

# 遗落的隐喻

## ——西方法律学术视野中的 中国近代早期契约与产权问题研究

J. 欧中坦\*  
杨力\*\* 译

---

### 目次

- 一、交易费用
- 二、财产权利
- 三、民间规则、契约与审判机构
- 四、结论

**关键词** 交易费用 财产权利 民间契约 司法审判

---

产权制度及其实施的目的是否就是为了降低交易费用,以更好地推动经济发展?这一问题之所以被关注,出于以下理由:首先,它不禁让人联想到经济和发展关系问题在欧美产权文献中的中心地位。西方主流的经济学家、经济史学者和财产法专家一致认为,正是为了促进发展,才

---

\* 美国北卡罗来纳州立大学教授、历史系主任,杜克大学法学院兼职教授。笔者谨向发起这场启发性的学术挑战的作业坊参与者及参加《近现代中国的契约与产权》一书的所有著述者致以谢意,同时,感谢我的北卡罗来纳州立大学同事戴维·吉尔马丁(David Gilmartin)提供的实质性和编辑方面的建议,感谢我的杜克大学同事劳拉·昂德库富勒(Laura Underkuffler)、乔纳森·维纳(Jonathan Wiener)、保罗·哈根(Paul Haagen)以及保罗·卡林顿(Paul Carrington)所提供的反馈和评议意见。

本文原稿出处:“The Missing Metaphor: Applying Western Legal Scholarship to the Study of Contract and Property in Early Modern China”, in Madeleine Zelin, Jonathan K. Ocko, and Robert Gardella (Eds.), *Contract and Property in Early Modern China* (Stanford: Stanford University Press, 2004), pp. 178-208. 中文翻译已获作者授权。

\*\* 上海交通大学凯原法学院教授、法学博士。译者向本文的匿名评审专家严谨而精致的修改,衷心表示感谢!

需要以清晰顺畅的产权制度,取代含混不清的、社会嵌入式(socially embedded)的财产制度。这似乎成为一个定论,正如土耳其历史学家荷利·伊斯莱莫鲁(Hurli Islamoglu)所言,该说法已被顶礼膜拜。<sup>[1]</sup>乃至,现在该观点也成为了当代中国产权制度专家研究的出发点。<sup>[2]</sup>其次,产权与经济及发展的关系不仅仅贯穿于英美法系的法律思想史,而且也是西方政治理论不可分割的一部分,这甚至可以追溯到霍布斯和洛克。那些研究中国封建社会晚期和中国近代史的历史学者,若想在他们的研究中使用西方的产权理论,必须时刻记得这一特定的背景知识。

事实上,中国古典文献中不乏关于财产及其边界的讨论。比如,孟子认为“井田制”是国家实现正义和稳定的柱石;荀子强调财产边界不清晰会导致社会动乱;法家也提及了稳固的农业土地所有权对于国家兴旺富强的重要意义。同样,中国古代的帝王们洞察到土地制度与特定政治结构之间的关联,随着历朝的兴衰沉浮,他们渐次打破大土地所有,建立财产的诸子均分制,经常进行土地的再分配,以及大力推行地籍调查以让耕地都能被课税。不过,即使土地是个人财产和国家税入的主要来源,中国却没有出现过类似欧洲那样的土地法;同时,虽然中国的君主专制政体周期性地遭受挑战,但像洛克那样清晰地提出财产私有乃是保护个人自由及防止国家专横的学说,亦从未出现过。与之类似,尽管契约是日常生活不可分割的一部分,但契约法没有在古代中国兴起过。可以说,在欧洲中世纪甚至近代(完成了“从身份到契约”的转变后),个人家庭及其与财产的关系在整个社会政治学说中占据着核心地位,但是在中华帝国后期及近代家族关系作为基础世界观,就像“隐喻”一般自始至终地在政治学说中扮演着极为独特的,乃至是排他性的角色,产权关系反而被掩盖起来。

所以,虽然我们之中那些致力于研究中国这一时期的契约和产权制度的学者,为了建立模型来分析那些堆积如山的材料,往往习惯性地强调西学,尤其是经济和法律理论,可是,这样就陷入一个困境,即面对一个特定社会加以研究时,所使用的却是其他社会产生的分析工具。显而易见,人们遗忘了经济和法律理论的发展,乃应嵌入于其创立者所刻意关注的语境,以及赖以生存的政治文化环境里。同样,许多人遗忘了那些关于契约的本质、行为准则的角色、产权的创立及特征、法律与习惯的关系,以及交易费用的蕴涵、影响和重要性的争论,其实也往往反映了该社会中的政治争议。所以,那种片面强调西学的做法,客观上存在问题。

有鉴于此,本文梳理了当前一些有关交易费用、财产权、习惯、行为准则以及法庭的法律理论,论证这些问题的复杂性,并提出一些建设性方案,期望能够帮助理解近代早期中国的契约和产权问题。当然,此处并不是说英美法系或欧陆法系由于其文化特殊性而不具有普遍比较的意义。恰恰相反,交易过程中那些“制度元素”(institutional elements)是普遍存在的。不过,究竟如何将这些因素进行类型化,确实需要考虑文化的特殊性。所以,当承认英美有关财产和财产权的研究具有启发性之时,还必须认识到,即便像洛克,实际上也是一个有着特定政治含义的人物。那些基于他的作品而衍生的作品往往充斥着政治意味,他的观点甚至被用于构建截然相反的理论,用来解

[1] Huri Islamoglu, "Modernities Compared: State Transformations and Constitutions of Property in the Qing and Ottoman Empires", 5(4) Journal of Early Modern History (2001), 353-386.

[2] 作为罗纳德·科斯弟子的盛洪即为一例。Joseph Fewsmith, *The Politics of Transition* (Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2001), p. 81. 其实,另一位中国经济学家崔志远也与伊斯莱莫鲁持相同观点,他把产权问题视为是推动发展的“制度性圭臬”,并且认为产权不清会扼杀重要的制度变革,以及阻碍经济民主,参见同上,第120页。

释国家的本质和作用,或者国家与个人的关系。或许恰恰是这些在西方法律中的不一致,而不是“固定的学说”(settled doctrine),才可以提供更有价值的比较视角。

当然,中国的法律和社会问题研究仍有许多基础工作亟待完成。我们不能笼统地讨论产权制度能否把交易费用降到最低,因为我们对于产权制度和交易费用的认识还不够充分。比如,我们尚未完全理解产生行为准则和形成经济关系的诱因;对于契约如何体现当事人的意识形态及政策,以及法庭在契约案件中的复合性角色问题,亦还未获得充分的认识。有鉴于此,即使本文对于分析中国近代早期现实中的产权和交易实践问题有所推进,不过恰如很多历史学作品中出现的数据与理论之间的矛盾和背反,我们仍不能完美地构建自己的理论模型。

## 一、交易费用

美国的法律学说以及有关合同、物权和侵权制度的讲授,较为普遍引入“交易费用”概念。与此同时,诺贝尔经济学奖得主罗纳德·科斯(Ronald Coase)的论著,也被作为“法律制度讨论的规范”,以及“整个法律经济分析的基石”,被援引和使用的频率相当之高。<sup>〔3〕</sup> 科斯在1937年和1960年分别发表的“企业的本质”<sup>〔4〕</sup>和“社会成本问题”<sup>〔5〕</sup>两篇开创性论文中,提出了交易费用乃是理解经济体系关键的论断。他认为,企业之所以存在和发展,原因在于可以通过内部交易的形式避免交易成本;否则,企业主和工人之间就必须像在公开市场上那样一一签订合同,就会产生高额的费用。同时他认为,由于企业之间的交往成本较高,所以企业之间一旦发生伤害彼此的冲突,往往难以得到有效解决。值得注意的是,科斯认为,如果交易费用为零(当然这也往往被其他人认为是科斯定理的局限性),那么不管法律规则和初始权利如何安排(例如产权制度的设计和责任负担的分配),市场中的当事人总会就互惠互利的交易进行谈判,从而实现“帕累托最优效应”,这意味着实现“共同的产出最大化”(maximize their joint output)。<sup>〔6〕</sup>

尽管零交易成本的情境经常被看成是科斯创造的,可是连他自己也认为不切实际,<sup>〔7〕</sup>只不过是一个“现代经济理论的假说”而已,并且他“劝告经济学家们不要基于该假设构建他们的理论”。<sup>〔8〕</sup>

〔3〕 Stewart Schwab, “Coase Defends Coase: Why Lawyers Listen and Economists Do Not”, 87 Michigan Law Review (1989), 1171-1198.

〔4〕 Ronald H. Coase, “The Nature of the Firm”, 4 *Economica* (1937), 386-405.

〔5〕 Ronald H. Coase, “The Problem of Social Cost”, 3 *The Journal of Law and Economics* (1960), 1-44.

〔6〕 施瓦布对科斯的论述进行了总结。参见前注〔3〕,第1172页; Stewart Schwab, “A Coasean Experiment on Contract Presumptions”, 17(2) *Journal of Legal Studies* (1988), 237-268. 施瓦布把帕累托最优的解决方案定义为“在不使任何人境况变坏的情况下,而不可能再使某些人的处境变好,这将让各方的共同收益获得最大化”。参见施瓦布上述1988年论文,第238页。其实,还有一种未能获得广泛认可的更为偏激的版本,它将科斯定理视为“不可推翻的公理”,声称“处于零交易费用的情境中,法律规则的变化不会对资源配置产生影响”。Robert Ellickson, Carol M. Rose and Bruce C. Ackerman (Eds.), *Perspectives on Property Law* (Boston: Little, Brown and Company, 1995), p. 207. 不过,这一偏激的版本已遭致批判,因为它忽视了法律范畴中财富效应的动态性,比如,通过产生新的责任规则,进而降低某一特定产权的价值,以及减少与产权变化有关的商品生产。Thomas W. Merrill and Henry E. Smith, “What Happened to Property in Law and Economics?” 111 *Yale Law Journal* (2001), 357-398; Steven N. S. Cheung, “The Transaction Costs Paradigm”, 36(4) *Economic Inquiry* (1998), 514-521.

〔7〕 supra note 〔5〕, Ronald H. Coase, 5.

〔8〕 Ronald H. Coase, *The Firm, the Market and the Law* (Chicago: University of Chicago Press, 1988), p. 174.

实际上,张五常、奥利弗·威廉姆森(Oliver Williamson,新制度经济学的领袖之一)<sup>[9]</sup>等一些经济学家早已接受科斯的建议。比如,张五常认为在交易成本存在的情况下,无论设计什么样的财产权与制度安排(市场自身的运作即为其中之一)都无所谓。威廉姆森也认为:“如果交易费用微不足道,那么经济活动中的组织就变得无关紧要,因为任何模式中相对其他模式的优点都会被零交易费用抵消。”<sup>[10]</sup>不过,正如科斯自己所观察的那样:“为了实现市场交易,我们需要去发现谁是交易的对象,这样我们才能知道交易相对人、交易条款,进而进行协商达成一致,构建出契约的框架,以及承担起检查确认契约条款是否被履行的职责,等等。”在这样交易成本不为零的情境中,所谓借助于市场的重新配置权利,就只有在结果价值高于交易成本的情况下才有可能发生。

交易费用包括哪些?虽然科斯给出了上面一份简单列表,但没能详尽罗列之余,无疑又打开了潘多拉魔盒。事实上,从科斯的论文发表以来,法学家和经济学家对此多有讨论。交易费用到底应如何界定:范围的界定从宽还是从严,信息成本是否需要覆盖,敌对或怨恨之类的情绪是否加以考虑?<sup>[11]</sup>沃德·范思沃斯(Ward Farnsworth)主张当事人的敌对情绪不属于交易费用,因为不管理论上如何阐发,交易费用就只能是指“可能影响当事人商谈后达成一致的那些现实阻碍”。<sup>[12]</sup>丹尼尔·法伯(Daniel Farber)则持不同意见,他并不赞成把交易费用看成是“未能完成交易的另外一种表达方式”,而是建议把交易费用视为“进入交易过程的可计算成本”。<sup>[13]</sup>与之相应,经济学家约拉姆·巴泽尔(Yoram Barzel)提供了一个更为直接的定义,亦即认为交易费用就是“涉及转让、获取和保护权利的成本”。<sup>[14]</sup>然而,同为经济学家的张五常的论点截然相反,他把交易费用定义成是“超越了鲁宾逊一人经济模式的所有费用”,<sup>[15]</sup>他还提出既然超越一人经济模式的任何经济体系离不开制度,交易费用毋宁更加适宜被称为“制度费用”,这也是学者为何把涉及“交易”(exchanges)的费用与涉及“更高权威命令”(commands from higher authority)的费用区分开来的理由。<sup>[16]</sup>

张五常的评论提醒我们,科斯的原创论文题目即为“社会成本问题”。这里可说明三点:首先,科斯所立足的是“个人主义的、非家长式的、反公有社会的个体与社会关系立场……”<sup>[17]</sup>因而,借助

[9] 威廉姆森把新制度经济学(也称为“交易成本经济学”)描述成为是“主要关注于交易成本的起源、影响及分支界定”的学问。Oliver E. Williamson, “Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations”, 22(2) *The Journal of Law and Economics* (1979), 233-261; Paul L. Joskow, “Transaction Cost Economics, Antitrust Rules and Remedies”, 18(1) *Journal of Law Economics and Organization* (2002), 95-116; Sidney A. Shapiro, “Matching Public Ends and Private Means: Insights from the New Institutional Economics”, 6 *Journal of Small and Emerging Business Law* (2002), 43-64; Curtis J. Milhaupt, “Property Rights in Firms”, 84 *University of Virginia Law Review* (1998), 1145-1194.

[10] Oliver E. Williamson, *supra* note [9], 233.

[11] 斯科莱格对此进行了很好的归纳。Pierre Schlag, “The Problem of Transaction Costs”, 62 *Southern California Law Review* (1989), 1661-1700.

[12] Ward Farnsworth, “The Economics of Enmity”, 69(1) *University of Chicago Law Review* (2002), 211-261.

[13] Daniel A. Farber, “Parody Lost/Pragmatism Regained: The Ironic History of the Coase Theorem”, 83(2) *Virginia Law Review* (1997), 397-428.

[14] Yoram Barzel, *Economic Analysis of Property Rights* (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), p. 4.

[15] Steven N. S. Cheung, *supra* note [6], 515.

[16] *ibid.*

[17] Stewart Schwab, *supra* note [3], 1197.

于科斯的分析来探问这种立场对于真实情境的研究是否贴切,显得相当重要。同时,科斯定理的关键不在于财产权分配,而在于人们通过“低效的”(inefficient)产权制度如何协商获得有效解决方案的能力。后来,波斯纳法官等法律经济学家把上述立场和观点运用于法律过程,产生了一种结果,即既然在低交易成本的情境中,权利最终会交给愿意支付最多费用的人,那么,当交易费用过高而不能通过讨价还价做出决定时,法律就仍应当假设低交易费用的情境,藉此把权利赋予愿为权利支付费用最多的一方。<sup>[18]</sup>显然,波斯纳的说法立足于市场,并且质疑国家权力作为权利保护及分配者的正当性,这恐怕是对与法律经济学相关的政治议题最清晰的一种阐释。由此可见,当我们考虑科斯定理的效用时,不应忘记其高度政治化的特征。

其次,并不是所有与财产有关的行为,都受到效用最大化原则支配。比如,涉及财产的传统习俗中的那些行为准则的效用,很可能由于男女性别以及“效用最大化的偏好程度”(utility-maximizing preference orderings)而不是那么令人信服。<sup>[19]</sup>基于此,我们也不得不怀疑科斯有关个人对社会关系的独特见解,是否能够适用于来自不同的文化的所有个体,就像罗伯特·库特(Robert Cooter)所说的那样,如果没有国家利维坦的控制,那么不是出于期望各方共赢,只是意欲谋取个人更多份额的恐吓、威胁策略,相较交易费用而言,更加可能会成为各方之间谈判的障碍。<sup>[20]</sup>如果沿着库特的思路,我们可以推知,不管法律如何区划,谈判本身其实就是一种存有很大争议的交易费用。

丽莎·伯恩斯坦(Lisa Bernstein)针对纽约钻石商人的研究,<sup>[21]</sup>以及罗伯特·埃利克森对于加州夏斯塔县农场主的研究,<sup>[22]</sup>也给出了相似见解。他们认为,虽然科斯准确预测了人们会就共同利益进行谈判,可他随之所得的结论却认为,这种谈判只在“法律的覆盖范围”(shadow of law)发生,颇为值得商榷。事实上,这种谈判更加可能是依据“邻人之间的乡规民约”。<sup>[23]</sup>例如,如果钻石商人依赖于行业内的潜规则达成契约的耗费,相对于使用正式契约的交易费用相差无几,甚至更高,而钻石商人们仍选择前者,那么,借助于工业保密条款所给出的诠释,就与借助于单独的交易费用理论一样有说服力。<sup>[24]</sup>此外,在埃利克森看来,是交易费用的客观存在(而不是缺失)让法律变得无关紧要。科斯过分夸大了法律的影响力,因为他错误假设人们能“毫不费劲地学会及行使他们初始的法律权利”,还错误认为只有当人们在“因行使所拥有的初始法定权利而竭力去讨价还价”时,才会面临所谓的交易费用。与此大相径庭,埃利克森所得出的结论认为,在一个“信息稀缺”的世界里,不应“假设人们既知晓又必遵从法律”。<sup>[25]</sup>

第三,埃利克森提出了“复杂、反复,多元关系”下“没有法律的秩序”,引起了更大争议。<sup>[26]</sup>任

[18] Ward Farnsworth, “Do Parties to Nuisance Cases Bargain After Judgment? A Glimpse Inside the Cathedral”, 66 University of Chicago Law Review (1999), 373-436; Pierre Schlag, *supra* note [11], 1667.

[19] Carol M. Rose, “Property as Storytelling: Perspectives from Game Theory, Narrative Theory, Feminist Theory”, 2 Yale Journal of Law and the Humanities (1990), 37-57.

[20] Robert D. Cooter, “The Cost of Coase”, 11(1) The Journal of Legal Studies (1982), 1-34.

[21] Lisa Bernstein, “Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry”, 21(1) Journal of Legal Studies (1992), 115-157.

[22] Robert C. Ellickson, *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991).

[23] Robert C. Ellickson, *supra* note [22], p. 53.

[24] Lisa Bernstein, *supra* note [21], 116, 132.

[25] Robert C. Ellickson, *supra* note [22], p. 280.

[26] Robert C. Ellickson, *supra* note [22], p. 55.

何一宗交易关系均可列出一大堆“交易费用”。对此,虽然埃利克森调查发现高交易成本(而非低交易成本)导致法律边缘化,但他仍然倾向于把交易费用限于法定范围内。<sup>[27]</sup> 因此,当讨论邻人之间怎样记下相互负债情况,以及又是如何寄望于能从债务人未来行为中获得更多让步来弥补当下亏损的时候,埃氏对于用来建立共同体行为准则和诚信网络的时间、精力和金钱所谈甚寡。<sup>[28]</sup> 不过,为了从共同体意义上促使各方之间高度信任,就需让他们抛弃有章可循的文本协议,转而通过自己的言语措辞和内心计算形成相互约束力,当然这些都会产生一定的费用。在加州夏斯塔县,这可能意味着需要容忍对自己庄稼轻微的破坏、喂养邻居走失的奶牛,抑或为了弥补没有出钱修建篱笆而通过其他方式出力。<sup>[29]</sup>

同样,置身于中华帝国后期及晚近中国,那种积淀于行业组织或当地机构里,为经济交易供给模式和构件的各种关系,除了是沧桑岁月砥砺而成的互信互任的交易行为不断重复的结果,同时也是长期以来你来我往的请客送礼、信息交换乃至相互通婚、家族关系等另一种投资所带来的。麦伦·科恩(Myron Cohen)所谓契约本质上的社会属性超过法律属性的论断,即可在此得到印证。<sup>[30]</sup> 因此,即使在介入了政府决策和强制力后,游离于法律的覆盖范围外以及不依赖任何文本去建构另一世界,作为选项之一也是有可能的。诚然,为了维系这种信任关系而付出的交易费用会比较高,<sup>[31]</sup>但是,它们不应被认为是一种阻碍,<sup>[32]</sup>毋宁是一种向外人封闭的构建起自我规制的共同体社会的一种投资。这里所显现的是一派完全不同的交易费用景象。

## 二、财产权利

对于法律经济学者和众多经济学家来说,财产权利与交易费用息息相关。<sup>[33]</sup> 如果清晰地对财产权利加以界定,交易费用就可能降低。反之,如果权利界定让人感到颇为艰难及成本高昂,抑或

[27] 当然,所谓没有法律的秩序并不是真的完全游离于政府之外,夏斯塔的农场主们也不是真的在“法律覆盖的范围之外”任意行事,毕竟正式的法律制度仍为一个作为背景的现实。Jonathan B. Wiener, “Something Borrowed for Something Blue: Legal Transplants and the Evolution of Global Environmental Law”, 27(4) *Ecology Law* (2001), 1295-1371.

[28] Robert C. Ellickson, *supra* note [22], pp. 55-56.

[29] Robert C. Ellickson, *supra* note [22], p. 53, pp. 76-80.

[30] Madeleine Zelin, Jonathan K. Ocko and Robert Gardella (Eds.), *Contract and Property in Early Modern China* (Stanford: Stanford University Press, 2004), p. 37.

[31] 王国斌在最近一篇文章中也讨论了商人们用来建立信任网络及减少风险的一系列方法,不过他严重低估了商人与衙门之间的交往,以及所发生的商业贸易诉讼数量,例如,可参见前注[30]引书,第8、9章,因而,王国斌认为这些没有“超出法律的覆盖范围”,而只是“国家调整及强制力的缺位”。R. Bin Wong, “Formal and Informal Mechanisms of Rule and Economic Development: The Qing Empire in Comparative Perspective”, 5(4) *Journal of Early Modern History* (2001), 397-398. 另外,缺少意欲深入讨论文化上的交易要素和费用问题,参见 C. A. Bayly, *Rulers, townsmen, and bazaars: north Indian society in the age of British expansion, 1770-1870* (Cambridge: Cambridge University Press, 1983)。在此,致谢同仁大卫·吉尔马丁让我关注到对交易费用文化方面的研究和讨论。

[32] 除了借助于可靠的重复交易,如果声誉和信用信息可以容易通过其他渠道获得,例如 eBay 那样的可加利用的声誉数据库,那么,编织关系网络的费用可能会大幅削减,而且还能降低特殊工商行业的准入门槛。伯恩斯坦在钻石加工行业中对于声誉角色、经纪商和文化同质性的功用曾有过这样的论述,参见前注[21], Lisa Bernstein 文,第 132~141 页。

[33] Yoram Barzel, *supra* note [14], pp. 4-5.

权利本身“模糊不清或难以捉摸”,<sup>[34]</sup>交易费用都会被拉升上去。克利福德·霍尔内斯(Clifford Holderness)的一篇被频繁引证的论文引入了这一观点,认为交易的发生有赖于把权利安排聚焦于特定的、能够“简单清晰识别”的封闭群体。然而,即使满足这样的条件,也只有当权利是可转让的时候,权利才能体现出它的价值。因此,一旦这个群体过于庞大或相对模糊,难以被界定识别,那么将会由于交易和信息费用过高,使得权利无法实现转让,进而也就失去其价值。<sup>[35]</sup>

目前,虽然已有不少有关交易费用和财产权利关系的研究,可很少能一针见血地剖析所谓的财产权是什么,以及财产权到底是如何产生这样的问题。事实上,当下无论是新制度经济学还是财产法研究,绝大多数都是在谈论权利分配,殊少对上面的问题有所关注。尽管如此,涉及财产权问题还是形成两条主要进路:一是源于威廉·布莱克斯通(William Blackstone)对财产权的经典定义,即认为所谓财产权就是凌驾于事物之上的“绝对排他的支配权”。正如迈克尔·海勒对此所做的注释,这是一种“个人与事物之间的简单的、非社会性的关系”。<sup>[36]</sup>在布莱克斯通及其后的洛克看来,“物的所有权”(thing ownership)代表着平等和自由,并且他们认为这与封建制下财产权是被作为“人们之间的关系网”迥然不同。<sup>[37]</sup>毋庸置疑,认为财产权就是对物的排他性控制的理念早已深入普通大众。对此,人类学家莎莉·玛利(Sally E. Merry)解释认为,物权的排他性使得财产所有人可以依法排斥其他人的妨害,拥有物上的绝对权力,进而给人们以尊严感。<sup>[38]</sup>然而,正像下文将要说的,财产权是对物权,即是一种颇为独特的对世权,它既为法学家们所专门研究,亦为“民众”所普遍共享。<sup>[39]</sup>

作为逐渐主宰当前美国法学界的替代性观点,财产权被看成是“涵盖权利、责任和豁免在内的社会和法律关系的集合体”。<sup>[40]</sup>这样,财产权就不是孤立的事物,而是汇集了一系列权利的“权利束”(bundle of rights)。这一观点贯穿在韦斯利·霍菲尔德(Wesley Hohfeld)的作品里,借用霍氏的话来说,所谓权利就是允许政府代表你介入的资格。财产权即为个人与国家之间的契约,同时,不存在没有义务的权利,也不存在没有权利的义务。<sup>[41]</sup>这种看法对于思考中国问题十分重要,正如关文斌(Man Bun Kwan)所提到的,虽然中国没有形成“权利”这个概念,但权利本位思维的缺位

[34] Carol M. Rose, “Canons of Property Talk, or, Blackstone’s Anxiety”, 108 (3) Yale Law Journal (1998), 601-631.

[35] Clifford G. Holderness, “A Legal Foundation for Exchange”, 14 (2) Journal of Legal Studies (1985), 321-344.

[36] Michael A Heller, “The Dynamic Analytics of Property Law”, 2 Theoretical Inquiries in Law (2001), 79-94; see, Gregory S. Alexander, *Commodity & Propriety: Competing Visions in American Political Thought, 1776-1970* (Chicago: University of Chicago Press, 1997), p. 319.

[37] Thomas C. Grey, “The Disintegration of Property”, in J. Roland Pennock, John W. Chapman (Eds.), *Nomos XIII: Property* (New York: New York University Press, 1980), pp. 69-85.

[38] Sally E. Merry, *Getting Justice and Getting Even: Legal Consciousness among Working-Class Americans* (Chicago: University of Chicago Press, 1990), p. 44-47, 113; supra note [37], p. 69.

[39] Thomas W. Merrill and Henry E. Smith, supra note [6], 364; Sally E. Merry, supra note [38], p. 70.

[40] Michael A Heller, supra note [36], 93.

[41] Wendy Gordon, “An Inquiry Into the Merits of Copyright: The Challenges of Consistency, Consent, and Encouragement Theory”, 41 (6) Stanford Law Review (1989), 1343-1424; 同时,保罗·D. 卡林顿(Paul D. Carrington)的论文谈到了弗朗西斯·利比这位美国 19 世纪的法律教育家,着恼于其“没有义务就没有权利,没有权利也就没有义务”的口号已被他人占为己有。Paul D. Carrington, “The Theme of Early American Law Teaching: The Political Ethics of Francis Lieber”, 42 Journal of Legal Education (1992), 339-398.

并没有妨碍财产权及其他权利的存在。<sup>[42]</sup>只要有两个人的互动,权利要求和权利本身就可以被创生出来——如果A有责任或义务不从B的藤蔓上摘瓜,并且如果一旦A不遵守这样的义务时,B能够向政府提出反对A,那么就可以说B享有权利。

然而,把财产权的两个概念(“物的所有权”和“权利束”)同等放在中华帝国后期及晚近中国的情境里,就能够发现对“权利束”的提法不乏批评,我们回顾财产权的发展之路前了解这一点是有用的。客观地讲,对有关中国的财产权的看法呈现出混合图景。如同西方封建时期一样,中国的财产权代表着“人们之间的关系网”。家族成员拥有第一顺位的优先权,家族墓穴的出现就是财产权的一个表征。所以,托马斯·布叶(Thomas Buoye)认为,虽然随着时光流逝,交易过程中家族声明已逐步式微,但是,向买方担保未来不会受到家族的亲属成员反对,仍然作为合同的默认条款延续到20世纪;<sup>[43]</sup>对此布叶自己做了注解,亦即时常会出现向家族成员支付“签字费”,以让他们声明放弃权利。<sup>[44]</sup>同样清晰显现的是,从整体上中国的财产权又是被作为“权利束”来看待的。曾小萍(Madeleine Zelin)对盐业中复杂的束的特征进行了描绘;<sup>[45]</sup>同时,其他的大量研究也触及所有权体系中普遍存在的多个层面,如果法律没有规定的话,事实上权利的所有人除了包括表面上或“皮”(skin)上的所有人,还包括潜在的或“骨”(bone)意义上的所有人。不仅如此,出卖土地交易权利束的其他要素时,往往会在契约中把墓地和树木的权利保留下来。然而,正如布叶所描绘的暴力和一些特定情境下的诉讼所显示的那样,当时的人们认为财产权如果不是一个物,至少也是可以让人们做成他们想做的事情的东西。

与此同时,权利束的观点也不是没有受到批判。<sup>[46]</sup>作为批判者之一的托马斯·C.格雷承认,诚然这些权利束的分化和整合,孕育产生了现代工业资本主义复杂的经济制度,<sup>[47]</sup>可他反对把权利束的概念作为法律现实主义者创设的工具,其目的是为了财产世俗化,以及把管制和福利国家正当化。<sup>[48]</sup>近来这一观点又得到迈里尔和史密斯的呼应,他们断言,权利束的理论即是通过减少“财产权的实物性”,增加激进国家的控制范围,<sup>[49]</sup>进而侵蚀了私有财产权。进一步地,他们还洞察到新制度经济学家的错误,认为这些学者忽视财产权的物权特性,并借用契约条款而把财产权简化为“交易的先决条件”。<sup>[50]</sup>事实上,迈里尔和史密斯对财产权的神圣品格侵蚀所给予的关注,也被美国财产权的鼓吹者所吸收,他们在一些富有挑战性的案件中往往结合涉及的预期的变量,清晰地表达情境之中的人们抱怨环境规则导致了财产的非法“获取”。诚然,迈里尔和史密斯的观点属于少数派,但让我们知道了学界对于财产权的想法其实并不一致,因而我们需要分别借助于从法律和一般人的看法,思考对于财产和财产权的看法为何会出现不同。同时也提醒我们

[42] Man Bun Kwan, “Custom, the code, and legal practice: the contracts of Changlu salt merchants in late imperial China”, in Madeleine Zelin, Jonathan K. Ocko and Robert Gardella, *supra* note [30], chapter 9, p. 269.

[43] Thomas M. Buoye, *Manslaughter, Markets, and Moral Economy: Violent Disputes over Property Rights in Eighteenth-century China* (Cambridge and New York: Cambridge University Press, 2000), p. 101.

[44] Thomas M. Buoye, *supra* note [43], p. 185.

[45] Madeleine Zelin, “A critique of rights of property in pre-war China”, in Madeleine Zelin, Jonathan K. Ocko and Robert Gardella, *supra* note [30], chapter 1, p. 17.

[46] 不包括该节所引证的作者, see, J. E. Penner, “The ‘Bundle of Rights’ Picture of Property”, 43 *UCLA Law Review* (1996), 711-820.

[47] Thomas C. Grey, *supra* note [37], 75.

[48] Thomas C. Grey, *supra* note [37], 81.

[49] Thomas W. Merrill and Henry E. Smith, *supra* note [6], 383-384.

[50] Thomas W. Merrill and Henry E. Smith, *supra* note [6], 375.



注意,至少在洛克和布莱克斯通以来的英美法系的法律论述中,涉及财产权的定位都是围绕国家的本质,以及个人对国家的关系的争议凝结形成的。与之对照,中国却很少对于国家的本质问题发生争议,而且即使17世纪的顾炎武和黄宗羲曾经对此有所涉及,也缺乏对于财产或财产权的关联考察。<sup>[51]</sup>

那么,财产权是如何出现的呢?在经常被引证的一篇论文里,经济学家哈罗德·德姆塞茨(Harold Demsetz)认为,财产权是把“有益和有害的效果”内在化,因而当新的效用产生时,新的财产权也随之出现。显而易见,产生新的权利就是迎合新出现的成本—效益的调节之需,以满足存在相互作用关系的人们对此的期待。为此,德姆塞茨借助于拉布拉多半岛的美国土著是如何应对毛皮交易的发展的一个简单案例研究,佐证了他的论点。<sup>[52]</sup>以前,人们通过自由捕猎获取食物和毛皮,以满足家庭需要,不用担心这种活动会遭受什么冲击。虽然过度捕猎的外部效应理论上存在,但它的影响很小,所以人们对保持围栏的存量不感兴趣。可是,一旦毛皮贸易发展起来,毛皮价值和捕猎频率同比增长,与捕猎相关的外部效应就变得重要。猎人们很快意识到划分各自的捕猎领域,以及把外部效应(例如,费用和收益)内在化,将会提高所带来的效益。不过捕猎领域的划分所产生的财产权,并不必然导致德姆塞茨所定义的私人所有权出现。毕竟,私人财产权只有在被创设出来后所获得的收益超过所付成本时,方才可能出现。<sup>[53]</sup>

正如卡萝·罗斯(Carol Rose)所解释的,支撑私有财产权的基本论据是“财产权的不确定性会招致冲突和带来资源浪费”。<sup>[54]</sup>所以经济学家们倾向认为,更重要的是财产权价值越高,就越可能用清晰的规则对它加以界定。<sup>[55]</sup>不过,尽管从终极意义上这些权利在某些方面更像是个人与国家之间的契约,但难道它们就必须基于国家的语境才能出现吗?罗斯研究的一个中心主题就是,私有财产制度(实际上可反映到任何财产制度)是一种集体产品,而且作为一个体系它具有“与共同财产相同的结构”。(罗斯没有说出来的,以及为此文所做的多数调查显示,财产制度也是权力的一种表现形式,就像国家除了作为权力的表现形式,同时也是一种集体产品)。因此,无论什么财产制度的产生,都有赖于至少承认或遵守习惯所保留的所有权标识。<sup>[56]</sup>换句话说,财产权需要那些必须知道你在说什么的民众的配合。<sup>[57]</sup>

对于财产权是否必须基于国家的语境才能被创设出来,罗斯显示出是一个不可知论者。与此同时,她在耶鲁的同事罗伯特·埃利克森,却认为熟人社会中的人们在法律缺位的时候总是倾向于尽力创造秩序,而且成为这一观点的卓越支持者。<sup>[58]</sup>埃利克森(我们可以预见他的研究相当倾向于限制国家权力)批评了“法律中心主义者”把政府作为规则的主要来源,而低估“非法律制度在

[51] Harold Demsetz, “Toward a Theory of Property Rights”, 57(2) *The American Economic Review* (1967), 347-359.

[52] Harold Demsetz, *supra* note [51], 350.

[53] *ibid.*

[54] Carol M. Rose, “The Comedy of the Commons: Custom, Commerce, and Inherently Public Property”, 53(3) *University of Chicago Law Review* (1986), 711-781.

[55] Carol M. Rose, “Crystals and Mud in Property Law”, 40(3) *Stanford Law Review* (1988), 577-609; Terry L. and P. J. Hill, “The Evolution of Property Rights: A Study of the American West”, 18(1) *Journal of Law and Economics* (1975), 163-179.

[56] Carol M. Rose, *supra* note [19], 51.

[57] Carol M. Rose, “Property as the Keystone Right?” 73 *Notre Dame Law Review* (1996), 329-365.

[58] Robert C. Ellickson, *supra* note [22], p. 350.

构建社会秩序”中所扮演的角色。<sup>[59]</sup>事实上,从某些方面来讲,甚或在俄勒冈小径或者加利福尼亚的金矿区之类的霍布斯哲学语境里,原始权利的起源是社会进程中自下而上创设的规则,而不是法律。<sup>[60]</sup>在埃利克森看来,19世纪英美法系国家的捕鲸业就是一个范例:他认为那时的捕鲸规则是自发生成的,而不是通过行业组织或政府法令。此外,捕鲸规则由于在实践中反复得到验证,从而受到了法官的尊重,这里捕鲸规则就“不是对法律的仿效,而是被创造的新法”。同时,鉴于这些规则支配着财产和捕鲸资源的开发,埃氏得出结论认为:“非正式的社会网络可以创造出构建财产权利的规则。”<sup>[61]</sup>

但是,经济学家约拉姆·巴泽尔认为,埃利克森夸大了在国家之外创造权利的情形。<sup>[62]</sup>巴泽尔论点背后所隐含的是其对他所称之为“经济(财产)权利”与“法律(财产)权利”的重要区分。他把经济财产权利定义为“个体在可预见的情况下直接消费某一产品(或服务)的能力,或者通过交换间接消费的能力”。这种能够享受财产的能力,正是经济财产权的目的。法律权利是保护经济财产权的工具。<sup>[63]</sup>法律权利是“政府认可并且执行的部分经济性权利”。<sup>[64]</sup>这些权利的主要功能是“让第三方据之进行有效调节和实施”,没有它们,权利及其交换就必须借助于私力救济。

巴泽尔承认,财产权中只有一小部分可以被国家清晰界定,多数则是“由它们的所有者在交易过程中加以表述的”。<sup>[65]</sup>不过他坚持认为,最终这些财产权还是在“国家权威出现”时才被创造出来,诚然,这是由于权利的表述和保护成本很高的缘故,同时也是国家“与使用暴力的私立救济相比具有相对优势”,并且国家也不鼓励私人使用暴力。显然,国家是一个作为第三方的实施者。巴泽尔认为埃利克森所举的案例里的财产权是国家创造的,跟其他人无关。所以,他认为虽然国家在财产权发展中不一定成为积极参与者,但仍是型构与财产权相关的各方行为不可或缺的。

跟巴泽尔一样,新制度经济学家们认为财产权不仅是作为国家有意设计的产物,而且也是“不断重复发生的私下交换的自生自发的产物”。<sup>[66]</sup>当然无论它们是如何产生的,它们都是“对自然物或者人为物的支配权”,是“帮助人们对财产控制权形成合理预期”的一系列制度,抑或曰之规则和强制力的集合体(包括相关的“法律、行政安排和社会规则”)。<sup>[67]</sup>这一观点跟杰里米·边沁有关财产“就是预期之基础”的说法相契合。<sup>[68]</sup>亦即财产赋予我们基于“我们被告知所拥有的东西”进行处分和收益的权利。<sup>[69]</sup>

预期与财产权的保护强度有关。那么,财产是否就意味人们借助于所拥有的“物”(thing)或“束”(bundle),就能去做他想做的事情呢?财产权的清晰化又给人们的预期带来了什么影响?霍尔内斯这样的经济学家们相信,如果权利得以清晰界定,并且交易费用很低,人们就能充分地从权利交换的预期中获益。一个人拥有强有力(strong)的财产权,原因就在于这些权利可以较容易

[59] Robert C. Ellickson, supra note [22], p. 137.

[60] Robert C. Ellickson, supra note [22], p. 141.

[61] Robert C. Ellickson, supra note [22], p. 202.

[62] Yoram Barzel, supra note [14], pp. 90-91.

[63] Yoram Barzel, supra note [14], p. 3.

[64] Yoram Barzel, supra note [14], p. 4.

[65] Yoram Barzel, supra note [14], p. 91.

[66] Curtis J. Milhaupt, supra note [9], 1151.

[67] ibid.

[68] Jeremy Bentham, *The Theory of Legislation*, Edited with an introduction and notes by C. K. Ogden, (London: Paul, Trench, Trübner & Co, Ltd, 1950).

[69] Jeremy Bentham, supra note [68], pp. 111-112.

地根据权利人的指令实现转让。如果规则“混乱”(muddy), 并且交易费用较高, 那么交易就比较困难, 这时权利就变得“弱质化”(weaker), 这是因为权利交换无法以对交易各方利益最大化的方式实现。可正如卡萝·罗斯所述, 既然私下交易主体就像国家一样创造了财产权, 那么财产权的蕴涵就不是如此简单。私下交易主体所给出的认识和规则, 对他们自己来说可能相当清晰, 可是清晰的公众规则却又被模糊化了; 又或, 私下交易主体在交易时使用清晰的公共规则去实现一个并不是当初规则创立本意的目的, 同样也会造成规则的混乱, 并且从理论上讲这些混乱使得权利不再强有力, 而显得弱质化。<sup>[70]</sup>

不过, 什么是强有力的权利, 人们愿意为获取它们而“付出代价”吗? 经济学家艾智仁(Armen A. Alchian)和德姆塞茨认为, 所谓所有权的强度, 就是“所有人在决定如何使用资源的决定时实际所做出的决定”。<sup>[71]</sup> 事实上借用这一定义也可以说, 某一个人或组织在决定某一资源如何使用时所做的实际决定。<sup>[72]</sup> 然而, 财产的控制不是简单地对个体关注, 国家同样对于财产有着兴趣。客观而言, 没有财产制度不与合同制度有关, 其中, 国家和财产权利人通过这样一个潜在原则建立关系, 亦即国家是借助于承认和强制化纳税人的所有权要求, 换来对财产税的征收。就像梅丽莎·麦考利(Melissa Macauley)的研究<sup>[73]</sup>和安妮·奥斯本(Anne Osborne)所阐释的,<sup>[74]</sup> 只要中国清政府征过了税, 那种复杂多样多层及习惯性的财产权安排, 甚至是非法的土地使用都是可以宽宥的。同样, 尽管地方官通过契约为商人们划定了可支配“财产权”的活动范围, 不过在关文斌所讨论的盐税案件判决中, 官方事实上也明确了商人们不可逃避对国家的纳税责任。然而, 正如奥斯本所述, 由于国家甚少实施其所承认的财产权, 也由于契约性协议和共同体规则往往在权利的描绘和实施上发挥实际作用, 导致国家承认和保护财产权所获得的收益客观上低于推行征税所带来的麻烦和耗费。<sup>[75]</sup> 所以, 与表面现象相反, 中国地主们在交易时虽然使用“未经官方确认”(white)的契约, 而没有让政府对契约加盖大红公章进行“登记”以达到合法化, 但是他们的权利并没有被“混淆”, 这同时也没有提高交易成本。这些地主们很像罗斯所描绘的“私下交易主体”, 他们自行建立起对他们自己来说清晰的认识和规则。相应地, 他们的权利具有安全性, 交易费用比较低, 而且可以较易实现转让。然而, 当这种潜在规则不太确定时, 上述情形就会发生变化, 这种变化有时会非常突然甚至非常剧烈。此时, 预期的遵守就会变弱, 权利和义务产生分歧, 契约性的争议纷起, 国家又不得不借助于法庭介入。

[70] Carol M. Rose, *supra* note [55], 595.

[71] Armen A. Alchian and Harold Demsetz, “The Property Rights Paradigm”, 33(1) *Journal of Economic History* (1973), 16-27.

[72] 一个有说服力的说法是, 中国存在强有力的财产权, see, Madeleine Zelin, Jonathan K. Ocko and Robert Gardella, *supra* note [30], Chapter 1.

[73] 最近的一篇文章中, 梅丽莎·麦考利借助于詹姆斯·斯科特(James Scott)《国家的视角》一书对清帝国、土耳其帝国和欧洲诸国的“简单化”进行了区分。她强调清帝国没有把习惯作为构建国家的要素, 所以, 实际上对一些习惯的涉及, 目的不在于“为了国家统一规则铺平道路”而打碎或消灭它们, 而只是单纯地让复杂的习惯“简单化”, 以方便征税而已。Melissa Macauley, “A World Made Simple: Law and Property and the Ottoman and Qing Empires”, 5(4) *Journal of Early Modern History* (2001), 331-352.

[74] Anne Osborne, “Property, taxes, and state protection of rights”, in Madeleine Zelin, Jonathan K. Ocko and Robert Gardella, *supra* note [30], chapter 4, p. 120.

[75] 与比尔·卡比(Bill Kirby)相反, 曾小萍认为自贡的盐商不反对官方(继而“税收部门”)对于他们的关注, 因为他们感到贸然挑战被公开化的契约性协议所获收益, 超过了课税的风险。

### 三、民间规则、契约与审判机构

不少涉及皇权晚期中国法律与社会的研究显示,中国历史学家对审判机构在解决纠纷中的真实角色,起决定作用的是法律还是习惯,以及契约在中国日常生活中的功能,都有着很大的看法分歧。即便这些争论被视为是中国历史的独特之处,进而也把争论的解决看成是决定中国法律制度“现代性”的关键,可是它们仍然在每一法律制度的研究中被当成重要议题。比如,究竟是否存在一些被称为习惯法或商业习惯的东西?如果存在,它们是否产生法律效力,抑或仅当审判机构考虑它们时才发生法律效力?司法审判是否允许习惯优于制定法?如果允许,究竟出现在什么情况里?当事人对契约的目的和内容产生不同意见时,裁判者应如何处理?他们是应尽力发现契约背后的内在原则,还是只能依据它的字面含义?人们为什么需要契约?他们是希望所有的契约都能被审判机构强制执行,抑或只是希望法院强制执行那些“一锤子买卖”契约?

仔细思考人们如何制定协议、如何讨价还价以及如何撕毁协议,我们会清楚看到这都是一个连续的统一体。在这个统一体框架中,最不正式的层面就是传统、习惯和非正式的民间规则。它们一旦向当事人提供尚不充分的确定性时,实际上就转成了契约,此类契约往往是以传统、习惯和民间规则的方式表达出来的。当然,这些当事人根据自身规则达成的契约,并不是千篇一律的。有些很简单,寥寥数行,之所以写下来不过是当事人担心口头协议会被忘掉;另一些法学家将之归为关系契约,它是一种当事人之间期待保持长期交往关系的协议。毋宁说,这些契约是由丽莎·伯恩斯坦所指的关系维持规则(relation preserving norms)构成的。这意味着,虽然人们对争议的出现有所预期,但并不是想破坏这种特定的契约和相互间的关系。把这种契约书面化的目的,与那种出现争议后当事人之间会断绝关系的契约也有所不同。一旦人们不能就分歧达成一致,那么无论是采取调解、仲裁、裁判或混合方式,契约中的问题都会交给特定的争议处理机构和主体,借助契约条款加以解决。此时,法庭将会依据“契约的字面含义”,并且仔细辨析“贸易习惯”或者契约条款背后的潜在规则,尽可能地去发现当事人的意图。其实,这种中国法律史上对于习惯、传统、行为准则、契约和审判机构中相互关系的特性研究,同样在当代英美法中也是一个悬而未决的问题。

最近,一篇涉及美国商法的法理讨论文章认为,目前尚没有一个对习惯的普适化定义。<sup>[76]</sup>但不管怎样,就如同财产问题一样,针对习惯问题的讨论也始于布莱克斯通。他把习惯看成不断重复的惯例,<sup>[77]</sup>而英国学说则把一个地方居民所享有的权利当成是超越了普通法的“领地习惯”(customs of the manor)。最近,巩涛(Jerome Bourgon)重点从习惯与所在地域的关联性出发,提出中国直到20世纪才从西方引入“习惯”类别和“习惯法”。<sup>[78]</sup>巩涛认为“习惯与法律”的二元化现象并不是普遍的,而是“西方法律传统独有的”。事实上追本溯源,其实是过去西方分散的政治实体及其司法管辖的布局,导致“已获取法律意义的习惯仍然往往游离于法律边缘,甚至违反法

[76] Lisa Bernstein, “The Questionable Empirical Basis of Article 2’s Incorporation Strategy: A Preliminary Study”, 66(3) University of Chicago Law Review (1999), 710-780.

[77] William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (Vol. 1) (Buffalo, N. Y.: William S. Hein & Co., 1992), pp. 75-79.

[78] Jerome Bourgon, “Uncivil Dialogue: Law and Custom Did Not Merge Into Civil Law Under the Qing”, 23(1) Late Imperial China (2002), 50-90.

律”。〔79〕相较于西方这些“平行于法律的规则”，中国习惯“所呈现的只是松散、隐蔽的景象，它们是被现代历史学家所推知的”。〔80〕最后，巩涛得出结论认为，习惯似乎就是一些源于传统经典或普遍适用的行为准则，其与所在地域并没有特定关系，而且也不是“事先给定的一个法律原则，或者运行于有限区域内的一套地方规则”。〔81〕

巩涛认为中国清代称之为习惯的一般理解，与欧洲法律史专家对此概念的所指不同，他的这一观点还是相当有价值的。但是，由于他没有接触过实例档案，特别是没有结合商业案例资料，所以没有意识到将高度本地化的商业惯例写入合同是普遍存在的现象。事实上，客观存在着“只运行于有限区域内的一套地方规则”。这样我们应提问的是，习惯到底是怎么及为何走向规则和法律的？〔82〕谁从习惯中确定和提炼了规则？什么时候非正式规则适宜在审判机构使用？卡萝·罗斯认为，19世纪末的美国法院就已变得对基于习惯法的请求怀有敌意，因为他们害怕一旦未加以组织的集合体能够借助于习惯主张权利，那么习惯就会“逐渐取代有序政府”。的确，如果这个集合体能够在其法定能力范围内提出习惯法的请求，就必然意味其组织形态已被国家所承认。〔83〕

同样，中国清代也出现了类似情形。所有类型的组织（供货机构、行会、企业）把它们的自身规则和契约副本存放在地方官那里，藉此实际上“创建了一份立案记录”。同时，地方官允许一套非正式的规则或契约被“记录在案”，不过其目的不是针对它们签发许可，抑或对某一组织予以承认，而只是把契约中的规则和条款当作今后调处当事人争议的基准。〔84〕这样，法官不太费劲就可以找到现存的各种规则，而且就像卷入商业社会事务中的美国立法者一样，他们可以命令当事人服从这些规则，而不是自己颁布这些规则。〔85〕

非正式的民间规则是产生于习惯的一种标准。但在着眼于这种规则之前重要的是要记住，起码在商业关系中不同的交易场合适用不同的习惯。所以，虽然似乎存在一种宽泛的默契，也就是长期重复的交易产生和维持着不成文的商业习惯，但丽莎·伯恩斯坦的研究显示，哪怕是在小规模、关系密切的共同体社会中，交易参与人对特定规则的理解也不是总能达成一致。这一研究结论从中国行会或码头工会的商业纷争中得到了印证，地方长官被不断要求（在已存放了既定规则的办公室里）解决他们组织自身的规则争端。就此而言，伯恩斯坦认为是她所称的“弱式习惯”（weak-form customs）向交易者提供了“关系创制规则”（relationship-creating norms）。进一步地，

〔79〕 Jerome Bourgon, *supra* note [78], 54.

〔80〕 Jerome Bourgon, *supra* note [78], 56. 巩涛这里回应了滋贺秀三。

〔81〕 Jerome Bourgon, *supra* note [78], 57.

〔82〕 比较于为习惯所界定的财产，梅丽莎·麦考利对国家在“更为坚固的财产概念”上所施加的努力进行了讨论。Melissa Macauley, *Social Power and Legal Culture: Litigation Masters in Late Imperial China* (Stanford: Stanford University Press, 1998); Thomas Buoye, “Litigation, legitimacy, and lethal violence: why county courts failed to prevent violent disputes over property in eighteenth-century China”, in Madeleine Zelin, Jonathan K. Ocko and Robert Gardella, *supra* note [30], chapter 3, p. 94; 此外，埃利克森认为：“处在一个纷争叠起的不正规进行土地交易实践的社会里，立法者建立和实施统一规范是明智的。”Robert C. Ellickson, *supra* note [22], p. 255.

〔83〕 Yoram Barzel, *supra* note [14], pp. 741-742.

〔84〕 曾小萍在“中国财产权评析”论文(Madeleine Zelin, *supra* note [45], p. 17)中强调，自贡盐商寻求避免对契约性协议挑战的途径之一，就是把契约放在当地政府那里。不过，王国斌在他对中国商业的讨论中却忽略了这种相互作用的方式。R. Bin Wong, “Formal and Informal Mechanisms of Rule and Economic Development: The Qing Empire in Comparative Perspective”, 5(4) *Journal of Early Modern History* (2001), 387-408.

〔85〕 Robert D. Cooter, “Decentralized Law for A Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant”, 144(5) *University of Pennsylvania Law Review* (1996), 1643-1696.

这些规则随着契约关系孕育成熟,变得不再那么重要,渐次为“关系维持规则”所取代。不过,这两类规则都与交易者之间的关系息息相关,有时甚至与行业惯例和契约相脱离。带有法律上强制实施色彩的商业规则和契约条款在交易者期望彻底了结相互关系时开始发挥作用,然而关系创制规则和关系维持规则不具备“法律上的强制性”。

伯恩斯坦的研究强调了分析清代和民国时期的契约和财产案件时,区分一次性和持久关系的重要性。当讨论到契约本身时,我会折回到这一点。然而,即便看完所有案卷史料,我们也不一定能窥得关系全貌。事实上,我们看到的只是当事人已经进入最后裁决程序及决定结束关系时的那个部分。值得关注的是,既然所有社会里的人们往往是把诉讼当作警告装置,用以恐吓对方及施以影响,那么,我们认为中国历史案卷中那些没有做出裁决的争端不是“第三领域”(third realm)的调解,<sup>[86]</sup>而只是当事人之间期望继续保持关系从而只是把审判机构当成一种调节他们关系之需的工具而进行的马克·加兰特所谓的“诉讼和解”(litigotiation),即当事人只是试图调节而不是结束相互间社会/权力关系。因此,当我们收集案例材料时,我们应当建立一个包括了当事人姓名的数据库,以便发现他们出现在衙门里的频率,研究他们的语言,以及发现所有诉讼参与人所运用的非正式规则。并且研究诉讼当事人是正在展开关系维持规则或关系终止规则;审视审判机构或“第三领域”适用的规则是否来自外部,亦或基于诉讼当事人所用的规则。

民间规则或曰之行为准则(norm)究竟是什么?罗伯特·库特吸收了哲人乔治·冯·赖特的研究,把“行为准则的典型形式”(canonical form of a norm)阐述成是“某一阶层的每位成员(规则的主体)有义务(规则的特征)在一定情况下(规则的条件)去做某事(规则的表现),否则就应受到惩罚(规则的制裁)”。<sup>[87]</sup>当然,这里有许多种类的民间规则或行为准则,包括语言、文化、商业和法律规则、正式和非正式规则以及成文与不成文规则。这些准则或规则中有些是被组织内在化进而自行发生作用,另一些则是被外在的诸如群体性排斥、坊间飞短流长这些民间制裁所推行的,当然,其实还有一些就是被外在的法律制裁所强制实施的。

民间规则源于人们的往来与交易。<sup>[88]</sup>无疑,交往的类型决定了这些规则的种类及效力,其中,特别重要的基本元素是社交的距离和交往频率。埃利克森讨论过在当代加州的夏斯塔县,人们之间的社交距离越小,就越有可能通过非诉讼的方式解决纠纷,因为当事人拥有一个他们各方都知道的如何最好“扯平”(get even)的共识。<sup>[89]</sup>相反,莎莉·玛利通过对作为城市社会共同体之一的劳动阶层研究推断认为,“个体会寻求法律以避免共同体内部形成的纽带……”。<sup>[90]</sup>在她的研究中,走向法庭的是一些关系疏远退化的邻居,他们希望法律帮助他们进一步拉远关系,或者说最好是把关系做个了结。<sup>[91]</sup>此外,近代中国里的密切关系乃至家庭关系,并没有妨碍人们到衙门打官司。其中,影响人们选择打官司而不是保持密切关系的因素,就是所在共同体惩罚那些选择打官

[86] 黄宗智发展了这一观点。Philip C. C. Huang, *Civil Justice in China: Representation and Practice in the Qing* (Stanford: Stanford University Press, 1996). 有关“第三领域”的讨论,参见梁治平:《清代习惯法》,中国政法大学出版社1996年版,第11~14页;Thomas Buoye, *supra* note [82], p. 94.

[87] Robert D. Cooter, *supra* note [85], 1661.

[88] David Charny, “Illusions of a Spontaneous Order: ‘Norms’ in Contractual Relationships”, 144 (5) *University of Pennsylvania Law Review* (1996), 1841-1858, Symposium: Law, Economics, & Norms; Robert C. Ellickson, *supra* note [22], p. 167.

[89] Robert C. Ellickson, *supra* note [22], p. 264.

[90] Sally E. Merry, *supra* note [38], p. 173.

[91] Sally E. Merry, *supra* note [38], p. 39-40.

司的人的力度,以及一个人不想继续保持关系的程度。

事实上,在不断相互作用的共同体社会里,一个人有时是买方有时是卖方,因而存在着“恒定的诱因让所有当事人去遵守规则”<sup>[92]</sup>。确实,正如查尼所说,由于频繁的接触创造了可以共享的利益,提高了检测出来悖反的可能性,也提供了更多的惩治机会,所以交易系统很可能建立起一套更为有效的规则。所以,交易体系很可能产生更多有效的潜在规则。随之而来,无论是在关系密切的群体还是“分散的交易者”(dispersed transactors)中自生自发规则的发展都会分化成两条轨道:当使得这些规则范例化的制度缺位,抑或某一群体较之其他方式更加偏好自我实施,则这些规则就会仍然保持原来分散的、非正式的状态;同时,如果是更多借助于专业协会或同业公会之类民间组织的裁判/执行救济,抑或下面将看到的借助于审判机构这样的国家代理人,则会使得自生自发规则走向体系化、法典化和正式化。然而,这种非正式规则的行为塑造力是可以扩展的吗?换言之,源于紧密联系的群体中的非正式规则,能够在更大范围及人口中继续保持有效吗?比如,查尼怀疑“分散的、自发生成的规则”能够在“复杂的、地理分散的、大众化的市场”中产生效力。<sup>[93]</sup>当然另有学者认为,只要信息流是合理晓畅、相对迅疾的,依赖于“声誉纽带”(reputation-bonds)得以实施的非正式规则在较大的区域内依然有效,即使这些区域内没有或者很少有重复交易。<sup>[94]</sup>

这种讨论让中国研究中的一些重要问题浮现出来。比如,中国的同行公会和同乡会类似于传统的犹太钻石商吗?当置身于较远的社会距离,甚至缺乏重复交易的情境中,他们的那些非正式的、非契约性的规则体系能够自我维系吗?抑或这些组织只是在狭窄的地域和社会范围内运行?18世纪重庆的“客商”意味着什么?他们的交易费用更高,是由于他们的“声誉信息”(reputational information)成本更高吗?谢尔曼·科克伦(Sherman Cochran)的研究认为,中国商人还是乐意从他们自己的关系网之外雇佣优秀的代理人,<sup>[95]</sup>但是这些代理人使用他们老板自己的规则吗?位于不同关系网的平等个体是如何交易的?一个宁波商人是如何在上海与一个广州商人达成协议的?契约守则和商业守则孕育构建长距离、大范围且又是熟人社会的民间规则和信誉网里,扮演着何种角色?然而,不管这些问题最终被如何回答,至少现在可以断言的是:虽然这些关系网络产生于“法律的覆盖范围”之外,抑或至少主要是由习惯和非正式规则所左右,也就是罗伯特·库特所指的“分散化的法律”(decentralized law),<sup>[96]</sup>但是如何维持它们的运行才是重中之重。这就在一定程度上又一次引发这样的问题,亦即到底是“国家参与”还是“国家不参与”的情况下交易成本会更高。

如同习惯和民间规则,契约不是自上而下强加的“统一化的法律”(centralized law)的一部分,而是“个体对后果的一种主观评估”。<sup>[97]</sup>或者正如罗伯特·克拉克(Robert Clark)所说的,在契约性民间规则的创制上,自主的当事人借助协议创建了属于自己的规则,给他们自己制定法律。<sup>[98]</sup>

[92] Richard A. Epstein, “The Path to T. J. Hooper: The Theory and History of Custom in the Law of Tort”, 21(1) *Journal of Legal Studies* (1992), 1-38.

[93] David Charny, *supra* note [88], 1847-1848.

[94] Lisa Bernstein, *supra* note [21], 140.

[95] Sherman Cochran, *Encountering Chinese Networks: Western, Japanese, and Chinese Corporations in China, 1880-1937* (Berkeley: University of California Press, 2000).

[96] Robert D. Cooter, *supra* note [85], 1643.

[97] Robert C. Ellickson, *supra* note [22], p. 255.

[98] Robert C. Clark, “Contracts, Elites, and Traditions in the Making of Corporate Law”, 89(7) *Columbia Law Review* (1989), 1703-1747.

而根据梅里尔和史密斯的观点,契约是一种对人的权利,这个特征使之与财产权相区别。比较而言,财产权所体现的是对物权,它是一种“对世利益”,使用清晰、易懂像界限这样的“典型标识”(gross proxies),以较低的成本向“为数众多的不确定人群”传达出所有者身份。与此不同,作为对人权的契约只对当事人具有约束力,而且是“需要少数身份确定的当事人理解涉及他们各自权利义务的诸多信息。”<sup>[99]</sup> 他们进一步阐述认为,在典型的双边契约里,当事人可以就其权利义务进行自由约定,这对第三方不产生任何效果。<sup>[100]</sup>

基于这一特定的视角,前面的讨论暗示着看待中国经验时会面临的一个危险。布叶认为,随着时间的流逝,在财产交易中对亲友进行澄清的要求逐渐变弱;<sup>[101]</sup> 关文斌研究发现,衙门会在家族首领反对的案件中支持个人财产所有权。<sup>[102]</sup> 然而我将要讨论的是,不管是否愿意,中国的交易者把他们自己理解为是多边的关系网的一部分,而不是简单的双边交易主体。曾小萍对自贡的研究提供了一些贴切的实例,比如,没有事先商量不得转让股权的复杂公司交易,以及个人财产权与共有财产权之间边界模糊形成的紧张局面。类似地,还有冯绍霆、奥斯本(Osborne)和布叶所讨论的,财产流转中的追加支付的请求不单来自卖方,还来自卖方的亲友。<sup>[103]</sup> 这些契约所存在的持续费用追加的特征好像是抬高了交易费用,而且使得财产权不那么清晰,但是,无论是高额的交易费用还是“混乱”的权利,似乎都没有对土地或其他利益市场的快速发展产生阻碍。当然,当继续探讨这些进程以及分析和解释中国社会中的契约时,我们无疑需要更好地把握第三方效力或代理人的作用。比如,交易中的当事人是独立作为还是为他人作为? 中国契约中的第三方效力难道无可避免,抑或契约在多数情况下就是简单的双边关系?

正如曾小萍所说,清代法典对经济采取相当宽松的放任态度,<sup>[104]</sup> 职是之故,当我们面对这些问题寻求帮助时,往往不是求助于“法定的集权者”和常规的契约理论家,而是从埃利克森、伯恩斯坦和斯图亚特·麦考利(Stuart Macaulay)这样的学者那里寻找答案。因为这些学者不是对契约原则,而是集中对于群体规则加以研究,探讨了它们对交易关系的构想、产生、发展及结束的深刻影响。<sup>[105]</sup> 例如,伯恩斯坦断言,在一个给定的市场里,当事人一旦发现“产业规则给他们带来了利益”,“法外规则就会优位于法律规则”。<sup>[106]</sup> 尽管这些当事人没有办法避开正式契约,他们可以把合同的履行让位于没有明确说明的,有时甚至是不可强制执行的关系维持规则,所余下的契约中那些有法可循的部分,只是用以对“关系终止规则”的详细说明。

[99] Thomas W. Merrill and Henry E. Smith, “The Property/Contract Interface”, 101(4) Columbia Law Review (2001), 773-852. 这篇文章就财产权是一种契约权的错误论调,对两者的差别进行了专门讨论。

[100] Thomas W. Merrill and Henry E. Smith, supra note [99], 775, 777.

[101] Thomas M. Buoye, supra note [43], p. 101, 185.

[102] Man Bun Kwan, supra note [42], p. 269.

[103] Madeleine Zelin, supra note [45], p. 17; Thomas Buoye, supra note [82], p. 94; Anne Osborne, supra note [74], p. 120; Feng Shaoting, “Supplemental Payment in Urban Property Contracts in Mid to Late Qing Shanghai”, in Madeleine Zelin, Jonathan K. Ocko and Robert Gardella, supra note [30], chapter 7, p. 209.

[104] 曾小萍强调,虽然清朝政府把它的权威建立在债的裁判上,但它的法典化法律自身在其他方面只关心维护市场的开放和价格的公道。Madeleine Zelin, supra note [45], p. 17.

[105] 最近有关经济增长与自我强化的政治制度之间的关系讨论, see, Avner Greif, “Self-Enforcing Political Systems and Economic Growth: Late Medieval Genoa”, In Robert H. Bates, Avner Greif, Margaret Levi, Jean-Laurent Rosenthal, Barry R. Weingast (Eds.), *Analytic Narratives* (Princeton: Princeton University Press, 1998), pp. 23-64.

[106] Lisa Bernstein, supra note [21], 117.



伯恩斯坦的研究(虽未专门提及)与斯图亚特·麦考利和伊恩·麦克尼尔(Ian Macneil)的作品有异曲同工之妙,他们被认为发展了关于契约的关系主义视角。麦克尼尔认为,普通的商业契约不是陌生人之间关系“不连续的交易”(discrete transaction),而是处于共同体成员之间的连续性关系里。用罗伯特·戈登的话来说,就是“他们的契约被看成更像婚姻,而不是露水夫妻”。<sup>[107]</sup> 在斯图亚特·麦考利看来,当意外事件引起契约履行上的问题,当事人就会试图表现为相互理解并相互支持。甚至他们还会履行当下“不利的契约”(disadvantageous contracts),以获得信誉在今后加以利用。<sup>[108]</sup> 这就像一对夫妇,只有当他们实在无法维系婚姻时,才会去法院离婚。因此,当事人只有在他们持续的关系不可挽回时,方会选择打官司。<sup>[109]</sup>

斯图亚特·麦考利还认为,他研究的商人们推动实施他们之间的谈判时,所依赖的不是法律,而是他们内部设置的关系规则和罚则,比如,信誉担保;以生产优质满意的产品为后盾;停止与任何违反内在规则的人做生意。<sup>[110]</sup> 通常,交易者们不是直截了当地依据法律来安排交易的,即使依据法律行事,他们也会客气地商量着解决问题,“就好像原来任何的契约都不存在一样”。<sup>[111]</sup> 置身于这样的情境里,法律所提供的工具和规范,只有在关系破裂时才能用上。卡罗·罗斯在寻找与其研究匹配的“清晰”和“混乱”的财产规范中,概括了麦考利的论述要点。重说一遍就是,面对面的历次的交易建立起合作与信任,这进而限制各种不良行为。立足于这样长期的关系,契约被描述成是具有弹性和不确定性的。只有对那些你能放弃的生意,你才会签订条款约定“曲直分明”(hard-edged)的契约。<sup>[112]</sup>

不管框定协议的规则种类是什么,抑或协议的内容是什么,争议还是不可避免地发生,而且往往发展到打官司的程度。当事人是否优先选择替代性纠纷解决方式,并且只有在前者不能的时候才诉诸于审判机构,是一个极有争议的问题,但这不是我在这里要讨论的。但是,需要指出的是替代性纠纷解决方式的存在肯定会降低当事人打官司的可能性。就像查尼所观察的,如果类似仲裁这样的替代性纠纷解决机制的成本低于诉讼,那么争议人就会选择仲裁,即使打官司这种“更有威慑力”(more intimidating)的纠纷解决机制相对于仲裁更能让当事人依据自身的意愿相对简单地解决纠纷。<sup>[113]</sup> 虽然查尼的观察可以被中国 20 世纪以前的情况佐证,但是并不完美。那时,无论是宣扬司法衙门的“威慑力”还是限制递交非刑事状纸,都旨在引导当事人凭自身力量解决纠纷,抑或寻求通过非诉讼第三方的过程来解决。

因此,正如约拉姆·巴泽尔对于财产权描述的争议中所讨论的,无论当事人是否去递交诉状,审判机构都会对争议处理的结论产生影响。<sup>[114]</sup> 基于对审判机构审判结果的预判,当事人即便没有选择打官司,审判机构依然会对纠纷解决结果产生间接的影响;当审判机构被用来解决纠纷时,它的影响当然就是直接的。在巴泽尔那里,当事人决策中具有决定性的因素,就是能否得到清晰的

[107] Robert Gordon, “Macaulay, Macneil and the Discovery of Solidarity and Power in Contract Law”, *Wisconsin Law Review* (1985), 565-579.

[108] Stuart Macaulay, “An Empirical View of Contract”, *Wisconsin Law Review* (1985), pp. 465-482.

[109] Stuart Macaulay, “Non Contractual Relations in Business: A Preliminary Study”, 28(1) *American Sociological Review* (1963), 55-67.

[110] Stuart Macaulay, *supra* note [109], 63-64.

[111] Stuart Macaulay, *supra* note [109], 61.

[112] Carol M. Rose, *supra* note [55], 607.

[113] David Charny, *supra* note [88], 1852.

[114] Yoram Barzel, *supra* note [14], pp. 98-99.

结论。如果当事人预期审判机构的裁判是模棱两可的,人们就会避免打官司,因为权利界定的不确定性已给他们带来了成本,再产生一个模糊的判决只会抬高那些成本;可是,如果当事人预期审判机构能够做出“泾渭分明”(bright line)的裁判,让权利界定清晰化,人们就选择打官司,毕竟财产权的清晰界定将减少未来进行交易的成本。乍看之下,巴泽尔的分析具有普适意义,可它把是非判断与解决纠纷的结构混为一谈。此处要说的是,中国清代地方官僚一般所做出的“泾渭分明”的裁判,可以让人清楚地看出谁是谁非(或者站在他的角度是“有理由的”),但是,相同的这些法官可能会精心安排一些法庭和解,让“胜方”向“败方”妥协。此举不仅可让“败方”觉得裁决不太像起初那样清楚,而且也导致布叶在他论文中提到的强制执行问题的产生。可以说,恰恰正是这种审判机构裁决的不确定性,促使人们(比如商人)反而可能为了持续的关系而折回衙门,以为了延续他们自己卷入的案件所传递下来的裁决档案资料。<sup>[115]</sup>

其实,让审判裁决清晰地界定权利,以及让当事人在法律自身清晰的情况下通过磋商达成和解,都更为简单。根据罗伯特·库特的观点,<sup>[116]</sup>模糊的规则可能导致法律权利的不确定性,相应导致当事人难以把握住制约对方的要害,继而妨碍他们的商谈。当然,如果当事人对清晰法律产生含糊理解,或者他们忽视法律,那么类似情况也会产生。所以,以后研究中需要关注的问题并不是地方司法官是否在断案中援引法典,而是当事人在构造相互关系时是否会考虑法典或者地方性规则。他们是否把自己限定在“法律覆盖范围”之内行为?面对一起违法交易(例如,卖老婆或者使用一份规避纳税公章的空白契约),在没有制约对方的要害时,他们到底如何“假定对方能够履行”(presumption of compliance)?同时,如果合同的制定是依据非正式的实践而不是正式法律,那么当判决却是依据正式法律做出时,他们又是如何应对的?埃里克森在他所研究的加州牧场主的案例中推断认为,人们只是简单地抵制与民间常识不一致的东西,他们并不会在当地法庭否认非正式规则的效力后改变他们的观点。<sup>[117]</sup>此外,在中国的清代,如果出现地方官的裁判与当事人基于民间规则的观念不一致,可能意味着当事人会抵制判决的执行,这种抵制甚至以暴力进行。

或许这种官方裁决与争议人预期的不一致,也是丽莎·伯恩斯坦所观察模式的功能之一。换言之,审判机构和当事人可能会对终止关系的规则达不成共识。伯恩斯坦认为,当交易各方走进法庭时,他们就准备好了结束他们之间的关系。此时,过去为履行契约用来融通关系解决争议的关系维持规则,不再有效。面对这场一了百了的官司,他们试图使用明确的契约条款,来迫使对方最终履行,抑或干脆断绝关系。可是,斡旋于交易各方冲突之间的审判机构,却努力在裁决中不断发现和唤起潜在的关系维持规则。事实上,有理由相信这也是中国地方司法官在做出是非立判的裁决时,很可能尝试去做的。

不管审判机构裁判的性质是什么,正式诉讼被认为代表“公众利益”(public good)。虽然对于当事人各方来说,诉讼的成本更高,可它不像调解或仲裁,其相应做出的裁判是可以公开的,能够产生判例,相应地也创制和强化了内在的裁判规则。<sup>[118]</sup>而且审判机构借助于所产生的这些裁判规则,对权利义务加以进一步界定,据此又减少了未来的交易费用。虽未得到证实但是可以认为,中国清代地方官僚的裁判不能形成判例,只有皇帝的上谕可以做到令出成例。然而,仍然有理由相

[115] 清华大学和上海大学法律史教授田涛已经从皖商后裔那里获得了一些收藏品,也可参见曾小萍1994年有关国家与商会的讨论。

[116] Robert D. Cooter, *supra* note [85], 1692.

[117] Robert C. Ellickson, *supra* note [22], p. 115.

[118] Owen Fiss, "Against Settlement", 93(6) *Yale Law Journal* (1984), 1073-1090.

信清代的正式诉讼确实产生了同一类型的“公众利益”。所以,虽然当事人在诉状中不能援引律令,却反而能适用地方官及其前任对同样或近似纠纷所做出的先例。正因如此,一些商贾之家对于自己身为当事人的每一份衙门判决,都保留副本并传承下去,甚至还汇编他们自己的判例档案。藉此,他们可以提出某种纠纷曾经如此处理过,即可照此办理,无需旧话重提;同时,如果这种无需受理主张不被接受,他们就会转而主张,任何新的问题应在过去案例裁判规则的基础上进行审理。最终,这种在 19 世纪激增的判例集和汇编,成为新近就职的地方官裁判据以参照的“先例”。这些判例集里的案例解释,无论是基于像巩涛讨论的普遍原则还是当地习惯,都在客观上形成了一个有影响力的解释框架,即便地方官的新管辖区域从地理上远离编撰判例的人所在区域,也同样如此。

#### 四、结论

本文梳理和评论了交易成本、财产权利、民间规则、契约和审判机构一系列法律和法律经济学的学说,目的是试图将之当作比较分析工具,来决定它们在近代中国财产和契约研究中的效用。由于本研究是对交易费用和财产权基准的一个回应,所以,这里所关注的只是该学说中的一个特定领域,而对涉及共有权、共用资源以及“公共领域”(public domain)等宽泛意义上的许多文献,没有加以考虑。通过对这一研究的评论,笔者认为,它为中国历史学家提供了一些有启发性的知识碎片,但也提示了出于种种原因,对它的运用应持之以慎重。首先,需要对它的解释张力有所认识。其次,它集中于对经济发展的关注会扭曲我们的视角,特别是仍然处在把握近代中国经济关系的基本原理和表达的阶段。第三,这一理论领域中比较清晰的观点是,尽管“混乱”的产权体制会妨碍交易,让产出难以实现最大化,但人们常常情愿放弃产权的清晰和确定性,有时会在一些边缘“法律”权利上做出一些让步,所有这些是为了避税或者直接把握商机。值得关注的是,这种产权不清晰及相应产生的不稳定性,既没有迟滞近代中国的土地市场发展,也没有成为当代中国经济改革和发展的阻碍。<sup>[119]</sup> 第四,借用詹姆斯·斯科特的话来说,涉及财产权和契约的理论中的许多内容“看上去跟市场一般无二”。<sup>[120]</sup>

特别是上述最后一点再次提醒我们,事实上近三百年以来,英美法系的产权研究已把财产权利和政治权利紧紧连接在了一起。边沁曾经强调过财产权的经济利益,提出财产权的安全很重要,“倒不是缘由于财产权是一种带有政治色彩的权利,而是认为能够保护财产安全的社会才是富有的”。<sup>[121]</sup> 不过,这里让我感兴趣的是亚当·斯密的观点,他把财产权看成是“所有其他权利的守

<sup>[119]</sup> 当代中国的情况尤为明显。无论是对于掌握着作为最初投资的“国有”知识产权的“私营企业”中的科研机构,还是那些对于所拥有的资产归属集体所有视而不见的乡镇企业,当代中国改革三十年建立在一个完全不透明的产权基础之上,却仍然充满了经济活力,发展迅猛而且获利颇丰。许多企业家抱持“不问不说”的对策,只有当谨慎小心的外国投资者出于审慎评估要求回答时,财产权和所有权问题才会被澄清。然而,当国家不能容忍这些含糊不清的产权结构或者声明自己的财产权利益,以及当出钱购买资产以让这种结构合法化的耗费攀升时,新制度经济学的讨论才会引人关注。关于缺乏清晰明确私人财产权时经济如何发展的研究,see, Jean C. Oi, *Rural China Takes Off: Institutional Foundations of Economic Reform* (Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1999).

<sup>[120]</sup> James C. Scott, *Seeing Like a State: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed* (New Haven: Yale University Press, 1998).

<sup>[121]</sup> Carol M. Rose, *supra* note [57], 329.

护人”，而在罗斯对财产权的政治性调查中，它又被称为“基石性权利”(the keystone right)。<sup>〔122〕</sup> 肯尼思·米诺格指出，在洛克之后，财产权被当作是“政治哲学的本质”。<sup>〔123〕</sup> 米诺格概括了近代英格兰的财产权作用：财产权把政治阶级与非政治阶级区分开来；它象征着“独立、责任和自由”；它不仅使得所有权人不用再依赖他人，而且成为抵制专制政府的轴心。<sup>〔124〕</sup> 根据洛克的观点，财产权产生了宪政政府；同时，只有纳税义务而没有代表权利违反了“基本的财产法”。可见，财产权是英美政治和法律文化中一种基础世界观，也是或隐或现地植根于法律和经济学说中的一种基础世界观。

然而，在近代中国乃至中国历史的多数时期里，财产权在政治性论述中的作用却是微不足道的。正如我起初所说的，中国帝王们毫不犹豫地相信，经济权力的集中，尤其是土地集中，会导致政治权力中心更迭的可能，并且对国家产生威胁。所以，在两千多年皇权历史的不同时期中，他们强制实施分割继承制，打破大私有财产制(包括宗教体系的财产在内)，推行所有土地每隔十年重新分配，鼓励土地的可转让性，以及对长江下游的富庶农田课以重税。问题在于，中国有关财产权论述的匮乏，就是造成恰当的财产权一词缺位的因素之一吗？可以说，虽然中国历史的每个时期都有不少术语描绘繁复的土地使用，可是似乎没有形成一个对财产权的总览概括。但是这并不妨碍少数人拥有大量土地，正如去衙门打官司的当事人即使没有“权利”这个词，照样可以对他们的主张和责任加以争辩一样。

当然我所讨论的是，财产权在中国从未变成一种基础世界观，亦从未成为借以分析政治权力的本质或者构建国家与个人关系的路径。其原因在于，实际上一直到20世纪，中国的“家族”始终被作为基础世界观，从而排除其他财产权观念的产生。如同曾小萍在本书所写的，在中国我们发现了“对于国家超凡能力的一种强烈信任，即相信它可以做出对人民最有利的决定和安排。”<sup>〔125〕</sup> 国家家长主义是传统中国对国家与人民之间关系的理解，政治学说正是基于这个框架产生的，其间，君主是天子又是国父。同时，位于这种帝王官僚政治体系另一端的州县地方官，他们作为父母官允许宗族实施自己的规则，可以让族长管制他们的家族，已然成为构建社会秩序的基石。这里，家族是一个国家不会闯入的独立空间，家族的首脑秉承了“父爱主义”之光，就像父亲该做的那样代表着所在的共同体。不过这并非单单由于他拥有财富。此外，虽然财产的世袭罔替使得家族建起了复杂的共同土地所有结构，以对抗国家的分割继承制，可是涉及这种实践的讨论只是局限于孝道之说。此后，直到19世纪晚期和20世纪早期，特别是新文化运动后的10年代晚期及20年代早期，作为基础世界观的家族支配力量才走向了式微，而诸如财产权这样的社会权力结构逐渐成为另一种基础世界观。

(责任编辑:宾 凯)

〔122〕 Carol M. Rose, *supra* note [57], 333.

〔123〕 Kenneth R. Minogue, “The Concept of Property and Its Contemporary Significance”, in J. Roland Pennock and John W. Chapman (Eds.), *Nomos XXX (Property)* (New York: New York University Press, 1980), pp. 3-27.

〔124〕 Kenneth R. Minogue, *supra* note [123], pp. 7-8.

〔125〕 Madeleine Zelin, *supra* note [45], p. 17.