

# 民间法在制定法变迁过程中的功能

## ——以制度变迁理论为分析视角

喻 中

(重庆行政学院 法学部, 重庆 400041)

**摘要:**民间法不仅存在于乡土社会,也存在于都市社会。民间法并不是孤立地存在,而是与制定法形成了一种冲突式合作的复杂关系。从制度变迁理论的角度看,正是获利机会的出现刺激了民间法的滋生与制定法的回应,二者之间的反复博弈,促成了制定法的变迁。从法理学上看,应该特别重视民间法对法律制度变迁的独特意义。

**关键词:**制定法;民间法;制度变迁;法律制度;冲突式合作

**中图分类号:**DF0 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-5315(2003)05-0026-07

### 一 引言:制度变迁理论视野中的制定法与民间法

国家与社会二元对立的认识原则由来已久。无论在法学界还是在社会人类学界,学者们集中关注的,大多在于强调这样一个事实:即除了源出于国家立法机关的制定法之外,还存在着一个影响不小的民间法;这些存在于民间社会(其中又主要是“乡土社会”)的民间法规则,不但自有其生长、发展和演变的历史,而且还形成了一种相对独立、甚至还可能是相对封闭的民间秩序<sup>①</sup>。

仅仅就民间法而谈民间法,虽然有助于纠正法律观念的偏狭,有助于提醒人们注意:在法律世界中,在国家制定法之外,还有产生于社会的民间法。但是,正是这种就事论事的思维模式,在拓展了法学视野的同时,却可能人为地在制定法和民间法之间划出一道鸿沟,把一个原本是有机联系的法律共同体割裂成彼此分离的两大部分。也许正是有鉴于此,在一项关于清代民事司法制度的研究中,黄宗智提出了制定法与民间法之外的“第三领域”概念,意思是,在制定法与民间法之间,存在着一个“第三领

域”,其基本形式是通过官方和民间博弈的方式解决纠纷,“正是在这里,国家与社会展开交接与互动”[1](107页)。黄氏提出的这一概念自有其不容忽视的理论意义,那就是,指出了在制定法与民间法之间存在着极为密切甚至是相互交融的联系。但是,在黄氏所讨论的第三领域概念中,这种联系的基本功能又仅仅局限于解决民事纠纷。然而,除此之外,还有没有其他的功能和作用呢?

在社会生活中,制定法与民间法之间到底发生了什么,那些正在发生的动态过程对于法律制度的变迁有何意义,同样是一个值得进一步追问和探究的社会之谜。要解开这个谜底,或者说要真正理解民间法与制定法的内在联系,就必须找到一些有用的工具。这样的工具也许不止一个。目前,经济学界日渐成熟的制度变迁理论,正好可以给我们提供一件这样的工具。

制度变迁理论来源于诺思在经济史研究中的发现。归纳起来,制度变迁理论的要旨是:分析变化了的自然环境、技术水平、人口结构、产权、道德文化、意识形态等等诸多因素如何向人们提供了新的获利

收稿日期:2002-12-21

作者简介:喻中(1969—),男,重庆大足人,重庆行政学院法学部讲师,主要研究法理学。

机会,从而提供变革旧制度、创造新制度的动机;为了获得更大的收益或节约某些交易成本,人们必须进行制度创新。这一理论演进基本上依循着以下三条线索展开。(1)在需求方面,科斯创立的一个基本观点是,制度是在变迁所获收益超过变迁所需成本时实现的,他特别强调交易成本在制度变迁中的重要性。诺思、托马斯等人继承和扩展了科斯对制度变迁的需求分析,提出了需求导致制度变迁的理论观点,他们构造了一个需求分析框架,即在现有制度结构下,当由外割性、规模经济、风险和交易成本所引起的收入的潜在增加不能内在化时,一种新制度的创新可能应运而生,并使获取这些潜在收入的增加成为可能。(2)在供给方面,拉坦和速水特别强调影响制度供给的诸因素。他们认为,制度变迁的供给依赖于知识基础和与收益相关的创新成本两个因素,并进而断言,如果我们拥有的社会科学知识越多,我们设计和实行制度变迁就越顺利。沿着拉坦和速水等人的思路,诺思在《经济史中的结构与变迁》一书中,对其以前的需求分析框架作了进一步补充和发展,把制度变迁的供给方面纳入其理论视野之中,认为国家的目标、意识形态等等都可能影响到制度的供给。(3)1980年代末期,菲尼立足于诺思等人已有的著述,力图把制度的需求方面与供给方面结合起来,建立起制度变迁的实证模型,并提出了一个分析制度变迁的启发式框架。该框架将比较静态方法与演进观点融为一体,旨在反复考察制度安排的演变。其基本思路是:从时间和空间的特定一点开始,最初阶段上的制度创新成为相继几个阶段上各种要素的组成部分,制度安排的某种起始的均衡由于有一个或几个外部因素的变化而受到冲击,为此,可以采用比较静态的分析方法来分析外部冲击对制度安排的均衡所产生的影响[2]。

通过制度变迁的需求与供给的分析,特别是菲尼建立的综合需要和供给的分析模型,把比较静态与演进观点融为一体,以考察制度结构和制度变迁。它不但可以构成一种有效的经济学分析框架,从本文的立场来看,它同时也可以成为法学研究的一种重要方法或进路。因为,法律也是一种制度性构架,法律的变迁也离不开制度变迁的一般规律,事实上,制度变迁本身就包括了法律制度的变迁。

根据制度变迁的一般理论,制度安排可分为两类,一类是基础性制度安排(fundamental institutional

arrangements),另一类是第二级制度安排(secondary institutional arrangements)。在一个渐进性的历史变革过程中,在基础性制度变迁之前,很有可能发生的是第二级的制度安排,按照诺思和托马斯的看法,“这种背离、修改或者绕开现存基础性制度安排的变化会不断地产生压力,从而导致对基础性制度安排进行更根本性的修改”。我国有学者对此作出了进一步的发挥,他认为,由于基础性制度安排具有公共物品的性质,第二级制度安排具有私人契约的性质,所以具有公共选择性质的制度安排的确立需要多个人之间的一致同意,或需要由政府来推进,它比两个人之间达成契约性安排要困难得多,所以,与基础性制度安排相伴随的变革所需要的费用,要大大超过以契约形式为代表的第二级制度安排相伴随的费用。政府制定的法律规章制度和私人的市场契约安排,非常类似地对应于基础性制度安排和第二级制度安排<sup>②</sup>。同时还可以比较贴切地对应于制定法和民间法。

当代社会和经济生活中已经涌现了许多这样的案例,即通过制定法与民间法的共同参与,特别是通过制定法与民间法之间的冲突式合作,最终促成了某种旧的法律制度向新的法律制度的转化和演变。为了证明这一猜想,同时也使下文的分析有所依附,不至于太过空泛,我们将借用陈郁曾经描述过的一段上海股票交易制度发生和演变的历史为例[3](32—41页)。

## 二 案例简介:上海股票交易制度的发生与演变

历史上的股票交易曾经出现过两种形式:证券交易所内进行的交易和柜台交易。证券交易所内的交易高度组织化和制度化。而柜台交易不同于前者的地方主要有三点:一是交易柜台分散,规模大小不一;二是成交价格是协议价格,即由证券自营商与客户协商确定,而交易所的价值是拍卖价;三是适于小额零散的投资者,对交易数额没有任何限制,而证券交易所一般要达到一定数额才能进行交易。

1984年11月14日,上海第一家公开发行股票的企业——飞乐音响公司发行股票50万元,并由原工商银行上海分行静安信托分部(以下简称“静安信托”)首次办理代理发行业务。此后,股票持有人就开始提出转让要求,并进行了一些自发的实际转让。对此,中国人民银行上海市分行及时作出的相

应规定是:持有人要转让需自找对象,并到代理发行者那里办理相应的转让手续,其转让价格为中国人民银行上海市分行统一规定的票面金额加银行活期储蓄利息。据考证,这是最早的股票转让活动。显然,这种股票转让活动是极受约束的:一是转让价格受到限制;二是要完成转让只有到唯一的原代理发行者那里办理过户手续。而原发行代理只是一个过户机构,还起不到交易中介的作用。

政府为了对逐渐出现的股票交易要求作出回应,1986年9月26日,经中国人民银行上海市分行批准,“静安信托”首次成立了证券业务部,开始公开挂牌代理买卖股票,出现了最早的股票柜台交易活动。对于转让价格,上海市人民银行仍做出了规定:票面金额加上至成交时预测的股息和红利。在以后不到一年的时间里,开设股票交易柜台的从“静安信托”增加到交通银行、农业银行等9家单位。

随着柜台交易的兴起,中国人民银行上海市分行于1987年1月5日制定了《证券柜台交易暂行规定》。该规定的第七条指出:“经营证券柜台交易的金融机构受托后,根据委托人委托日期先后予以登记,通过公开挂牌等方式帮助物色对象。对象落实后,按价格优先和时间优先原则填具成交单予以成交。”这项规定表明了政府的态度:放开股票交易价格,实行随行就市。由此,交易的当事各方可以利用个人掌握的知识或信息来形成对自己有利的协议价格,再加上交易场所分散导致的市场的不完全,为私下转让创造了条件。

股票的私下交易在1987年已有一定的规模。据《新闻报》1987年7月28日报道:“‘黄牛’活动猖獗,已经从开始时的躲躲闪闪的‘门外交易’,发展到现在公然截住来此出售证券的顾客,强行收购。”股票私下交易的出现,“黄牛”起了很大的作用。因为他们对各个证券交易点每天的牌价十分清楚,他们利用价格的差异倒卖倒买,获取利益。尽管政府多次动员力量对这种以“黄牛”为代表的私下交易活动进行打击、取缔,但这类活动总是“死灰复燃”。其中中原因是:“柜台交易分散后,各家自订收入价和卖出价,难于体现(证券交易)一个时点一具竞争价的原则。信息不灵,流通不畅,价格难称公开”(《新闻报》1987年10月3日)。

到1990年,由于深圳出现人人争购股票的热

潮,股票严重地供不应求,5—6月间,深圳“冲击波”蔓延到上海。7月,上海股市终于被炒热,场外股票私下交易异常火爆,上海股票私下交易达到了顶点。据《新闻报》1990年7月28日报道:“这几天,上海股票市场热得出奇,仅本月25日一天,静安证券业务部成交的股票就达90万以上,相当于今年上半年股票交易总量的十分之一。”

股票的暴涨以及由此导致的私下交易,引起了政府的注意。1990年8月3日,中国人民银行上海市分行向各家开有股票交易柜台的单位下达了《关于加强股票市场管理的通知》,该通知立足于价格干预和取缔场外交易,指望以此遏制股票暴涨局面,杜绝股票私下交易。具体措施有:“各柜台每天代理买卖的成交价格,必须在金管处加权平均价格上下3%的幅度内浮动……,所有未经柜台办理的场外交易,柜台一律不予接受,不得办理过户。”

政府的这番努力效果如何?不妨先看价格。8月3日“通知”下达后,各柜台的成交价均执行3%的浮动范围,由于这时股票上涨势头强劲,每天3%幅度的上涨限制下,绝少有人愿意以柜台挂牌价抛售,结果只会有“有行无市”。因为在1990年11月至12月《新闻报》刊登的“上海股票行情”栏中,只有各种股票的买入价,而没有卖出价数字。不过此时场外的私下交易却依然红火,远道而来的深圳客与上海本市“黄牛”一拍即合,相互合作,四下搜括投票,各得其利。股票私下交易的双方是这样来对付3%的限价措施的:买卖双方先在场外谈好了价格,然后大模大样地去柜台按限定挂牌价合法地办完了手续,出了门,再由买方私下将差价贴给卖方。

再看取缔场外交易的情况。1990年8月22日,中国人民银行上海市分行为打击股票私下交易颁布了新措施,规定:私下成交或指定卖出对象的股票,证券机构一律不准办理过户手续。11月21日,中国人民银行上海市分行、上海市工商行政管理局和上海市公安局联合发布了《关于取缔有价证券非法交易活动的通知》,该通知措辞之严肃、立场之鲜明,为数年来有关证券市场的地方规章中之最。然而,在高额利润的诱引下,过户虽难,但总有些神通广大的人操起了过户的行当。“过户专业户”甚至“过户公司”应运而生。各种按规定都不能过户的股票一到“过户专业户”手中,便能起死回生,通过内部疏通实现过户。1990年12月19日,上海证券

交易所成立,结束了上海股票柜台交易的历史,股票的私人交易从此开始销声匿迹。上海股市由一个柜台交易伴随着“黑市”交易的阶段走向了“白市”。

### 三 制定法与民间法的冲突式合作在制定法变迁中的作用

在上海股票交易法律制度的变迁过程中,我们可以发现,有两种规则一直难分难舍地搅和在一起,第一种规则是政府出台的正式规则,为简便起见,我们可以称之为制定法规则;第二种规则是民间自发出现的非正式规则,与制定法规则相对应,我们可以称之为民间法规则。而1990年12月19日上海证券交易所的正式出现,作为一种新的法律制度(即基础性制度安排)与这两种规则都有至为密切的渊源关系,不妨说,正是发生在制定法规则与民间法规则之间的一系列冲突性合作关系,共同塑造了今日上海乃至全国的证券交易法律制度。

1984年11月14日,代表政府一方的中国人民银行上海市分行批准飞乐音响公司发行股票,尽管这不过是一次行政审批行为,但在本文所述特定的背景下,却可以被看作是政府出台的有关股票制度的第一个制定法文件。正是这个制定法规则,为社会公众孕育了一个可能获得巨额利益的潜在机会,并造就了最初的一批股票持有人。只是,政府虽然批准了发行股票,但股票发行之后,社会公众会出现什么样的制度需要,政府并没有作出进一步的规定。这时候,民间社会将会出现的不可避免的现象是:一些股票持有人由于对股票的远期收益信心不足,或其他种种原因,希望转让手中的股票;而一些没有买到股票的人则可能因为相反的收益预期而要求投资股票。于是,股票转让制度就成为了一种难以遏制的社会需要。在政府出于成本的考虑,没有提供转让制度和规则的情况下,伴随着一些自发的股票转让活动的出现,民间社会为这种转让活动提供了相关的制度和规则。

为什么会出现这种由民间替代政府供给股票转让制度的现象?从制度变迁理论来看,最主要的原因还在于成本与收益的对比。只要在民间自发的股票转让者之间相互协商,形成一定的规矩,就能实现自己的利益最大化;这些没有经过政府认可的转让规则当然包含了一定的风险,但这些可以采取一定方式加以控制的潜在风险与眼前巨大的现实收益相比,已处于次要位置。而对于政府来说,情况则正好

相反:在股票转让者还没有达到一定规模之前,投入巨大的人力、物力和财力,建立一整套股票转让的规则、机构和人员,很可能是一件成本大过收益的选择;而且,除了经济成本过高这个因素之外,在改革开放的初期,把“资本主义的”股票交易搬到社会主义的中国来,还可能存在一定的政治意识形态等方面的风险和成本。正是对政府来说收益小于成本的形势下,由民间社会而不是政府提供了股票转让的最初的制度和规则。由于资料的限制,虽然我们无法细致地描述或再现这些自发的股票转让的基本规则,但可以推测,伴随着自发的股票转让行为,必然会在股票转让人和被转让人之间产生一些行为规则,形成自发的转让秩序,否则,自发转让根本就不可能实现。这些自发产生的股票转让规则在本文的分析框架内,就是民间法规则。具体到本案例,我们可以说,这是民间法第一次与制定法发生接触,其基本方式是,民间法规则填补了制定法规则的不足。不过,制定法很快对此作出了反映,即中国人民银行上海市分行及时作出了相应规定:持有人要转让股票需自找对象,并到代理发行者那里办理转让手续,并进一步规定了转让价格为中国人民银行上海市分行统一确定的票面金额加银行活期储蓄利息。

政府提供这样的转让制度当然也是出于成本与收益的考虑:由于民间社会已有自发的股票转让行为,如果不进行一定的管理,很可能导致无序和混乱,从而影响到金融秩序和社会稳定;而“管理”的成本又非常低廉,只需要股票的原代理发行者增加一项相对简单的业务即可,不费一兵一卒,甚至不增一粮一草,就可以实现对股票转让的有效“管理”,既顺应了股票转让者的要求,又可得到社会秩序方面的回报,当然是收益远大于成本。

制定法与民间法第一次合作导致的结果,虽然让股票转让行为有了“制定法”可依,促进了证券交易制度发生了一点变化。其中最主要的一点当然是方便了政府的管理,但却限制了股票转让行为者的自由:转让价格不但受制定法规则的严格约束,不能自由协商;而且转让过户也只能到指定的唯一的原代理发行机构。而原发行代理机构只是一个过户机构,并不起股票交易中介的作用。

从股票交易者的角度看,政府提供的股票转让的正式规则过于苛刻。如果严格按照政府的规定去做,在经过一番折腾或者说付出一笔交易费用之后,

可能收获甚小,甚至除去成本已没有什么收益可言。正是出于这种计算,虽然有政府提供的转让制度,但大量的股票交易者还是选择了私下交易。

面对社会上自发的、私下的股票交易形成的交易秩序及其相应的民间法规则,政府第二次作出了回应:批准“静安信托”等9家机构公开挂牌代理买卖股票。柜台交易由此产生。而且,在政府随后制定的《证券柜台交易暂行规定》中,还放开了股票交易价格,实现了随行就市。这些措施的出台,可以被看成是制定法与民间法之间第二次冲突性合作的结果:政府提供了股票通过柜台自由交易的制度。支撑政府作出这项制度的原因是,政府提供一个股票交易的中介机构,不但满足人们自由交易股票的愿望,还可以有效地推进金融体制改革的试验,在成本与收益的权衡中,还是值得的。

随着柜台交易制度的出现,反而刺激了相应的民间法规则的迅速滋生。因为,在9家各自分散的场所进行直接交易,各家自订交易价格,使得交易不再是一种非人格化的交易,而是一种人格化的交易,交易的当事各方可以利用个人掌握的知识或信息来形成对自己有利的协议价格,这种市场的不完全不可避免地促成了大量的私下转让和地下交易[4](34页)。特别是熟悉各交易点牌价的“黄牛”(二道贩子),搜集利用各交易点的价格差,更是占尽优势。这时候,搜集各个交易点的价格信息,构成了一个巨大的获利机关,是一件有利可图的事。谁能更快捷更准确地搜索到各交易点的价格,谁就能够依靠这种“信息”获得更大的收益,而所需成本,仅仅就是各个交易点牌价的信息搜寻费。正是其中的收益大于成本,孕育了支配“黄牛”(及其他交易者)参与股票私下交易的民间法规则。

在政府看来,这些依靠价差信息和私下交易迅速获利的民间法规则,损害了政府的利益(比如政府着力维护的社会秩序、金融秩序等),因此政府迅速作出了回应,制定了《关于加强股票市场管理的通知》,该规则立足于价格干预(3%的浮动范围)和取缔场外交易和私下交易。而此前曾经出台的价格自主规则亦被取消。由此造成了制定法与民间法之间第三次冲突性合作,只不过,重心已从合作转换成比较尖锐的冲突:“黄牛”和深圳等地的炒手奉行的是私下交易,政府则明令要求严厉处罚私下交易。但是,在获利动机的诱惑下,冲突中也有合作,因为

炒手们私下交易的股票所代表的权利,必须获得政府的确认,否则,这些权利将得不到有效的保障。所以,炒手们奉行的民间法规则还必须在制定法规则中寻找生存与获利的空间,其结果是产生了两种基本的民间法制度:(1)针对制定法规则中3%的限价规定,民间法制度的规定是由买方私下里将协商成的价差贴给卖方;(2)针对私下交易不能过户的制定法规则,民间法又提供了“过户”规则,只要你愿付出“过户规则”中规定的价码,总有些神通广大的人能帮你顺利过户<sup>⑤</sup>。

不过,这些民间法规则与制定法规则的冲突性合作并没有持续太久,因为数月后的1990年12月19日,上海证券交易所就成立了。这一事件,可以被视为制定法与民间法冲突性合作的阶段性结果。因为在政府看来,改革开放已经十多年了,提供一套证券交易所制度已不必再考虑“姓资姓社”等意识形态方面的成本了,证券交易所会产生巨大的融资效果和带来丰厚的财税收入,有利于促进就业率的提高,有利于与国际经济接轨等等之类的收益,这些远远大于建立证券交易所制度所需要的综合成本。换言之,上海证券交易制度变迁的一系列动态过程,直至交易所的最终出现,都可在制度变迁理论的分析框架中找到合理的解释。

与此同时,在证券交易法律制度的变迁过程中,我们还可以看到另一条线索,那就是政府的制定法规则与社会的民间法规则之间,反反复复的相互补充、合作、冲突、抗争,正是二者的冲突性合作,终于促成了现在的证券交易法律制度的诞生。在形成这项“基础性制度安排”变迁进程中,政府的决心、意图以及金融改革乃至全球经济一体化的大方向,可以说起了决定性的主导作用;或者说,在中国的某一个城市建立证券交易所制度,已是大势所趋,不容逆转。但是,民间社会中自发形成的民间秩序、民间规则,对于尚在孕育中的证券交易所在何时、何地、以什么样的姿态降生,对于证券交易“基础性制度安排”的形成,都起着不可忽视(但常常又被我们忽视)的重要意义。

#### 四 民间法在法律制度变迁中的法理意义

首先,民间法为法律制度的变迁提供了需求信号。一个社会在特定的时间范围和空间范围中,到底需要什么新法律、新制度,这是任何一个中央立法机关和地方立法机关在制定立法规划时首先必须考

虑的问题。换言之,政府要通过制定规则来推进法律制度的变迁,必须事先确定往哪个方向“变”、往何处“迁”。要回答这个问题,以往的主要经验是“向西方国家寻求真理”,那些来自“泰西”的信息当然不可缺少。但恐怕更为根本的信息还隐藏在这个特定的社会群体之中,特别是流行于其中的民间法,可以为法律制度的“供给”提供最为真实的需求信号。举个例子,在改革开放之初,安徽凤阳的小岗村自发兴起的“包产到户”,就是一个典型的、而且还与当时的国家制定法完全对立的民间法规则,但它提供了整个中国农村对法律制度的一个需求信号。改革开放之初的国家立法者及时捕捉到了这一信号,最终为中国的农村社会提供了后来的家庭联产承包责任制度。可见,从民间法中寻找法律制度变迁的需求信号,是一个值得重视的有效路径。

其次,民间法为法律制度的变迁降低了供给成本。按照制度变迁理论,法律制度的供给成本将是多方面的,其中最主要的当然是经济成本。比如,政府在批准一家或数家企业发行股票的同时就建立股票交易所的规则和制度,考虑到这项制度较高的投入成本(生产这种产品的成本高),较小的参与股票交易的人群(消费者太少),对于政府来说,无论如何都将是一种得不偿失的选择。但是,由于股票私下交易存在巨大的经济利益和较多的获利机会,促成了“私下交易规则”、“过户规则”等民间法规则,这就形成了有“法”——哪怕是民间法——可循的局面,在民间交易秩序的约束下,大量的人群比较放心地涌入股票私下交易的行列。这时候,如果政府再来建立一套股票交易所制度,消费这个制度的顾客(参与股票交易者)就大大增加了。再加上与民间法博弈过程中逐渐积累起来的知识和经验,也会大大降低政府提供一套股票交易制度所需要的知识成本或“知识搜寻成本”[4](序言)。再说,民间法也是一种社会规范,也在调整着一定范围内的经济秩序和社会生活秩序,法律制度的变迁如果充分考虑到民间法的规则和原则,将可能造成一个秩序更多而混乱更少的社会。从这个意义上看,民间法还可能降低法律制度变迁中的安全成本、秩序成本。

#### 注释:

①关于民间法的讨论,近期论著可以参看:(日)千叶正士《法律多元》,强世功等译,中国政法大学出版社1997年版;(日)贺秀三等著《明清时期的民事审判与民间契约》,王亚新等译,法律出版社1998年版;梁治平《清代习惯法:社会与国家》,中国政

其三,如果不局限于制度变迁理论,我们还可以发现,民间法由于存在比较广泛的民意基础,可以为一项新的法律制度增添更多的合法性。不妨还是以上海股票交易制度的建立为例。尽管政府曾多次明文要求取缔场外交易和私下交易,也曾严格规定了股票交易价格的浮动范围,至于内部疏通非法过户,更被列为禁止、打击的活动。但股票的私下交易之风依然盛行,价格管制也受到交易者极其成功的规避。这些现象说明,在民间法的范围内,要求自由交易、自由过户的呼声已极为强烈,甚至可以说是代表了大多数社会公众的普遍意愿。而政府于1990年12月19日设立上海证券交易所,建立自由交易的正式法律规则的尝试,自然不会缺少民意基础,因而可以比较容易地实现“政府满意”和“社会满意”的双赢效果,从而使法律制度变迁的社会阻力降到了最低点。

其四,从上海股票交易短短6年间一波三折的变迁史可以看到,民间法与制定法之间反复博弈的过程,实际上反映了政府的主观愿望与社会公众意志一直都在不停地试探、交流、妥协、甚至讨价还价,最后终于达成了皆大欢喜的一致。在这个过程中,由于民间法规则受到重视,制度变迁所造成的社会震荡被减缓;更重要的是,政府原先的一些过于强烈的、甚至是不切实际的干预社会的制度设计得到了一定程度的修正,比如价格管制、柜台交易等。从这个意义上,我们还可以把制定法与民间法的二元划分,类比为经济体制中的计划和市场:制定法体现的是政府自上而下地、积极地规制社会,经济领域内计划的功能也大致如此;而民间法则反映了自发形成的社会生活秩序,与市场机制自动地配置资源也极为相似。如果我们承认计划有其不可避免的缺陷,需要市场来弥补;那么我们同样可以说,要实现一项法律制度的变迁,单单凭借制定法的主观(不带贬义的)构建也是有缺陷的。民间法由于贴近社会,是某个特定社会历史传统、风俗习惯、社会意识的综合反映,应该成为矫正制定法的可能存在的偏颇的有效工具。

法大学出版社1996年版;梁治平《乡土社会中的法律与秩序》,http://www.china-review.com;郭于华《仪式与社会变迁》,社会科学文献出版社2000年版;张晓辉等《民间法的变迁与作用》,《现代法学》2001年第5期等等。

②我们认为,政府制定的规章制度和私人的契约安排可以贴切地对应于制定法和民间法,这也是本文的一个基本立足点。但是,陈郁先生把政府制定的规章制度和私人的契约安排完全对应于制度变迁理论中的基础性制度安排和第二级制度安排,本文对此有所保留,因为,政府制定的规章制度有两类,第一类立足于长远,完全可以对应于“基础性制度安排”,比如,微观的有下文将要讨论的上海证券交易所制度,宏观的有联产承包责任制等;第二类则主要是应急性的措施,比如下文中将要讨论的中国人民银行上海市分行代表政府发布的关于价格管制的文件、政府在紧急时期发布的戒严令等等,把这些临时性的应急性的政府文件类比于制度变迁理论中“基础性制度安排”,则不甚恰当。因此,本文虽然借用了制度变迁理论的分析框架,但分析角度与陈郁先生还是有所区别的,主要表现为:陈郁等从制度经济学出发,强调的是私人契约安排对于基础性制度变迁的意义,本文从法学视角入手,考察民间法如何与制定法一起共同塑造了一项新的法律制度,从而促成了法律制度的变迁。参见陈郁《制度变迁、市场演进与非正式的契约安排》,张曙光《中国制度变迁的案例研究》第一集,上海人民出版社1995年版。

③当然,这些所谓的“过户规则”,已经可以归到笔者曾经讨论过的潜规则的范围中,参见喻中《制定法与习惯法之间的潜规则》,《现代法学》2001年第5期。

#### 参考文献:

- [1]黄宗智.清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践[M].上海:上海书店出版社,2001.
- [2]邹薇,庄子银.制度变迁理论评述[J].国外社会科学,1995,(11).
- [3]陈郁.制度变迁、市场演进与非正式的契约安排[A].张曙光.中国制度变迁的案例研究:第1集[C].上海:上海人民出版社,1995.
- [4]柯武刚,史漫飞.制度经济学[M].韩朝华译.北京:商务印书馆,2001.

## Folk Law Function in Statute Law Change

Yu Zhong

(Chongqing Administrative Institute, Chingqing 400041, China)

**Abstract:** Folk law exists not only in rural society, but also in urban society. Folk law does not exist independently, but it forms a complicate relation of conflict and cooperation with statute law. In view of the theory of institutional change, emergence of profit opportunity stimulates the growth of folk law and the response of statute law, and the conflict of the two promotes the change of legal system. In view of the legal principle, the special significance of legal system change on the part of folk law should be stressed.

**Key words:** statute law; folk law; system change; legal system; conflict and cooperation

[责任编辑:苏雪梅]