律在社会治理中的本质合理性和正当性,或是法律在社会秩序中的后果,是理论根源之一。20世纪以来法律与实践,尤其是第二次世界大战以来德国军国主义法律的失败,导致了权威主义或国家主义法律神话的破灭。越来越多的人认识到,法律应当具有正当性和合理性,有助于人类的合作,而不只是政府对社会的统治。〔7〕自然法在20世纪的复兴,在某种程度上也是与这样的法律观念相呼应的。

法律并不能自己判断其自身的正当性,而需要从其所实现或完成的社会实践来判断。作为社会治理的一种制度,法律的正当性或合理性的判断有不同的理论,比如法律的合法性理论、〔8〕人权理论以及正义理论等。“制度就是稳定的、受珍重的和周期性发生的行为模式……衡量高度发达的组织的真正尺度是其职能的适应性而非职能的特定性。”〔9〕从社会治理的功能上来理解法律,是法律的正当性和边界的判断依据之一。法律社会学对此进行了明确的表述。法律首先是一个分配制度,“保证人们和团体间公正而恰当(可能是最不令人反感)的分配”;其次,解决争端,“定分止争”。法律制度提供了机制、场所和程序,从而消除矛盾和解决争端;第三,创造规则;第四,“法律机构还起日常工作或记录的职能。它们充当现代世界千万项必要的或想要的交易的储存库或记忆。它们存档、保留记录,它们把交易降为有效的日常工作……这主要是现代法律制度和古老帝国法律制度的特点”。〔10〕

而从法律经济学的视角来看,法律是人类理性和行为博弈的结果。〔11〕国家垄断的法律和政治制度,不过是各种社会、共同体、群体所选择的治理机制的一种。人类在历史长河之中,创造了许多不同的社会合作机制和治理系统,其中很多甚至都不一定是独立存在的“规范”。〔12〕人类智慧、理性所创造的种种机制,都表明人与人之间是可以理性合作的,这是科斯定理的哲学含义,其展开也界定了法律的边界。科斯定理是和国家垄断的法的理论根源——

〔6〕 F. W. Maitland, “Moral Personality and Legal Personality”, in H. A. L. Fisher (ed.), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, Vol.3, Cambridge University Press, 1911, p.310.

〔7〕 See Neil K. Komisar, *Law's Limits: The Rule of Law and the Supply and Demand of Rights*, Cambridge University Press, 2001, pp.12-22.

〔8〕 See Tom R. Tyler, *Why People Obey the Law*, Yale University Press, 1990, pp.19-30.

〔9〕 (美)塞缪尔·P·亨廷顿:《变化社会中的政治秩序》,王冠华等译,生活·读书·新知三联书店出版社1999年版,第12-14页。

〔10〕 (美)弗里德曼:《法律制度》,李琼英、林欣译,中国政法大学出版社1994年版,第19-22页。

〔11〕 参见张维迎:《产权、政府与信誉》,三联书店出版社2001年版,第36页。

〔12〕 See Kenneth J. Koford and Jeffrey B. Miller, “Habit, Custom, and Norms in Economics”, in Kenneth J. Koford and Jeffrey B. Miller (eds.), *Social Norms and Economic Institutions*, University of Michigan Press, 1991, pp.21-36.

霍布斯定理相对的。<sup>[13]</sup> 在信息交流相对充分,交易成本足够小的情形下,人们出于理性(尽管是自利的)也可以通过谈判来分享剩余。而在交易成本比较高的情形下,人们可以选择不同的治理机制,尤其是组织、团体、长期合作关系和网络化的交易关系等,<sup>[14]</sup>来提高信任和完成合作。在西方化的现代社会结构中,这包括私人合同、社会规范、市场以及法律等等,<sup>[15]</sup>这些治理机制都构成了对法律的替代或补充。那种认为交易成本高的时候,合作必然要进入国家法(法对产权的分配)的观点是对科斯定理的错误解读。

具体而言,人与人之间的合作出现了困难,当事人的不同支付(pay-off)结构、信息、理性和所处的环境,决定了他们之间可以通过策略性行为达成合作结果。当形成稳定的博弈/交易结构的时候,就产生了规则,包括产权、占有、互惠以及解决搭便车等行为的概念和规则。稳定的纠纷解决的策略方案,最早被谢林称之为“聚点”(focal point,也称谢林点)。<sup>[16]</sup>之后萨登分析了稳定的规则如何通过演化形成。他将这种当事人之间自发衍生的规则,称之为“自然法”。“围绕着惯例(基于博弈产生的稳定均衡,进而形成的产权惯例)而成长的道德规则,是下列原则的具体展开:合作原则。R是在某个社区中,重复博弈中所选定的策略。这种策略是任何个人服从R,其对手将也会这么做,这对其是有利的。如果每个人都这么做,那么每个个人都有道德义务去服从R。”<sup>[17]</sup>而“……霍布斯似乎宣称这个问题在自然状态之下并无解决方案,协议只能在一个所有人之上的并且具有充分力量来迫使所有人遵守的‘共同权力’下才能缔结”。<sup>[18]</sup>

从社会合作的视角来看待法律在社会治理中的存在,可能是20世纪法学最重要的转折和贡献。卢埃林的商业现实主义,<sup>[19]</sup>赫斯特、麦考莱等人对市场交易规则和惯例在实际社会生活中的主导作用的强调,富勒将互惠作为服从和执行法律的基本渊源,<sup>[20]</sup>以及与这些法律思想结合的制度经济学、新制度经济学、法律经济学,都重新强调了从合作而不是恐吓、威慑和强制出发来理解法律乃至制度。

[13] See Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law and Economics, Fourth Edition*, Addison-Wesley Longman, 2004, pp.85-91.

[14] See Oliver E. Williamson, "The Economics of Governance", *American Economic Review*, Vol. 95, 2005, pp.1-18.

[15] See Ramon Casadesus-Masaneil and Daniel F. Spulber, "Trust and Incentives in Agency", *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Vol.15, 2005, pp.43-103.

[16] Thomas C. Schelling, *The Strategy of Conflict*, Harvard University Press, 1960, pp.55-56.

[17] See Robert Sugden, *The Economics of Rights, Co-operation and Welfare*, Basil Blackwell Ltd., 1986, p.172.

[18] Ibid., p.163.

[19] 对这种转变,按照霍维茨的说法,是两种不同道路的争夺。See Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law: 1870-1960*, Oxford University Press, 1992, pp.222-230. See also Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, 1995, Chapter 1. See also Stephen B. Presser and Jamil S. Zainaldin, *Law and Jurisprudence in American History: Cases and Materials, Sixth Edition*, West Publishing Co., 2006, Chapter 6.

[20] See Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, 1964, pp.96-97.

社会规范是国家法的第一个替代,这在法律经济学中已经得到了非常广泛的研究。社会规范和法律的共同点在于其能够协调预期、激励合作以及显示信号,<sup>[21]</sup>可以大致划分为理性限定(rationality limiting)、偏好变异(preference changing)和均衡筛选(equilibrium selection)三种功能和类型。<sup>[22]</sup>与国家法的专业化产生不同,社会规范是非正式规则系统,来源于社会成员的群体共识,<sup>[23]</sup>尽管“制度企业家”(norm entrepreneur)<sup>[24]</sup>在其产生过程中会起到重要甚至根本的作用。在执行方面,社会规范与国家法也不同。国家法常常被认为是少数人、专业化机构(如法院、警察)执行的,而社会规范则是依赖于社会成员的共识、抵制、声誉等其他惩罚方式来执行的。而后者常常形成了对前者的制约,“正式制度的有效性依赖于丰富多样的非正式制度”,<sup>[25]</sup>良好有效实施的法律必须要与社会的价值、信念体系相一致。

在这种社会合作的多元机制中,以制度为研究对象的现有研究,可以根据私人交易中的可验证性和可执行性,对更多的社会合作机制作出进一步的划分。

表1 交易的执行和社会制度

	执行条件	社会制度	核心概念
第一方执行(自我执行)		共同价值、信念、宗教、非理性信任	信念
第二方执行(对手执行)	可观测性	企业组织、抵制、社会网络、层级组织、声誉、互惠、理性信任	权力、单方制裁权
第三方执行	可观测性 + 可验证性	商人法、社会规范、制定法	权利(基于规则和合法性的权力)

国家执行的法,和其他的社会制度,都属于第三方执行的规则体系。在这个意义上,我们仍然遵守了对法作为一个正式的“编码化规则系统”(codification)<sup>[26]</sup>的普遍认识,尽管自古至今有不同的诸如习惯法、自然法(阿奎那)、道德法(康德)、自由法(哈耶克)等等的表述,但这些并不属于人类创造的编码系统和公开的、系统的规则体系,尤其是制定法和判例法(与子产“铸刑鼎”之前的贵族判例法相对)。同时,基于得到社会成员认可的规则系统,都可能出现个

[21] 参见张维迎:“法律与社会规范”,《比较》2004年第11期,第158—194页。

[22] Kaushik Basu, “Social Norms and the Law”, in Peter Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and Law*, Macmillan, 1998, pp.476—480.

[23] See Jon Elster, “Social Norm and Economic Theory”, *Journal of Economic Perspectives*, Vol.3, 1989, pp.99—100.

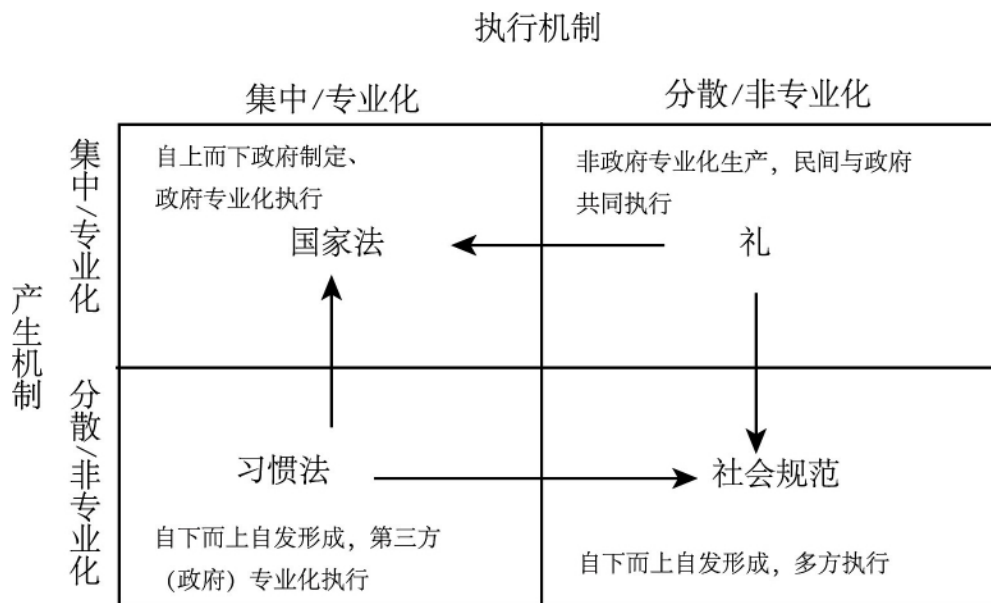
[24] 参见张维迎:《博弈与社会》,北京大学出版社2012年版,第361—362页。

[25] Robert D. Cooter, “Three Effects of Social Norms on Law: Expression, Deterrence, and Internalization”, *Oregon Law Review*, Vol.79, Issue 1, 2000, pp.1—22.

[26] See Max Boisot, *Information Space: A Framework for Learning in Organizations, Institutions and Culture*, London: Routledge, 1995, p.42.

人在特定情形下的对利益获得的正当性,而这常常在经济学中以宽泛的“产权”来指代。因此,经济学中的“产权”可以通过多种制度得到实现,并不限于国家法之中。再次,正式的第三方规则体系也不同于类似于《古兰经》之类的更多集中于价值、信仰的宗教版本。<sup>〔27〕</sup>在与国家法的并行或对立上,礼似乎和《古兰经》相似,但后者与财产相关的产权制度则处于制约和对立状态。<sup>〔28〕</sup>

基于前述我们对“法”的理解,在第三方执行的、公开系统的规则体系中,可以作出进一步的划分。图1概括了社会治理规则在产生和执行上的四种不同的组合:①专业化生产并专业化执行;②专业化生产但非专业化执行;③非专业化生产但专业化执行;④非专业化生产且非专业化执行。这里,执行上的专业化是指国家执行,生产上的专业化可以指国家制定,也可以指非国家制定,如传统中国社会“礼”的产生所显示的。传统意义上的法律仅指第①类,可以简称为“国家的法律”。<sup>〔29〕</sup>我们将非集中化、非专业化执行的规则(包括上述第②和第④类,一定程度上也包括第③类)称为“社会的法”(民间法)——不是法律内的社会法的概念。



〔27〕 对印度教的讨论,参见 M. V. Nadkarni, “Does Hinduism Lack Social Concern?” *Economic and Political Weekly*, Vol.42, 2007, pp.1844—1849.

〔28〕 See Soharb Behdad, “Property Rights in Contemporary Islamic Economic Thought: A Critical Perspective”, *Review of Social Economy*, Vol.47, No.5, 1989, pp.185—211.

〔29〕 即便在严格的国家法概念下,法律人也会承认缺乏强制执行力的国际法是法。国家法中也确认可以在穷尽正式规则的时候引入社会习惯。国家法体系中也存在着自治团体的规则例外(职业团体、交易所、商事仲裁)等。

对国家法之外的规则系统,法律经济学家常常关注两个例子:专业化产生、解释和不依赖于国家暴力执行的商人法(Law Merchant),以及遵循习惯而产生,但私人自我执行的冰岛古刑法。12—17世纪欧洲的商人法是一套完整的、专业化的法律规则体系,商人法庭的“力量”并不在于强制力,而是在于对行为的记录和报告。它是没有执行庭的法院,只对当事人的责任加以确定,履行判决是自愿的,但对是否履行判决作出记录。这是一个借助于声誉机制的行为记录系统。经济学家通过数学分析论证了这种制度持续存在的可能性——用专业术语来说,纳什均衡解的存在。<sup>[30]</sup> 这种理论证明得到了许多经济史学家的研究证实。<sup>[31]</sup> 它不断地扩大到体制之外,最终变成了国际准则,“超越了地方法律和习惯”。<sup>[32]</sup> 非独商业领域,在刑法上也长期存在着对犯罪的私人执行。10—13世纪的冰岛,其法律系统对所有违法行为均采用货币赔偿。纠纷解决的“初级法院”法官由原告各自指定对半的人组成,惩罚则采用联合抵制方式私人执行。同时,所有的法律权利均可以自由转让,是一个典型的市场化的权利体系。<sup>[33]</sup> 这个数百年存续的制度,司法裁判和执行都采取了私人执行的方式。

在大多数社会和大多数时间内,无论是从行为的严重性程度上,还是从调整目的,抑或救济方式上,作为规则系统的法律产生和执行上都并不一定属于国家垄断的、固有的。尽管在大多数社会的大多数有文字记载的历史中,存在着这种分工:国家垄断执行针对较为严重的犯罪行为的刑法。

### 三、礼法制度的分工

礼是中国制度的独有或典型特点。当然,本文中所述的礼,并不仅仅限于通常以文本方式表现出来的三礼规范,而是由其衍生和统帅的,并以其精神贯彻其中的,融地方与村社自治、教化、士绅和宗族长老纠纷解决、民间调解为一体的现实中的“规则体系”,即作为制度存在的礼。<sup>[34]</sup> 传统社会存在着社会规范层面上的“俗”“习”,乃至“风”,存在着职业群体间的行规,

[30] See Avner Greif, Paul Milgrom, and Barry R. Weingast, “Coordination, Commitment, and Enforcement: The Case of the Merchant Guild”, *Journal of Political Economy*, 1994, Vol.102, No.4, pp. 745—776.

[31] 关于商人法的执行、兴起和衰落等问题,参见 Leon E. Trakman, *The Law Merchant: The Evolution of Commercial Law*, Littleton: Fred B. Rothman and Co., 1983, p.10.

[32] 关于商人法与现代商法乃至整体法律制度的关系,参见 Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of Western Legal Tradition*, Cambridge: Harvard University Press, 1983, p.342.

[33] See David Friedman, “Private Creation and Enforcement of Law: A Historical Case”, *Journal of Legal Studies*, Vol.8, p.406. Friedman对冰岛古代法律制度进行了详细的阐述。

[34] 我们借鉴了萧公权广义的礼的概念,参见萧公权:《中国政治思想史》,新星出版社2005年版,第70、74页。



但它们和国家法一样,在历史长河中不断受到礼的浸润甚至主宰。三礼是礼的标准文本,更多集中于“国家典章”“君子教化”“社会交往”,其内容甚至更多是对公共领域,以及对“君子”的具体行为的调整。从部门法的角度来说,礼的内容包括了今天的诸多法律部门,从宪法、行政法、经济规制、婚姻家庭以及本文所强调的民法。张千帆注意到了礼在国家治理中的重要程度和作为规则的地位,将其界定为古代中国的宪法。<sup>[35]</sup> 这和中国古代法律的起源以及国家的职能(国之大事,在祀与戎)是相吻合的。但礼及其延伸的规则,还包括着非常具体,甚至达到琐碎程度的对个人、家庭、家族等行为的具体规则,“缘人情而制礼、依人性而作仪”(《史记·礼书》),这些规则构成了私人之间合作和交往的准则,其中包含的内容,在我们看来,更多是一种社会生活中的“财产权分配”,尽管其表述和具体表现形式多种多样。

不仅如此,礼更多带有道德价值和正义观念,通过礼治所强调的“教化”,指示、引导人们的行为,“内化”到个人的日常生活之中。经过儒家改造或者精神注入之后的礼,更要与“仁”(正义)相一致,“仁为那些在儒家社会中起整合作用的所有其他的伦理规范提供了意义……礼基本上则是社会关系的概念……礼可以被看成是仁在特殊社会条件下的外在表现”。<sup>[36]</sup>

当然,礼在中国传统社会中也是不断变化的,其与国家法之间的关系,在不同的朝代也有所损益。<sup>[37]</sup> 本文更多地是从宏观层面考察其在汉代以后的社会治理中的功能和进化过程中的理性。一是在帝国时代律的地位上升,并且礼律分野成为中国社会治理的一个非常具有特点的机制;二是礼本身经历了孔子的“礼仁相通”的改造,并由儒家知识分子的诠释,而成为一个贯通个人修身和治理家国的规则体系。

对礼是中国典型的规则体系,以及礼作为一套规则系统,没有太多的争议。但由于其并不属于国家垄断制定和执行的规则体系,局限于国家法概念的批评常常集中于两个方面:第一类批评是基于其与西方近代之后的法治化模式相对比,将其等同于社会规范,而非法律制度。这些解释,将礼看成是社会规范或习惯,它注意到了经过儒家改造之前的礼的来源。礼是对先秦社会中的社会规范、风俗吸收之后,由周公制度化而形成的。但它忽略了礼作为社会治理机制的功能,即作为社会执行的法的特色。第二类批评则是基于天赋人权、人人平等现代法律的价值基础而作出的。中国古代的身份等级的确和现代法治格格不入,但身份等级在任何社会中都持续过很长时间。我们无意对这些与当代价值冲突的部分为“礼”辩护,而是关注其作为社会治理的效率和特定时期的正当性,而非其现代正当性。

考虑到礼、法、刑、律,以及相关的乐、政等的紧密关系,在简单批评“重刑轻民”的观点之

[35] See Zhang Qianfan, “Tradition and Modernity: On the Characterization of *Li* as a Constitution of Society”, *Law Bulletin*, Vol.2, 2000, pp.29-38.

[36] 杜维明:《一阳来复》,陈引驰编,上海文艺出版社1997年版,第253-254页。

[37] 在汉代儒家取得主导地位之后的礼法结合,中国法制史学界对此也有不同的看法,大致上可以分为两类,较为传统的看法是受瞿同祖先生的影响,认为是一个“儒法结合”不断强化的过程,另一种认为不同的朝代间的差异和变化较大。

外,中国诸多的史学家和法律史学者则大多基于礼的分化强调了在先秦之前礼本身是法。刑、律未从礼中分化并单独出现之前,礼本身包含法。<sup>[38]</sup>而黄源盛则明确在西周时代,礼法是互补相辅的。礼主要调整民事的、行政的法律关系,刑主要调整刑事法律关系。<sup>[39]</sup>严复则在《法意》中以按语方式明确指出中国对法的理解分疏更优,“中国理想之累于文字者最多,独此则较西文有一节之长。西文‘法’字,于中文有理、礼、法、制四者之异译,学者审之”,<sup>[40]</sup>更明确地肯定了礼属于法律,列举了其渊源:

所谓民法,则私律也。吾国刑宪,向无此分,公私二律,混为一谈。西人所谓法者,实兼中国之礼典。中国有礼、刑之分,以谓礼防未然,刑惩已失。而西人则谓凡著在方策,而以令一国之必从者,通谓法典。至于不率典之刑罚,乃其法典之一部分,谓之平涅尔可德(penal code,本文作者注),而非法典之全体。故如吾国《周礼》、《通典》及《大清会典》、《皇朝通典》诸书,正西人所谓劳士(laws,本文作者注)。若但取秋官所有律例当之,不相侔矣。<sup>[41]</sup>

阎步克则提出古代社会存在着俗、礼、法的三元社会规则体系的划分。“在一个相对意义上,‘俗’、‘礼’、‘法’分别指示着不同性质的政治文化形态,并且在社会分化程度的视角之中,所谓‘礼’,是处于‘乡俗’和‘法治’之间的。”<sup>[42]</sup>

在这些论断基础上,并基于法律功能主义的视角,我们的观点是:礼治,作为一个规则体系和运行制度,兼有社会执行的法和社会规范的特性,并且对日常的私人生活起到了现代社会中与民法相同的功能。礼与法(律、刑)的分工,在中国古代,在规则特性、价值取向等方面并无太大不同,其主要区别是:第一,在执行上,两者的根本不同在于,礼是融自我执行、分散执行、专业执行和公共执行于一体的法律规则体系,而刑律是国家垄断的公共执行;第二,在产生上,礼是民间但专业化产生、解释,同时兼具国家专业化产生、解释的特点,而刑律是国家垄断制定和解释的。这种专业化产生方式,需要其内在地构成逻辑一致的规则和明确的实施标准,与专业执行的特点结合起来,使其有别于社会规范;第三,在内容上,礼是一套产权分配体系,而私人交往中的相应合同、赔偿责任等规则,是由这种分配正义式的产权分配规则决定并可以衍生适用的,这决定了礼和现代民法履行了相同的功能。礼同时兼具“国家法”“商人法”“冰岛古刑法”等规则体系的特点,但无论产生还是执行上,国家并不起主导作用,故可以称其为“社会的

[38] 章太炎则认为礼在周代也包含刑,他在《检论·礼隆杀论》指出,“礼者,法度之通名。大别则官制,刑法、仪式是也”。参见章炳麟:《章太炎全集》(第3册),上海人民出版社1984年版,第399页;萨孟武:《中国政治思想史》,东方出版社2008年版,第3页。李贵连先生也将西周礼治界定为贵族法治。参见李贵连:“从贵族法治到帝制法治”,《中外法学》2011年第3期,第459—483页。陈寅恪也强调两者的混通,“礼律古代本为混通之学”。参见陈寅恪:《隋唐制度渊源略论稿》,三联书店2001年版,第115页。

[39] 参见黄源盛:《中国法史导论》,元照出版社2012年版,第129页。

[40] (法)孟德斯鸠:《法意》,严复译,商务印书馆出版社1981年版,第2页。

[41] 同上注,第7页。

[42] 阎步克:《士大夫政治演生史稿》,北京大学出版社1996年版,第79页。

民法”。〔43〕

对同一种不当或非法行为,采用不同的惩罚或责任,在任何时代都是非常普遍的。英国在18世纪仍然广泛采用监禁方式处罚无法偿债的债务人;美国在19世纪中下叶,仍然存在许多私刑现象。〔44〕古代中国存在宗法的私刑,我们今天社会中也存在着诸多的“私了”(刑事问题私人解决),以及诸如“侵占罪”(私人问题刑事解决)等法律现象。虽然内容有所不同,但古代刑法和民法的调整对象具有很大的重合性。“同一规范,在利用社会制裁时为礼,附有法律制裁时便成为法律。”〔45〕

从内容或者调整对象上区分刑法和民法并不清晰。两者的分工,用现代法理的观点总结,表现在:①主观动机和行为程度不同:过失、错误行为大体上属于民事,而故意、严重伤害行为则属于刑事;②救济方式不同:民法以赔偿救济受害人,刑法以体罚、监禁等惩罚施害人;③程序不同:民法由受害人请求(民不告官不究),刑法由第三方(国家)起诉(民不告官也究)。〔46〕

在法律经济学上,刑法和民法是两种不同的激励机制,两者的划分更多表现在是公共执行还是私人执行。〔47〕这在既定社会的约束条件下,是由信息、成本、收益和执行后果等因素决定的。〔48〕首先,信息分布会影响到执行方式,如果被害人可以确认加害人的身份,私人赔偿是可行的;但如果发现或识别加害人的可能性很低,或者私人成本太高,社会就需要采用公共机关来侦察、控诉(检察)。其次,违规行为的外部性大小会影响到执行方式的选择。如果侵害行为只给有限的个体或少数人带来损失,私人执行较为有效;但如果侵害行为的受害人范围较广,每个受害人缺乏足够的积极性实施惩罚,则公共执行更为有效。比如股票市场上的欺诈行为,由于受害人众多,更适合由公共机关侦查和处罚。第三,防止恶性复仇:当私人惩罚更可能导致连环复仇时,公共执行更可取,否则以民事处之。〔49〕比如,故意的人身伤害行为如果由私人惩罚,更可能导致相互间连环复仇,公共执行可以斩断复仇链,施害人也没有能力对公共机构进行复仇,因而更可取。第四,惩罚的可信程度:当私人惩罚不具可行性,因而威胁不可信

〔43〕 这里,我们将“国家”理解为一种垄断暴力的垂直化权力机构,将“社会”理解为一个无中心的横向网络结构。

〔44〕 参见丁林:“林奇堡·民众私刑·多数的暴政”,《万象》第2卷第4期,辽宁教育出版社2000年版,第1—9页。

〔45〕 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局出版社1981年版,第221页。

〔46〕 See Kenneth Mann, “Punitive Civil Sanctions: The Middleground between Criminal Law and Civil Law”, *Yale Law Journal*, Vol.101, Issue 8, 1992, pp.1796—1873.

〔47〕 开创性的文献,参见 Gary S. Becker, “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, Vol.76, No.2, 1968, pp.169—217. 按照有些学者的列举,自1968年之后,大约有超过200多篇论文发表讨论这一问题。参见 Nuno Garoupa, “The Theory of Optimal Law Enforcement”, *Journal of Economic Survey*, Vol.11, No.3, 1997, pp.267—295.

〔48〕 以下参照了 Steven Shavell, “The Optimal Structure of Law Enforcement”, *Journal of Law and Economics*, Vol.36, No.1, 1993, pp.255—287.

〔49〕 参见苏力:“复仇与法律——以《赵氏孤儿》为例”,《法学研究》2005年第1期,第53—69页。

时,采取公共执行,否则以民法处之。<sup>[50]</sup>比如杀人行为,或者由于受害人已失去惩罚能力,或者受害人及其亲属更倾向于货币赔偿,使得私人惩罚不可信,此时就需要公共执行。第五,责任规则:刑法以严格责任为主,民法以过失责任为主,执行方式的选择依赖于哪种责任规则更能有效地遏制不当行为。<sup>[51]</sup>第六,执行成本,包括税收成本、捕获率等。如果税收成本过高,捕获率过低,公共执行就不可取。此时,即便私人执行不足以阻止违规行为,社会也只能容忍。这也是任何规则下不可能根绝违规行为的原因。

礼刑的分野符合前述这些划分的经济理性。传统中国社会的低税收、小政府、公共执行机关少、公共产品不足的特点毋需重复。公共支出费用低制约了公共执行的边界,这包括官员尤其是警察的数量。同时,编户齐民、村社聚居、家族和邻里监视义务的配置,甚至限制人口流动和迁移的社会政策,<sup>[52]</sup>降低了非法行为人的身份确认和罪行发现成本,而主导的正义和产权分配标准——“礼”的繁杂性(见下文)要求更多的过错责任。当然,上述社会现实和礼的教化特点(见下文)也大大降低了纠纷发生的频率,或者正式纠纷处理的需要。其结果是降低了通过国家垄断法的公共执行的必要性,而使得外部性较低的私人纠纷无需上升到国家层面。反观中国古代刑法的一些一般特点,<sup>[53]</sup>也可以验证其受制于税收成本和公共执行边界的特点:以流放作为刑罚手段之一,而不是采用今天的监禁,这可以驱逐犯罪人远离原有的社区,同时省略监狱的管理成本;以强制劳役来补偿公共支出;以严酷刑罚补偿低捕获率,如实施肉刑、耻辱性惩罚;以集体惩罚降低信息成本;在刑事裁判中注重社会损害后果而淡化行为过错的严格责任倾向。

当然,上述分析只是一个“事后诸葛亮”式的解释,绝不意味着古代中国有个理性的中央权威机构设计了一个最优法律体制。中国的法律制度也是不断演化的结果。中国作为一个统一的国家是从部落战演变而来的。最初,每个部落都有自己的部落法(规则),有它处理纠纷的“乡规民约”。当某个部落(如周)征服了群体部落后,仍然会给被征服的部落一些自治权。汉代伊始,继承秦朝的郡县制度,在统一度量衡,实行中央集权体制后,仍然是“抓大放小”。对统治者来说,造反、杀人放火属于大事,当然要用刑法管;但民间纠纷属于“小”事,没有必要、也没有可能由政府统一处理。这是“重刑轻民”的国家法制度的起点和动机。

完全采用私人执行存在着约束条件,国家专业化执行的刑法也是不可或缺的:第一,如果私人违法获得的不当收益显著超过服从规则,尤其是具有道德正当性的激励的话,社会执行不能控制和约束此类行为;第二,捕获进而施加外部制裁的概率比较低的情况下,比如盗匪、骗税等,要达到相同的威慑必须提高惩罚,而社会执行不具有此类自动调整的能力;第三,事前施加

[50] 参见张维迎:《信息、信任与法律》,生活·读书·新知三联书店出版社2006年版,第132—136页。

[51] A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell, “The Economic Theory of Public Enforcement of Law”, *Journal of Economic Literature*, Vol.38, 2000, pp.45—76.

[52] 参见孔飞力:《中国帝国晚期的叛乱及其敌人》,谢亮生等译,中国社会科学出版社1990年版,第5页。

[53] 参见沈家本:“删除律例内重法摺”,载《历代刑法考》(第4卷),中华书局出版社1985年版,第2023—2027页。

规制的收益比较大的情形,采用公共执行会获得更大的社会收益。<sup>[54]</sup>对此,重刑的法家也早就注意到了这种理性。“仁者能仁于人,而不能使人仁;义者能爱于人,而不能使人爱”,“故善治者,刑不善而不赏善,故不刑而民善。不刑而民善,刑重也。刑重者,民不敢犯,故无刑也。而民莫敢为非,是一国皆善也。故不赏善而民善”(《商君书·画策》)。国家的刑法关注外部性较强、捕获率较低、事前收益大的罪行,也可以由律的进化得到验证。“(李)悝撰次诸国法著《法经》。以为王者之政莫急于盗、贼,故其律始于《盗》、《贼》。盗、贼须劾捕,故著《网(囚)》、《捕》二篇。其轻狡、越城、博戏、假借、不廉、淫侈、逾制以为《杂律》。又以《具律》具其加减,是所著六篇而已,然皆罪名之制也”(《晋书·刑法志》)。这些较早刑法中的罪名也可以充分验证前述的观点。

从这种公共执行的成本角度,我们就更能准确理解古人对“刑罚世轻世重”这一命题的矛盾心态。古代典籍中谈到乱世用重典,完整理解其上下文,其实是在强调事前治理的重要,“德衰而制肉刑”(《汉书·刑法志》),但“是时天下将乱,百姓有土崩之势,刑罚不足以惩恶,于是明儒大才……咸以为宜复行肉刑”(《晋书·刑法志》)。社会收益和成本决定了不同刑事政策的变化,而不应当将其理解为一个抽象的一般、绝对原则。同样,将儒法对立的流行观点,也经不起文本的检验,我们找不到反对完全废除律法的儒家观点,也找不到完全废除等级贵贱制度的法家观点。两者是互补的,只是依具体情形发生边界变动。

#### 四、礼作为社会执行的法律

作为一个协调一致的规则系统,礼和法、社会规范一样,对人们间相互交往、合作、联合,履行协调预期、激励合作和显示信号相一致的功能。<sup>[55]</sup>社会规范的规则形成和执行都是分散而社会化的,是自衍生性的。而礼则不同,其主要是专业化产生的,更带有法的一致、系统和强制实施的特点。从礼的形成来说,“周公制礼”(现在的解释文本是战国时候的汇编),并经过儒家知识分子群体的解释,从而使得礼具有非常典型的成文和专业化的解释特色。礼的专业化发生在孔子及后世儒家知识分子对其的重新解释之后。一方面,文本及其注释由儒家知识分子所提供;另一方面,涉及到宪政和行政层面的吉、嘉、军、宾、凶五礼,则由国家对经典文本予以接受、改编和发展(这表现在唐代之后的礼部,以及唐代之前的太常寺、光禄寺、鸿胪寺等,称呼变化多端,但对五礼的执行内容基本相同)。

礼的标准文本体现在《周礼》《礼记》和《仪礼》,也包括《尚书》中对周礼典章制度的记载,以及与之相关的儒家经典文献之中。也许不同作者、编辑者存在着不同的看法,也许在不同的时

[54] See Richard McAdams and Eric. B. Rasmusen, “Norms in Law and Economics”, in A. Mitchell Polinsky and S. Shavell (eds.), *Handbook of Law and Economics*, Vol.2, Amsterdam: Elsevier, 2007, pp. 1573—1618. See also Richard A. Posner, “Social Norm and the Law: An Economic Approach”, *American Economic Review: Papers and Proceedings*, Vol.87, No.2, 1997, pp.365—369.

[55] 参见张维迎:《博弈与社会》,北京大学出版社2013年版,第380—392页。

期对这些经典文本的解释存在着不同程度的国家垄断——尤其是通过科举制度对文本的指定等,但毫无疑问,儒家知识分子作为一个共同体对标准文本的解释构成了礼的规范样本。礼虽然存在着一个专业化的、甚至大多是民间注释的经典版本,但各地对其的采用,在某种程度上是自治的,或者说是可以因地制宜而变通的;其次,不同的执行单位(宗族和乡社)可以有不同的具体规定,这表现在“乡规民约”上。<sup>[56]</sup> 根据礼的标准文本具体化细则的方式,在宋代范仲淹的推动下,成为一个非常重要的乡村自治机制。<sup>[57]</sup>

这种由专业的,更多是民间(儒家)知识分子注释或解释,并且通过教化体系维持其规则正当性的规范体系,由分散的执行单位自行修改采纳的制度,在今天仍然是许多制度中主导型的规则产生模式,比如美国法学会或律师学会所制定的许多“标准/示范”版本的合同法、侵权法、公司法、商法等。在有些领域,比如公司债的发行合约、衍生金融产品的解释,这些注释的、解释的、示范的、指南性的规则来源,甚至是最终的规则依据。<sup>[58]</sup>

礼的执行是多重的,是由其规则中同时具有现代意义上的宪政、行政和民事规则而决定的。礼在内容上包含着道德仁义、教化正俗、争讼辨讼、社会名分、尊学事师、班朝治军、莅官行法、祝祷祭祀、共祭鬼神(《礼记·曲礼上》)。在功能上,“以奉宗庙则敬,以入朝廷则贵贱有位,以处室家,则父子亲,兄弟和,以处乡里,则长幼有序”(《礼记·经解》)。在宪政的层面上,礼制约着国家仪礼、外交事务、君主行为、朝廷典章以及政府分权和行为规则等宪政规则。当然,不可避免地,如果行政管理事务涉及到宪政层面,和今天意义上的行政法也会存在着交错。六部制中的礼部负责礼的具体公共执行,礼的规范制约着政府的具体管理行为。在国家对私人制裁层面,即今天的刑法层面上,“援礼入法”体现着对刑事规则的制约,如“亲亲相隐”“忤逆”“准五服以制罪”等。礼作为社会法,也被赋予了改变“社会规范”的作用,“移风易俗”,以主导“风”“俗”的变化。礼和俗之间的内容存在着高度的重合关系。在某种意义上,俗甚至可以通过礼的执行机制而得到正式化。

礼的社会执行是分散的。用今天经过西方法律概念和传统“格式化”过的思维来理解的话,礼是多种机制的混合。私人交往中的规则,其执行单位或机关,从汉代开始,主要包括:①基于地域而产生的乡社、村社等,“举民年五十以上,有修行,能帅众为善,置以为三老,乡一人……择乡三老一人,为县三老,与县令丞尉以事相教,复勿繇戍”(《汉书·卷一上·高帝纪第一上》),甚至将其列入了正式的管理制度,“十亭一乡,乡有三老、有秩、嗇夫、游徼……三老掌教化”(《汉书·卷一九上·百官公卿表第七上》);<sup>[59]</sup>②基于血缘关系而产生的宗族、家族,“在族长乡里之中,长幼同听之,则莫不和顺”(《史记·卷二四·乐书第二》)。比如“讼不以吏胥逮民,有宗族争者以族长,有乡里争者以里老。又或使两造相要俱至,谓之自追”(《清史稿·卷二

[56] 参见李雪梅:“石刻铭文与法律史料”,《中外法学》1999年第4期,第3—5页;参见王先明、尤永斌:“略论晚清乡村社会教化体系的历史变迁”,《史学月刊》1999年第3期,第105—113页。

[57] 参见王铭铭、王斯福:《乡土社会的秩序、公正与权威》,中国政法大学出版社1997年版,第484页。

[58] 参见邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第278页。

[59] 同时参见张金光:“秦乡官制度及乡、亭、里关系”,《历史研究》1997年第6期,第22—39页。

六五·列传第五二·陆陇其传》)。很显然,这里所谈到的“自追”是一个典型的私人纠纷解决模式。汉代以后,另外模仿这两个执行单位的,还包括在乡村中的“私社”,城市中的“商帮”“会馆”等行会组织。〔60〕

礼的专业化产生和分散采用,加上礼作为一个身份等级制度、产权分配体系的规则特点,决定了礼的适用、解释和执行带有社会分层、分级和自治的多层次法律调整的特点。这实际上通过权威的分配,将大部分的行为激励和引导职责交给了各种各样的中间层组织:家族、村社、行帮。它们本身具有制定、解释乃至执行的能力,并非全部诉诸流言(gossip)、联合抵制(boycott)、声誉等社会规范的执行方式,而是带有强制性、少数人执行,并在必要或外部性较大的时候借助国家公共执行的特点。这样,礼借助于社会权威的等级式的分权,兼具公共执行和社会执行的特点,使得它同时带有国家法的强制执行和社会规范的社会执行的双重特色。在某种意义上,这种混杂、诸法一体的规则同时兼具法律的专业执行和社会规范的分散执行的效率。除了在价值、信念上的区别之外,这种机制更符合现代法学中所倡导的“公民联合体”(civic republicanism)和“重叠共识”(overlap consensus)机制中的效率原理——当然,我们并不认为两者在其他方面是相同的。

礼作为一个价值系统,通过规则内化(internalization)也可以获得第一方执行的效果。在其分散执行的程度上达到个体将其内化为道德准则,进而形成多数人的监督执行,能够获得社会规范的效率。“社区中的社会规范,除非人们内部化它,否则是无效率的,也就并不存在。”〔61〕在符合社群价值的前提下,借助于国家支持,不仅可以获得公共执行的强制力,而且由于村社聚居等信息分布上的特点,获得社会规范中的声誉力量。〔62〕社会关系越紧密,执行就越为容易。〔63〕由于礼对君子、仁义道德等价值的一致性,在社会交往中,他人的尊重是社会规范执行力的来源之一。人们之间为了自尊而竞争,相互之间的交流和通讯等机制,可以更好地促使自尊欲望发挥作用。〔64〕这种社会规范力量依赖于自尊,与“仓廩实而知礼节”和“羞恶之心”等表述的原理是一致的。在社会治理层面,在著名的“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”(《论语·为政第二》)中就表述得非常明白,而且历代刑法志中都能看到对其作为指导原则的复述。

礼仁相通,这使得礼的规则,其中“理性限定”中的引导作用更符合日常生活的行为方式,更

〔60〕 也有学者讨论了村社自治、乡绅参与公共事务和社团自治的三种模式,参见薛冰、岳成浩:“古代中国基层自治实践对现代公共管理的意义”,《西北大学学报(哲学社会科学版)》2009年第2期,第118—123页。

〔61〕 See Robert D. Cooter, “Decentralized Law for a Complex Economy: The Structure Approach to Adjudicating the New Law Merchant”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.144, Issue 5, 1996, pp.1643—1696.

〔62〕 See Eric Posner, *Law and Social Norm*, Harvard University Press, 2000, p.16.

〔63〕 See Robert Ellickson, *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Harvard University Press, 1991, p.250.

〔64〕 See Richard H. McAdams, “The Origin, Development, and Regulation of Norms”, *Michigan Law Review*, Vol.96, 1997, pp.338—375.

容易获得正当性。“为长者折枝，语人曰：‘我不能’。是不为也，非不能也”（《孟子·梁惠王上》）。而礼治中所强调的教化，更将“偏好改变”的作用上升到了社会治理的根本原则。在古代 2000 多年的帝国统治中，中国社会始终在强调教化，“德礼为政教之本，刑罚为政教之用”（《唐律疏议·名例》）。道德教化甚至被提升到治国的根本原则的地位，即便是法家为主流的秦朝，也强调“以吏为师”的重要性，官员承担着教化的职责。这种对教化的重视，并不仅仅发挥着启发民智的作用，更多是作为社会治理的机制，作为礼的社会执行手段的意义上被主张和强调的。从儒家统治者的“治天下者，莫亟于正人心，厚风俗，其道在尚教化以先之”，<sup>〔65〕</sup>到知识分子的“王者承天意以从事，故务德教而省刑罚。刑罚不可任以治世，犹阴之不可任以成岁也。今废先王之德教，独用执法之吏治民，而欲德化被四海，故难成也。是故古之王者，莫不以教化为大务，立大学以教于国，设庠序以化于邑。教化以明，习俗以成，天下尝无一人之狱矣”（《汉书·卷二十二·礼乐志第二》），无不可以看到这种取向。外在观察者也不例外地注意到了这一特点，如法国启蒙思想家伏尔泰就说到，“礼节可以在整个民族梳理克制和正直的品性，使民风既庄重又文雅……在别的国家，法律用以治罪，而在中国，其作用更大，用以褒奖善行”。<sup>〔66〕</sup>

## 五、礼作为社会的民法

礼带有礼仪、身份等方面的特色，故而常常遭受批评。有许多指责，诸如身份等级，缺乏个体权利、对财产不够重视，等等。加上三礼文本中的很多文字内容更直接是社会交往的仪式，这似乎给人一种印象：礼更多是仪式规则。私人交往之中的现代民法中常常具备的财产、合同、侵权等制度，就很难和礼联系在一起。这种看法是错误的。礼是一套不折不扣的产权分配体系，其中的大量规范涉及到财产、交往规则，呈现出和其他宗教极其不同的特色。尽管和现代私法中的具体规则和理念不同（尤其是主体平等），但就产权分配而言，其内容构成和功能上并无区分。

礼是一套产权分配规则体系。首先，从历史上来说，礼本身和财产分配是联系在一起的，尽管这里的财产可能含义更广，应当从社会资源的角度来理解。《礼记》中的解释是“夫礼之初，始诸饮食，其燔黍捭豚，污尊而抔饮，蕡桴而土鼓，犹若可以致其敬于鬼神”（《礼记·礼运》）。陈登原先生引证《春秋说题辞》，“黍者绪也，故其立字，禾入米为黍，为酒以扶老，为酒以序尊卑，禾为柔物，亦宜养老”，指出“以上谓等威之辨，尊卑之序，由于饮食荣辱”。<sup>〔67〕</sup>礼的内容直接指向社会资源的分配。

其次，礼和产权分配相联系，并不仅仅限于土地等有体财产，而是更多基于社会治理的角度，有一种将一切可分配的资源都等级化或纳入分配正义体系的倾向。“古代社会之分财，盖

〔65〕 章梈：《康熙政要》，褚家伟等校注，中共中央党校出版社 1994 年版，第 291—294 页。

〔66〕 伏尔泰：《风俗论》（上），梁守锵译，商务印书馆 2000 年版，第 249—250 页。

〔67〕 陈登原：《国史旧闻》（第一分册），中华书局出版社 2000 年版，第 29 页。



因其位之贵贱而有差等。”〔68〕礼作为分配正义的实现机制，荀子已经表达地非常鲜明：“礼者，以财物为用，以贵贱为文，以多少为异，以隆杀为要”（《荀子·礼论篇》）。在儒家法律传统下，分配正义的原则主导着礼的具体规则，不同等级的人权利义务是不一致的。我们从历代的法律中可以看到，对住宅、衣服、器物、婚宴、丧葬、祭祀的仪式，甚至大门上用什么漆，都是不一样的，不能僭用。

第三，在私人交往的纠纷处理之中，主要是采用所有权标准，即判断谁对财产或利益拥有权利，并且以其所有的标准来判断赔偿，即“不应当失去的”（信赖利益标准）。考察中国古代赔偿规则，〔69〕可以发现，无论是财产损失，还是人身损害，标准都是基于所有权而产生的。即便是律法也要遵循所有权标准。比如财产损失方面主要出现过的制度有：①备偿（全部赔偿，主要适用于老少废疾犯罪征赃、私借官物损失、仓库被盗、仓库损坏、牧养畜产不如法和埋没官物）；②偿所减价（原物受损之后，以实际减少的价值作为赔偿标准）；③着落均赔还官（主要是针对官员在实收和应收之间的差额）。在人身损害赔偿领域，具体制度包括：①赎铜入杀伤之家，以惩罚没收为主，有时候赔偿给受害人；②断付财产养贍，恶性伤人案件之间的赔偿，标准主要是加害人的财产多少；③追烧埋银，绝大多数是过失杀人，数额是固定的；④保辜（殴人致伤，区分不同情况，立一辜限，限内由侵害人即罪犯支付医疗费用治疗，辜限内治好，可以减轻处罚，辜限内医治无效，致死、致残，各依律科断刑罚）。从上述制度可以看出，有采用损失标准的，有采用加害人财产标准的，有采用固定数额标准的，有类似于财产上的恢复原状标准的，但都属于基于财产所有而产生的赔偿标准。采用所有权规则而不依赖于过错分配为准则的赔偿是人类社会常见的规则体系，尤其是在社会规范的执行之中。在机制原理上，尽管人与人之间是不平等的，但只要确立谁所有的原则，就可以解决几乎全部的纠纷，发展出满足分配正义和互惠正义的规则系统。当然，现代法学中的合同，更多依赖于过错赔偿，受损方可以获得期待利益，这是由于资本主义革命带来的市场观念决定的。

礼对财产、资源的分配，构成了中国古代社会中的民法规则主体。一些近来的研究注意到了国家对私人生活，尤其是合同、财产领域的司法调整。〔70〕不过这些证据还不足以充分说明，国家对私人，尤其是交易、财产等人际关系的公共执行成为了占主导性的纠纷解决方式。而在我们看来，礼的等级制将人身、财产、资源等通过“所有权”方式予以分配，而得到了简单、低成本的社会执行。

等级制度无疑是礼的重要特征之一，也常常受到现代学者的诟病。但等级制度既是一个协

〔68〕 吕思勉：《中国制度史》，上海世纪出版集团、上海教育出版社2002年版，第59页。

〔69〕 参见杨立新：“中国侵权行为法的百年历史及其在新世纪的发展”，《国家检察官学院学报》2001年第1期，第3—16页；陈涛、高在敏：“中国古代侵权行为法例论要”，《法学研究》1995年第2期，第48—54页。

〔70〕 如黄宗智：《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。但一些学者对合同的考察，揭示出其使用的广泛程度和其在执行上的多元化。See Hugh T. Scogin, Jr., “Between Heaven and Man: Contract and the State in Han Dynasty China”, *Southern California Law Review*, Vol.63, No.5, 1990, pp.1325—1404.

调机制,又是一个激励机制。我们可以用如图2所示的博弈总结儒家激励制度的基本思路。<sup>[71]</sup>

	合作	不合作		先走	后走	
合作	3, 3	-1, 4	→	先走	-1, -1	2, 1
不合作	4, -1	0, 0		后走	1, 2	-1, -1

图2 作为激励机制的等级制度

图2中左边的博弈是我们所熟悉的囚徒困境博弈,右边的博弈是一个协调博弈。博弈有两个参与人,每个人有两个选择,两个人的选择共同决定每个人的报酬。矩阵中的第一个数字代表第一个参与人的报酬,第二个数字代表第二个参与人的报酬。在囚徒困境博弈中,纳什均衡(两个人的选择同时达到最优)是每个人都选择不合作;在协调博弈中,纳什均衡是一个人先走、另一个人后走(因而有两个纳什均衡)。由于协调博弈中的每个人的收益依走的先后而有不同,先走的人比后走的人得到的报酬高(类似等级制度),因此,如果社会能够根据个人在囚徒困境博弈中的表现来确定协调博弈中的行走顺序,就得到了一个激励机制,使得人们在囚徒困境博弈中有积极性合作。

囚徒困境博弈中的“合作者”可以称为“君子”,“不合作者”称为“小人”;协调博弈中的“先走者”解释为“上级”,“后走者”解释为“下级”。设想社会博弈是一个两阶段博弈:第一阶段人们进行囚徒困境博弈,第二阶段人们进行协调博弈。假定社会实行这样的规则:根据第一阶段个人在囚徒困境博弈中的表现确定每个人在第二阶段的位置;特别地,第一阶段表现为君子的第二阶段成为上级,表现为小人的第二阶段充当下级。显然,给定这样的激励机制,每个人在第一阶段博弈中就有积极性选择合作,争当君子,社会就可以走出囚徒困境。上述原理用今天的术语来说,当出现资源争夺的时候,礼赋予了不同身份的人不同的产权优先顺序,从而以简单、低成本的方式,解决了社会合作的困难。

儒家等级制度的激励原理是礼的工具理性,其在分配正义上意味着,一个有耐心、肯合作、遵守社会规范的人,是“君子”,就应该受到奖励。奖励君子的最好办法是集“位、禄、名”于一体。并且,“正名”是第一位的。<sup>[72]</sup>儒家强调等级制度常常被人们所误解,好像儒家是主张人与人是不平等的。其实,儒家认为,人人皆可为尧舜,君子并不是天生的,而是通过自己的努力可以实现的。正因为如此,论功行赏和举贤与能就成为儒家的一贯主张。儒家的激励机制设计通过教化培养君子来克服囚徒困境,通过社会选拔和社会分层来保证君子的长期利益甚至是现实利益。在今天的市场经济中,货币形态的报酬是最重要的激励手段,但在古代社会,市场不发达,仅靠货币形态的奖惩是不够的,社会等级是最重要的奖惩手段。事实上,即使在今

[71] 参见张维迎:《博弈与社会》,北京大学出版社2013年版,第384—387页。

[72] 参见胡适:《先秦名学史》,学林出版社1983年版,第27页。

天的社会组织中,等级制度也仍然是重要的激励机制。<sup>[73]</sup>

## 六、结束语

法律是一个调节个体行为的规则系统。法律由元规则(meta-norms)——派生规则(或者说主规则——补充规则)组成,其完善依赖于法律人(包括法学家、法官、立法者)深思熟虑的努力,<sup>[74]</sup>其设计应当满足“合目的性”要求,<sup>[75]</sup>有利于形成良好的社会合作秩序。一个长期稳定而成的法律系统,尽管不是理性主义整体设计的产物,但满足演化稳定均衡的要求,因而是演化理性的。<sup>[76]</sup>这种演化稳定的规则体系包含了无数人的智慧,适应了千变万化的社会生活的需要。

基于法律的功能视角,重新审视中国古代的礼法(更准确的说是礼刑或礼律)结构,我们认为,传统中国的社会治理机制,在与私人关系的调整领域,是一种国家法的刑法和社会法的民法相结合的制度安排。这一治理,在低税收(小政府)、家国一体(同心圆结构)、村社制度(聚居和户口制度)的约束条件下,<sup>[77]</sup>并经儒家思想为主导的价值观贯彻,成为一种有效并且富于效率的“社会协调工具”。不仅如此,在大多数朝代,礼的丰富性、主导性和价值性还同时决定和制约着刑律的内容。其实即便站在成文法和国家法的立场上,一些既有研究表现出对法家的赞美,或者对成文法诸如唐律的欣赏,或者是评价古代中国法的时候“崇法抑儒”的价值取向,也忽略了中国古代的以“刑法”为主导的成文法,也并不与西方相同。“……中国的故事和欧洲的相比是非常不同的……法律并不被视为是一种规制私人、经济活动的方式,也不是一个维持信仰价值的方式,而是一个维持政治和公共秩序的工具。”<sup>[78]</sup>

在规则的产生上,礼类似于现代的专业群体制定的标准文本。而在执行层面上,礼则是结合了多重执行方式的法律规则系统。在功能上,礼承担了日常生活,尤其是私人交往之中的大多数纠纷解决和冲突的协调机制。从社会治理的角度来说,礼法对应的是社会的民法和国家的刑法,这种分工构成了中华帝国两千年来的主要治理方式。如汉文帝所说,“孝悌,天下之大顺也。力田,为生之本也。三老,众民之师也。廉吏,民之表也”(《汉书·卷四·文帝纪第四》),用今天的理解来说,即元规则是孝,土地作为财产的核心形式,是民生之本,而社会治理依赖于三老,国家面临的问题是吏治清明,精辟地点明了这种社会治理的系统设计原则。礼虽

[73] 参见张维迎:《理解公司:产权、激励与治理》,世纪出版集团文景公司2014年版,第504—512页。

[74] See F. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, London and New York: Routledge, 2013, p.96.

[75] 参见(美)迈克尔·D·贝勒斯:《法律的原则:一个规范的分析》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第3页。

[76] See F. A. Hayek, *The Fatal Conceit: the Errors of Socialism*, W. W. Bartley III (ed.), Chicago University Press, 1990, p.36.

[77] 对这些条件的描述和阐释,参见张维迎、邓峰:“信息、激励与连带责任——对中国古代连坐、保甲制度的法和经济学解释”,《中国社会科学》2003年第3期,第99—112页。

[78] See H. Partrick Glenn, *supra* note 4, p.308.

然是等级化的,但借助于社会等级制度,激励人们选择符合“仁”的行为,对社会的秩序和文化加以控制,而将大多数的纠纷遏制在事前,这是儒家文化的基本出发点。它采用了“多数人监督”的方式,避免了法律实施的高成本。这种低成本的治理模式随着帝国疆域的扩大,而更具有适应性。社会多层次执行的礼为主导,取得了公共执行和私人执行相对税收成本的效率优势。这种分工很好地用分权化、多层次纠纷解决机制,避免了近现代法律体系的那种高成本,适应了庞大帝国的治理问题。古代中国的这种法律分工,本质上是一种社会分权和地方自治。国家法仅仅是用来支持社会的权威体系和主导性社会规范的,而不是试图“一民之轨,莫如法”(《韩非子·有度》),以公共执行解决所有的问题。

礼法的分野,除了符合当时的低税收、少官吏的特定制度效率之外,我们还想指出的是,礼对法的主导性和统治性。从董仲舒以降的“援礼入法”,“将礼和法的功能结合,并强调礼的上位属性和法的下位性”。<sup>[79]</sup>无论是宪政安排、政府行为还是刑事规则。公共领域的规则,均需要服从于礼的制约,尽管可能会因时因地甚至因人而有所损益。礼中所蕴含的价值观念,对其他规则系统的约束,保证了社会层面的自治、完整和持续统一,又保证了公共领域的规则系统的改变(朝代更换),并不能改变社会合作的行为模式。这就迫使外来夺取政权的统治者,也必须服从礼以取得统治的合法性和正当性。这也是由礼带有社会规范的特性决定的。

社会规范作为社区、共同体的价值体现,带有更强的合法性,在存在着良好偏好显示和信息收集的政治系统中,更能以各种途径表现出其对正式法律文本及其执行的约束和限制。这来自于三种效应:表达、内化和阻遏。社会规范通过对均衡的筛选,表达出社会行为的集体偏好,通过偏好变异和理性限定,表达出人们在社会交往中的偏好习惯,一旦人们的行为形成稳定的均衡模式,高成本的国家法的公共执行就必须受到这种社会交往习惯的制约。<sup>[80]</sup>“死刑废止”在当下中国的艰难,来自于“杀人偿命”的“天理”,就是一个最容易想到的例子。基于此,库特将蕴含着共同体价值的社会规范是否主导着正式法律规则作为标准,赋予了法治国以崭新的涵义。国家法与社会规范相协调的规则系统,属于“法治国家”(rule-of-law state),而仅仅依赖于公共执行的国家垄断法,则属于“国家法治”(rule of state law)。<sup>[81]</sup>

社会规范中凝聚并彰显的共同体的价值和行为模式,决定了我们的制度,而不是相反。由此,我们才能真正理解东坡先生在一千年前所说的微言大义:“夫国家之所以存亡者,在道德之浅深,而不在于强与弱;历数之所以长短者,在风俗之厚薄,而不在于富与贫。道德诚深,风俗诚厚,虽贫且弱,不害于长而存;道德诚浅,风俗诚薄,虽强且富,不救于短而亡。人主知此,则知所轻重矣。是以古之贤君,不以弱而忘道德,不以贫而伤风俗,而智者观人之国,亦必以此察之。”<sup>[82]</sup>

[79] See Xin Ren, *Tradition of Law and Law of Tradition: Law State, and Social Control in China*, Greenwood Press, 1997, p.23.

[80] See Robert D. Cooter, *supra* note 25, pp.1-22. 当然,后芝加哥学派也会持相反的观点。See Lawrence Lessig, “The New Chicago School”, *Journal of Legal Studies*, Vol.27, No.2, 1998, pp.661-691.

[81] See Robert D. Cooter, *supra* note 25, pp.191-217.

[82] 苏轼:《上神宗皇帝书》,《苏轼文集》(第二册),中华书局1986年版,第737页。

中国古代借助于多元规则系统的社会治理,已经被众多的学者所揭示。张晋藩先生称之为“综合治国”,指出德礼政刑协调一致的“仁政”取向。礼法概念的互通,礼在内容、调整对象上的民法属性,也已有诸多学者的阐释。我们所强调的是这种礼法分野作为社会治理的效率,并且对“重刑轻民”甚至“有刑无民”的判断进行了批评。由此,当我们基于部门法而考察中国古代的民法传统的时候,就不应当局限于从历代刑律中寻找断章;当考察中国古代的私人交往准则的时候,就不应当从狭隘的特定时代的“法”“权利”“所有”的概念出发,而是真正从“良治”的角度去思考数千年的丰富法律实践。

最后需要指出的是,本文对礼法分野的重新思考并不意味着我们认为传统中国是一个法治国家。现代法治国家最重要的特征是,法律是最高的“统治者”,政府受到法律的严格约束,统治者不能超越法律。古代中国恰恰相反,统治者是最高的法律,礼法约束了普通人,但并没有能有效地约束统治者。在法治化的过程中,我们要防止国家立法对社会生活领域的不当和过度侵入。国家法律主宰一切并不是真正的法治社会。套用库特的话讲,我们需要建立的是“法治国家”,而不是“国家法治”。这同样是我们重新思考传统中国礼法体系的价值所在。

**Abstract:** What is Li (civility or ritual), and how we understand it, is a perennial question in Sinology. Li is commonly regarded as a norm system, but attributed to morality or belief rather than an independent legal norm system. This kind of stereotypical idea or imagination about Li has also heavily influenced legal studies. Statements like “ancient China had no civil law” or “traditional China paid much attention to criminal law rather than civil law” have become popular judgments about the Confucian legal tradition. The authors question such arbitrary assertions and argue that the formation and enforcement of law could be separated and can be provided either by public or private sectors, and either in competitive or monopolized way. Comparing with different regimes of legal system, including law merchant, social norm, Iceland private enforcement legal system in middle time, Li could be seen as “society’s civil law”, dominated by a hierarchical property rules according to the Confucian distributive justice. The authors also analyze the efficiency and effectiveness of the separation of state’s criminal law and society’s civil law and argue that the social governance of social autonomy and power separation of enforcement of law have helped China keep the long term unification of society and made the Confucian ideas, values, and belief system to be independent of the rulers’ will.

**Key Words:** Social Norm; Separation of Law; Li; Law and Economics; Confucian Legal Tradition

(责任编辑:王锡铤)