

民间法与国家法的冲突与协调 PDF转换可能丢失图片或格式  
，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E6\\_B0\\_91\\_E9\\_97\\_B4\\_E6\\_B3\\_95\\_E4\\_c122\\_485127.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E6_B0_91_E9_97_B4_E6_B3_95_E4_c122_485127.htm) 梁治平先生认为中国古代法律上的多元格局是一种“官-民秩序”格局。官大于民，官府法大于民间法，并驾于其上，以保证封建法律秩序的统一性和有序性。梁先生关于中国古代社会的法制状况的判断是正确的。那么为什么国家法与民间法会在中国长期共存？首先，国家法无力顾及所有民间琐事。中国自古面积辽阔、人口众多，风俗各异，正所谓“十里不同风，百里不同俗”，国家制定法不可能对不同地域的不同人群面面俱到，这便为民间法的产生提供了空间，创造了条件。其次，国家法不屑顾及民间琐事。在封建统治者看来，流行于民间的各种乡例、行规以至家族礼仪只是村野小民之间的陋习，既登不了大雅之堂，也不会对封建秩序造成多大的冲击或伤害，因此它们都是一些大可不必去认真理会的“法外之规”。再次，国家法需民间法来助一臂之力。在官与民的这种纵向的二元格局中，统治者也认识到从后一主体中生长出来的民间习惯法对于维持封建基层社会秩序的不可或缺性。让乡里闾老和民间士绅去管理民间俗务是对基层社会进行控制的最省事的办法，政府只要牢牢地控制住那些领头的民间权威(士绅、闾老和族长等)就行了。这是官府对民间实行间接的“提纲挈领式”的控制的方法。一个社会的多元主要体现在文化、价值、利益、发展和规范的多元。其中规范多元是其他多元要素得以同生共长的制度保障，是多元要素对抗集权、专制倾向的主要力量。因此，社会的多元需要规范的多元予以保障

，需要主体社会成员对自身以外的异质团体、规约和秩序的宽容。在奉行“不伤害原则”的基础上，任何规范、秩序都可以自由生长、相互竞争。多元社会是一个允许个体选择自己喜好的制度的社会，而不是一个限制选择，追求整齐划一的社会。最后，中国传统社会中的国家法具有浓厚的伦理特色，而这正是与民间法共同的价值追求。从而，国家法和民间法在各自领域出现了分治局面。从历史到现在，在中国国家法与民间法长期共存有其客观原因，但自从它们共存之日起便也注定了他们不可能相安无事、和平共处。国家法依据的形式理性与民间法体现的伦理理性往往是不同的，尤其是在两者对待一些“法理兼伦理”的问题上。它们在整体社会状态上，则是民间自发秩序与国家秩序之间的对立、冲突。如果从法律供给与需求的角度看，民间习惯法作为一种地方性公共产品，在它上面也传达出特定交往共同体中的自然因素、社会因素、人与人之间的关系状态、人际冲突的解决方式等信息，此种信息的一些特质为国家制定法所缺乏。在国家法与民间法冲突时，国家法常常表现为失效或者被规避。强烈的利益会驱动人们违反法律规范，而不顾强制机制可能带来的惩罚。当这种情形变得习以为常之时，保障性的强制力就会名存实亡。有时甚至不必是强烈的利益驱使，人们仅仅出于便利，甚至是不愿改变生活习惯的原因，使他们在国家法鞭长莫及的地方，我行我素地适用民间法。例如清代严禁以异姓子承宗，然而民间以外宗为继者比比皆是，在这种习惯强而有力时，远近族人或任其自便、不加干涉，或实际上已不能够过问了。另外更常见的是民间法支持下的民众对国家法的规避。这是指国家法已经对某一社会关系领域进行

了具体调整，但、乡规民约对这一领域之内所发生的问题的解决还是避开了国家法的相关规定，不适用国家法。例如，财产继承权是我国宪法、民法、婚姻法和继承法规定的公民的一项基本权利。对已出嫁的女子特别是久已出嫁的女子来说，是否可以回娘家继承其父母的遗产以及如何继承(如果不是独生女的话)，现行法律已有具体规定。但在农村地区，已出嫁女子基本上是不回娘家继承遗产的。因为女儿出嫁时所携带的嫁妆就已被认为是她在其父母去世之前所继承的“遗产”了(属于中国民法史上的“生前继承”现象)；同时，农村的基层民众又认为如果所有已出嫁的非独生女都回其娘家继承遗产，那么这些娘家遗产的流动就在总体上基本均衡。因此，出嫁非独生女一般就没有必要回其娘家继承遗产，同时这种继承还可能致使其与娘家的亲属之间产生新的矛盾，实际上不利于亲属间的和睦相处。尽管这种继承方式在不同的地区得到了普遍认可，但它违背我国现行的法律规定是无疑的。更有甚者，在中国民法史中曾出现民间法的条文与国家法相冲突的现象。以族规家法为例，族规家法作为一种文本规条式的民间法，其整体上与国家法的规定是一致的，但其中的个别条款，显然有违国家法的精神。如对盗卖祭祀田产的行为，明万历《祁门清溪郑氏家乘》之《祀产条例》即规定：“如有不孝不义、盗卖祀产，听自为首之人检举，责令取赎，仍行犯一赔九。如有敢恃强梁，听众立文排名花押，告祖捶杀之。”这一规定明显与国家法相抵触，即“捶杀”之刑罚裁定权和执行权在国家(包括代表国家行使权力的地方官府)，作为非正式国家组织的宗族是无权规定对某人释以“捶杀”刑罚的。对此，连该《家乘》亦言“较之律法，以

为颇重”。类似“乡例”等非文字记载的村规民约与国家法的抵触与冲突，更是一个普遍的现象。我们在上文中曾经引用过绩溪《仙石周氏宗谱》之《家法》卷中关于家法与国法比较之间关系的文字，该文字云：“家法治轻不治重，家法所以济国法之所不及，极重至革出祠堂，永不归宗而止。若罪不止此，即当鸣官究办，不得僭用私刑。”从这则文本的文字上看，应当说对族规家法的定义是很正确的。问题在于，在正式文本之外，当地的“乡俗”或“乡例”等非文本的村规民约并不是这样规范的。“山乡恶俗，有重责伤人及活埋者，此乃犯国法，非行家教也。”(宣统《仙石周氏宗谱》卷2《家法》)明末傅岩记载的歙县用私刑残害奴婢的俗例，其实在徽州是很普遍的事实，“徽俗：御婢之酷，炮烙、挺刃习以为常。”(傅岩《歙纪》卷9《纪讫语》)至于沉塘、活焚之恶俗，更为国家法所不容，或者说是严重触犯国家法的行为。成书于道光年间、刊刻于光绪二年(1876)的歙县潭渡村《潭滨杂志》就曾记录了该县稠墅和潭渡三桩宗族以“沉塘”和“聚薪活焚”族人的案件，“吾族缢水之事，此外尚有风闻者一、目击者一。风闻则某以乱伦，故为族众缚而沈之于水者；目击则某本无可杀之罪，特与同堂兄弟素不睦，大清兵初入徽，府县有司俱未具，族众俱避乱入山间归守，视者不过十余人，遂为从兄弟二人所执，絜其手足，盛以布袋，肩而沉之水舌。(溪上最深处，秋瓦石角扼其水之冲，俗名‘水舌尖’。??原注)近年，稠墅有奸情事，为众人双获于奸所，遂聚薪活焚之。”这些明显与国家法相抵触和冲突的村规俗例，在明清时期的徽州还有很多，大者用私刑甚至死刑来处罚族众，小者如通常的户婚、田土等，常常有与国家法

不合之处，如清代中叶以后徽州“乡例”田土交易中以典为卖者、绝卖找价者，如此等等，不一而足。以上为国家法与民间法冲突时，民间法战胜国家法，国家法失效的情况；现实中也大量存在国家法强行而民间法失效的案例。几年前上演的并被中国法学界广为评论的两部西部法制影片，实际上也反映了民间法在遭遇国家法时所面临的几度尴尬和无奈的情形。第一部电影是《秋菊打官司》，讲的是西北农村中的一个纠纷处置（而不是解决）。为一些并不很紧要的事，一位农民同村长吵起来了，骂村长“断子绝孙”（村长的确只生了四个女儿）。这种话在中国的社会背景（尤其在农村）下是非常伤人的。愤怒的村长因此和这位农民打了起来，向村民的下身踢了几脚。村民受了伤。这位村民的妻子——秋菊为此非常愤怒。她认为，村长可以踢她的丈夫，但不能往那个地方踢。她要讨个“说法”，大致是要上级领导批评村长，村长认个错。由于这种纠纷在中国农村并不少见，而且伤害也不重，因此乡间的司法助理员没有给予这位村长正式的处罚，而是试图调解一下。这种调解不能令秋菊满意，于是她到了县城、省城讨“说法”。经过种种努力，最后在一位律师的帮助下，上级派来了公安人员调查，发现该村民受到了轻伤害（但不是下身受到伤害），应当受到治安处罚。村长被抓了起来，判处了15天行政拘留。但是在秋菊被告知这一决定，村长被带走之际，秋菊说，怎么把人给抓了，我只是要个说法。她跑到村外的公路边，看着远去的警车，满脸的迷惑不解：她不懂得为什么法律是这样运作的。第二部电影是《被告山杠爷》，简单说来，山杠爷是一个非常偏远的、据说治安秩序很好的山村（县乡的治安人员都从来没有

来过)的村党支部书记。他个人品质很好,非常受人尊敬,但他的职责和品性也使他与村里的一些人不时发生冲突,有时他甚至采取了一些不合法的手段强迫村民。村里有个年轻媳妇虐待婆婆,甚至打伤了其婆婆,受到了全村人的谴责。山杠爷看不过,在该媳妇屡次打骂其婆婆的情况下,命令人把这个媳妇抓了起来,游了村。游村是一种非常严厉的民间惩罚方式。羞愧和愤恨之下,这个青年妇女跳河死了。事情捅到了上级司法机关,公安人员逮捕了山杠爷,指控他非法拘禁,侵犯了公民人身自由权。透过这两部电影,我们看到,当正式的国家法律来到西部乡土社会之后,西部地方性的“法律”就处于一种极其艰难的局面。一方面,正式的法律制度没有或者没有能力提供村民需要的法律服务,而另一方面又禁止那些与正式法治相违背的“法律”实践。乡民们就面临着这样一种困境。虐待婆婆要管,可正式的法律又管不到,无法管,同时还不许乡民管。这岂不是要破坏人们社会生活所必须的秩序吗?我们应当责备山杠爷不懂法吗?可为什么他要懂那些与他们的日常生活相距遥远的正式法律呢,这些正式法律给予过他们什么利益呢?秋菊的迷惑从另一个角度说明了制度供给的问题,制度供给的不适用,“产品”的不对路。她仅仅是尝试性地诉求了正式法律,而她不仅没有获得她所希望的“说法”,而且无法理解正式法律运作的结果;她无意伤害他人却事实上伤害了他人,原来是她有理的现在却似乎亏了理,她自己境况甚至可能比以前更加不利。“一次遭蛇咬,十年怕井绳”,她和无数个他或她怎么可能很快接受这种令他(她)们尴尬的正式的,据说会保障他(她)们的权利并带来实际利益的现代法律制度呢?因此,

在西部社会中，尽管国家法在向民间法发起的一次次战役中最终获胜，并使民间法的权威开始旁落。然而，获胜并非全然意味着成功，其中所暴露的问题尚需进一步研究。既然国家法与民间法的共存有其必然性，而二者的冲突又是客观的，这便产生了一个问题：如何协调二者，从而使二者良性互动为社会和谐服务。笔者认为，民间法可以完善国家法。民间法对国家法的完善所具有的价值属性，具体说来包括以下四个方面：第一，民间法是国家法发展的外部参照。原因就在于，一方面国家法作为一个开放的理性规则体系不可能是一个自足物；另一方面也在于民间法与国家法总是同处于一个法律文化大背景之下。第二，民间法是国家法得以贯彻落实的社会文化环境。民间法的习惯沉淀属性决定了民间法在其作用范围内是具有巨大影响力的，并且可以说是其作用范围内法律文化构成的主要要素(特别是对于那些传统保留较好的社区或行业来说)。所以，处于民间法调整范围内的社会主体即使在适用国家法时也肯定会带有其适用民间法的各种习惯心理，而这其实就意味着当国家法的规定符合这种习惯心理时，则肯定会得到较好的适用；反之，则肯定不容易得到适用。也就是说，从积极的角度看，国家法应重视其适用时所处的民间法文化环境；从反面角度看，由于民间法客观上是一种与国家法、宗教法相并列的法律文化构成要素之一，这就表明国家法事实上不能“消灭”民间法，那么当然地也意味着国家法只能充分利用民间法所创设的具有积极意义的文化因素并努力消弭民间法所创设的消极的法律文化因素。第三，民间法有利于使那些国家法尚没有或不能到达的领域内的主体形成一种规则信仰心理，而这种规则信仰心理是形

成法律信仰心理的良好意识中介。第四，民间法可以在一定程度上弥补国家法的某些局限性。首先，民间法在国家法乏范状态存在的领域具有对国家法进行规则补充的功能。如前述，国家法适用之专门性、程序性决定了其高成本性——相反，对于诸多发生于民间的、标的额较小的纠纷，如果采用传统民间法的调整方式进行解决，则显然解决成本会小得多，也即会经济得多。而这种经济性对于整个社会资源的优化配置显然又是有利的，所以从这个角度讲，民间法对国家法适用不经济性的缺陷有一定的弥补作用。事实上，我国所独有的民间调解制度能够长期存在并得到国家法的承认从一定意义上讲正是因为其经济性的特点。国家法与民间法之理性互动模式的价值取向应是什么呢？这里首先涉及我国法制建设的目标问题。很显然，我们目前所提倡的现代化法制应是指国家法的现代化。其次，相对于国家法的缺陷，民间法之保障力不足、身份依附性以及强地域性和行业性等缺陷，从长期来，应更不利于整个社会秩序的形成和维护。再次，随着全球化经济格局的日益形成并日趋完善，各国经济的相互依赖性越来越强——所谓“地球村”正是这一形势的形象而全面的写照。这就必然意味着作为地球村之一员的国家更多的应是主动去适应地球村的“村规”。而这个主动适应的任务显然不是具有习惯沉淀性的民间法所能承担的，相反，它应是具有专门机关制定性的国家法所义不容辞的责任。应该说，正是以上三方面的原因决定了在国家法与民间法的理性互动模式中只能以国家法为价值取向。以国家法为价值取向并不意味着要排挤甚或消除民间法。那么应如何既体现以国家法为价值取向，又促进两者的共荣呢？本文认为，国家法

与民间法的理性互动原则亦应是宽容原则和温和原则。确定了这两个原则，也就意味着我们在构建国家法与民间法的理性互动模式时应注意如下几点：第一，不要忽视民间法对我国法制建设的正面作用，更不应以“国家法为价值取向”为借口来“消灭”民间法，相反应注意充分运用民间法所创设的各种积极资源。当然，我们也不应打着“本土化”的旗号而过重依赖民间法对法制现代化的作用。第二，在国家法与民间法各自专有的“势力范围”（如民间法之伦理生活范围，国家法之政治生活范围）内应充分尊重各自的独立性，但同时又要注意相互的借鉴和促进——特别是在两者的共同“势力范围”内更不应刻意地去排挤对方的生存空间。第三，应始终坚持以国家法为价值取向。宽容也好，温和也罢，如果没有以国家法价值取向这一共同基础，无疑都会成为无本之木、无的之矢。这也就要求在那些国家法与民间法的共同“势力范围”内，应一方面充分保障国家法的权威，另一方面还应优先注重国家法的完善、发展；而在民间法的专有“势力范围”内则应在尊重民间法的生存空间的同时注重国家法对民间法的单向作用，以促使民间法具有更大的开放性和普适性。国家法与民间法的理性互动方式正是在坚持国家法价值取向前提下的相互渗透。具体表现为两个方面：其一是民间法对国家法的渗透，所谓民间法对国家法的渗透即民间法规规范或其运作方式被国家法所吸纳或认可。这一方面的例子可谓不胜枚举，如国际经济法对国际经贸交往中的诸种民间法的吸纳，又如古代中国国家法对部分伦理规则的认可等等。保持这种渗透的好处在于一则可以使国家法尽快地完善起来，二则也有利于国家法的顺利推行。其二是国家法对民间

法的渗透，这又主要表现为两种方式：一是民间法对国家法的直接吸收，如梁治平先生提及的清代许多宗族规约直接将法律条款录入的现象；二是国家法通过法律规避这一特殊方式影响当事人的行为，并进而通过当事人的各种行为去影响民间法的发展。保持国家法对民间法的这种渗透主要是为了促使民间法由一个自在的规则体系变为一个更加自为的规则体系。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)