

双向建构：国家法与民间法的对话与思考 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__E5_8F_8C_E5_90_91_E5_BB_BA_E6_c122_485158.htm 1991年以来，我在西南地区尤其是云贵高原寨子展开广泛的少数民族习惯法文化的田野工作，力求在具体的实践生活世界中获得民族文化的体验。这种体验的历程在年前出版的《从禁忌习惯到法起源运动》一书序言中作过表述。带着丰富的田野调查工作的素材回到了自己的母校，三年来的心路历程中的“市场半径”、“人际半径”、“文化半径”与我时常伴随。我近年来的学术兴趣主要集中于法人人类学与民族法学及地方立法方面，在政治情结极浓的环境中，我发现自己真正的孤独和可怜。虽然我终于明白这已不再是民族人文的范围世界，但怎么也不能忘怀自己的民族情结。一个世纪以来，中国现代化始终面临着一个结构性挑战，国人均试图在打破旧的秩序之时，重构一种新的秩序，中国无论出现什么样的“新政”和“运动”，都打着“改造社会”的旗号，表现出一种“现代性的政治”(politics of modernity)的态势，以至于在各社科领域出现了理论研究的范式霸权(regional paradigmic hegemonies)。(注：“范式”(paradigm)已经成为一个很流行的概念。我们按照其现行习惯用法，用它来表示由某一研究计划回答的一组业已确立的问题。研究领域，“范式”的用法最初发端于托马斯·库恩(Thomas Kuhn)有影响力的著作《科学革命的结构》(1962)。当今法学研究的范式霸权已相当严重。)这小而论之在法学理论研究中，对于民间法、习惯法乃至一般风俗习惯的研究向来都不够重视，这种状况与其说是研究资料的

缺乏，不如说是法学理论研究范式霸权的形成和具体研究方法的局限。近年来，这种情况正在发生一系列的变化。一批中青年法学家向法学传统研究范式霸权进行了宣战，表现在，一方面大量翻译介绍了体现西方发达国家制度文明的著作，将一些好的理论研究方法介绍到中国并用之来解读中国传统文化的症结；另一方面，注重本土法文化的研究，不仅仅关注国家这一层面、关注单纯的国家行为（当今立法行为越来越成为单纯的国家行为，大量的立法工作是不加思考地抄袭了西方法学思想、法律体系和法典体例，而不考虑本国民众对有些立法接受的文化基础），而是将国家与“乡土社会”作为自己关注的双重对象，（注：“乡土社会”是一个分析性的概念，它绝对不是指“乡村”或“农村”，是指中国基层社会。这个概念取自于社会学家费孝通先生出版于1947年的《乡土中国》一书。据费氏的观察与分析，中国社会的基层是乡土性的。乡土社会的特点之一是“乡村里的人口似乎是附着在土地上的，一代一代地下去，不太变动”。这是一个“没有陌生人的社会”，在这样的社会里，法律是用不着的，社会秩序主要靠老人的权威、教化以及乡民对社区中规矩的熟悉和他们服膺于传统的习惯来保证（费孝通，1985年）。自然这是一幅相发“纯粹”的图景，现实中的社会比这要“复杂”得多。不可否认，现实中的社会与费氏写作《乡土中国》时相比有了极大的变化，乡土社会一直在蜕变中，但这些变化今天还不足以使它消失。）且更加关注乡土社会的秩序、公正与权威，关注民俗与法律的互动与互补。这无疑将中国法学研究的范式与文本推入了一个崭新的世纪。萨维尼曾经说过：一切法律本来是从风俗与舆论而不是从法

理学形成的。这表明了一个民族的风俗习惯是深层文化观念的外化形式，是文化秩序重要的组成部分。当代中国社会实际上存在着两种运行调整机制。一是国家和法律确认的维持体现新价值的法理机制，或称为“国家法”；二是由村落和乡民维持的体现传统社会的礼俗机制，或称为“民间法”。（注：梁治平先生认为，对“民间法”应作更细致的划分，不能认为国家法以外的都是习惯法。民间法的源流杂多，不但有民族的、家庭的、宗教的，而且有各种社会的和地方习惯的。它维系着民间社会秩序。具体参见《乡土社会的法律与秩序》一文。其实，在我看来，民间法就应该指国家统一法制之外的习惯法，梁先生在此所讲的更细致的区分仅仅是表述了民间法的表现形式和民间法的来源。）法理机制具有规范性，条理清楚，适用范围广，具有外在强制力的特点，是一种带有“公”的性质的浅层规范，采用的是一种压制方式。而风俗习惯更多的是靠相关主体对该“规范”的普遍认可，靠情感、良好的心理认同和价值利益取向的共同性以及社会舆论来维持，它属于一种“私”的深层规范，采用的是一种补救型、自治型的方式，它仍属于法的一种形式。这里的“深”与“浅”是从两种规范的文化积淀的厚薄来说的。多年的理论学习和研究过程中，我也深感国家统一法制的生成与乡土社会的习惯法有着十分密切的关系。正如萨伊德(Edward Said)在《东方学》中所指出的那样：西方文化的自我认同实际上是通过“对东方”的对照来界定的。同样地，统一法制的生成和实施所依赖的是它的另一方面——传统的、非主流的风俗习惯法。后者一般统称为“传统文化”、或称为“民间文化”，它是民间性、非主流性文化的一部分，如

何把两种研究路径结合起来，一直是我思考的方法论问题。我也曾在以前的著述中对此论题作过近似白描的表述。我坚信：通过描述统一法制的另一方面及二者之间的互动与互补的具体历程，我们将获得新的体验。近来乡土社会的秩序、公正、权威业已成为当今法学学人的关切点，就我而言，我对乡土社会秩序的关怀，更趋向于对少数民族习惯法文化的解读。我基本上持这样一种认识：中国法制的运行历来都存在统一法制和民间法制两条并行而居的道路，习惯法依然适应民间社会生活的需要，其不少基本传统在当代基层社区依然被灵活地用来处理社会生活里的各种问题。这二者的互动与互补，共同调整了既定的社会秩序。在此我要说的是，所谓中华法系，不仅包括中原王朝法律，而且也应当包括各少数民族法律。这二者的互动与互补也共同调整了既定的社会秩序。在中国历史上，一直存在着统一法制与少数民族法制的明确分野。这在北方少数民族中表现得尤为突出：自秦始到明清，各封建统治王朝均制定了适用于各少数民族地区的法条，尤其是清王朝还专门制定了适用于各少数民族地区的基本法和单行法??《蒙古律例》??《理蕃院则例》、《番例》、《通制》、《回例》。而在南方民族中，这种分野表现得不明确，我说它不明确也仅指统一法制与民族法制的对照这个层面上而言的，即是说历代封建王朝虽然把南方历来都作版土应有的一部分来看待，“西南多在内地，没有边界问题，也就没有制定单行法规的必要，应统一适用国家《律例》。”但是，这并没有否认在各民族地区存在着统一法制之外的一种深层的潜流，生成运行着另外一种秩序??“民间秩序”。（注：要给“民间秩序”下一个较确切的定义比较困难

，它对应的概念是“国家秩序”。至少可以在这样三个层面上来理解它：一是民间秩序是在国家正式秩序之前就已经存在；二是民间秩序不完全处于国家秩序的控制之内；三是民间秩序广泛地运行在中国的乡土社会，在国家正式秩序不能给乡土社会提供服务，民间的秩序必然会代替政府，这个空间必然会被占据。）我要说的是，与汉民族主要以家族为代表不同，在各少数民族居住的广大地区存在着基于血缘、地缘和宗族而形成的民间组织，这些民间组织在今天都得到一定程度的恢复。从人类社会发展的历史进程来看，许多社会中（尤其是少数民族地区）都没有现代意义上的成文法律，也没有相应的、专门化的执法机构。然而这并不妨碍这里的社会生活是有序的、有规则的；（注：王学辉：《云南独龙族原始习惯法初探》，载《现代法学》1994年第4期。）由于这种秩序大致满足了人们的需要，受到人们的尊重和遵循，就这个意义上说这种秩序具有合法性，甚至于可以说是正义的。例如在乡土社会，即使有国家政权、有法律，但由于人力和财力的限制，国家权力实际上无法将权力的独角全面地深入乡土社会之中。国家法既无法提供全面有效的法律服务，又无法全面干预控制社会。因此在基层社区是一些没有或者说只有很少正式法律然而仍然是有秩序的乡土社会。这种构成与乡土社会的结构和社会组织形式密切相关。由于种种原因，在乡土社会绝大多数人的具体生活世界都很小。在这样的生活世界中，人们关系密切，有一种强有力的相互制约性，除了一些重大的交易（如土地、房产），一般说来人们无需订立契约。人们对交易方的诚意和履约能力都有足够的了解。一个不守规矩不讲信用的人不可能在社区中生活下去

。当然乡土社会的习惯法并非完善无缺，有时也会发生社区自己定义的“犯罪”，并因此受到惩罚。这正如迪尔凯姆在《社会学方法的准则》一书中所说的“一种行为触犯某种强烈的、十分明确的集体情感就构成了犯罪”。尽管在乡土社会没有文字先在的处罚规则，但这并不意味着这里的处罚一定是专断、没有规则的。由于年代久远，社区里积累了许多有关处罚的“规矩”或者“祖宗之法”，即使不形成文字规范也已存在人心；由于人员熟悉，人们很容易了解案情找到证人，一般也不会出现冤情。即使有时由于缺乏实证材料无法发现事实真相，必须诉诸神明裁判，判决结果一般也能够得到乡民的认同。这种以牙还牙式的惩罚虽然过于野蛮残暴，但这本身就意味着对惩罚方式和严厉程度的限制（只能以牙还牙，不能以命还牙）（朱苏力语）。而并非今天许多法学者所设想的那样，在乡土社会依靠习惯法所作出的处理具有随意性、专断性、无规则性。当然，绝对的以牙还牙方式不可能存在，它只是一个原则而已，有时更是一种象征。如：景颇民族的习惯法规定：杀人本来已不是好事，再把活着的人处死那就更不好了，按习惯法的规定，除凶手必须赔给死者家属若干头牛偿命外，还实行象征性的同态赔偿，头颅要赔葫芦一个、眼睛要赔宝石两颗、牙齿要赔斧头一把等等。（注：王学辉：《从禁忌习惯到法起源运动》，法律出版社1998年9月版，第17页。）为了限制因过渡惩罚而导致可能发生的血亲复仇，势必形成大致的关于惩罚方式和严厉程度的认识，并构成一种制度约束惩罚之实施的规则。即使是往往被今天某些学者扩大化了的乡土社会权力的行使者，尽管没有成文的法律规则约束他们权力的行使，但也并非不受制

约，而且也不可能不受到乡土社会这种规范性秩序的约束。他的权力基础往往是基于人们的自觉自愿的认同和行权者本人处事的公允，他必须依据所在的乡土社会所确立的规则同等地实用于各个事例，不能轻易改变规矩，否则其权力基础就不牢固，就可能被行使权力更为公正者所替代。例如：大小凉山彝族习惯法，主要靠家支的首领来主持、执行、实施，这些首领不用选举也不由继承，各氏族没有固定的首领，谁能通晓凉山习惯法，为大家调解纠纷，令人心服，谁自然就是首领；但若有一两次显失公平不能服众，就无人请他调解纠纷，他就自然失去首领的身份。各氏族按血缘亲疏关系聚居，不分首领和族民大家一律平等地遵守习惯法，维护社会秩序，首领犯“法”与族民同罪。另外，我在独龙族对象社区进行访谈时，同样深深感到乡土社会权力行使者的行权基础是建立在公平的基础之上。家族长是独龙族习惯法的执行者，家族长具有较高权威性，（注：此处的权威仅指“威信”。有关民间权威问题，德国社会哲学家韦伯(Max Weber)对其进行过明确的界定，英国人类学家王斯福及弗里德曼(Maurice Freedman)等均对此作过探讨，王铭铭先生在对两个闽台村落四位地方头人的生活史调研中，将民间权威象征理论进行了扩展，展示了变迁中的社会生活与地方象征秩序和精英的互动。笔者认为，中国乡土社会民间权威可作出两个层面上的分类：一是由国家任命形成的权威，其力量来自于正式的官府，以行政等级作为其存在的基础，涉及制度的建制，它是官僚式的，这种类型正象韦伯的“科层的权利”；二是民间自发生长的权威，其实，将这种权威定义为“威信”更能反映这种权威的性质。它是个体利用创造对众人的

福利而获得声望，靠处事的公正，靠对本乡土社会传统习惯法的熟悉，从而具有一定的支配力量和尊严。由于此种权威不经政府界定和干预，韦伯称之为“自然权威”。但韦伯将“权威”分成三类：神异性权威、传统权威、科层式权威，不太适合中国乡土社会的实际情况。）却没有特权，他与族内成员之间的社会地位是平等的，如果发生纠纷，他与争执者的地位也是平等的。他不能强迫别人接受自己作出的裁定，只有在争执者愿意接受时他才能作出裁定，一旦双方争执不下，他只能借助神明裁判的方式进行裁决，也就是把裁决权交给了超自然的力量。家族长虽然是执法者，却不具有法律上的权威。在处理纠纷的过程中，与其说他是裁定者，倒不如说他是调解者更为确切。从这个意义上说，乡民社会内部的秩序是长期稳固的。当然，由于乡土社会规范和秩序的地方性，可能引出地区间不同规范和秩序的冲突，就是在同一个地区或者同一个民族中（尤其是在西南地区表现突出），由于受地理、自然环境的影响，出现了“山上山下不同风、上村下村不同俗”的民俗文化。在一些边远山区仍然有不少族民一生未能见过世面，国家统一法制从来也未能进入这些地区。那么，生活在乡土社会的人们是否感到没有成文法律指导情况下生活的不便呢？没有。在我与乡民的交流中，我明显认识到他们对统一法制的不可认可和怀疑。当然地方秩序和习惯规范通过口碑相传、自然生成、相沿成习，弥漫在乡土社会生活的各个层面中，只有我这个外来人才会有此地没有法律之类的错误判断。即是说，乡土中真正流行的东西是不成文的习惯法。正因为它没有形成文字而是内生于族民的内心世界，才不容易废除。也正是这样，统一法制往往很

少能在乡土社会实施，统一法制所关注的是发生在乡土社会中的重大案件如杀人、社区冲突（土地纠纷）。我将乡土社会作这种描述并不是说乡土社会就是一个美好的秩序范式，乡土社会的问题的确很多，但其中存在着统一、确定的规则，存在着对权力的制约。当然这种因血缘和地缘而形成的小型熟人社区不可能形成一种象哈耶克所说的“扩展的秩序”。为什么国家法不能深入乡土社会呢？说到此必须研究另外一个问题，即中国的“法治半径”有多大？在这里，我把“法治半径”定义为法得以贯彻执行的程度和范围，法被市民百姓认同的程度。现实的表现是中国统一法制的“法治半径”太小，这是个严重问题。意味着人们对法的需求量不够大，于是乡土社会生长着另一种秩序??“民间秩序”，人们不信仰法，不相信法，只相信习惯规则、相信（或实际受制于）地方权威。所以在法治半径小的情况下，国家也只好求短期效益，运用一个又一个“运动”、“严打”斗争、“执法环境百日行”、“质量万里行”、“百城万店无假货”等等非正当程序来扩大“法治半径”，推行法治的实施。法治半径太小的另一个问题是，立法权被滥用，或者说被过分宽泛地使用。我国“立法法”还没有制定，因此，法律实施的混乱首先来自于立法的混乱，被百姓称之为“文件打架”、“法律、法规、规章打群架”。正如我在前面所谈到的立法行为越来越成为国家行为一样，立法基本上被一些学者错误地理解为法治的全部，认为法立得越多就越是法治国的表现，我国也就成了一个法治国家了。其实一个社会是否在规则的统治之下，一个社会是否有序，并不必定要以文字体现出来，社会秩序在任何时候都不可能仅仅依靠立法构成。社会中

的习惯、道德、惯例、风俗等从来都是一个社会的秩序和法治状况构成不可缺少的部分。没有社会生活自发秩序和其他非正式制度的支撑和配合，国家正式制度也就缺乏坚实的基础。缺乏正式和非正式制度的配套，秩序将无法真正出现，法律将仍然是空的。“法治半径”也将会越来越小。就民间秩序而言，立法的局限还在于即使有国家的强制力作为后盾，它并不能彻底废除任何一种流行于乡土社会中的习惯性秩序。只要社会还需要，即使为立法所禁止或宣布无效的规则也仍然会起作用。时至今日，几十年来连续不断的各项政治运动与社会变迁，伴随着国家法制的强制推进和各种形式的社会动员，至多是使乡土社会习惯法暂且蛰伏，以种种私下变通的方式存续。改革开放后，习惯法再度活跃于各基层社区，很多经法院、公安处理过的案件又得由民间权威按习惯法以传统方式重新处理。习惯法依然适用于民间社会生活的需要。有关家庭、继承、婚姻、赔命价、族长头人德古调解等方面的习惯法目前仍普遍通行于各民族基层社区。因为习惯法能兼顾为当地社区或特定群体认可的“情理”，统一法制则排斥情感。应当指出，通过访谈我能感受到对象社区里的人们对其日常生活中的规矩还有更详细和具体的尺度。我常感是难以被概括进研究者基于自己的分类整理出来的条款之中。例如牲畜吃了别人的庄稼，应打酒道歉等等。这种民族习惯法是内生于社会生活的普遍规则，它应出现在立法机关之前，它往往是对自发秩序的承认和认可。相比之下，现代立法则是国家经过深思熟虑强加给社会的规则。由于制定法律是依赖于一般的理性原则，因此常常会与社会的自发秩序相对立。正如哈耶克对现代立法的批判一样。近代以来，

立法一直同国家的合法暴力相联系，过分迷信立法者和法学家的理性原则，甚至于将法律直接等同于立法，将那些社会自生的习惯、惯例、族规、祖训等完全排斥在外，视其为封建、落后应当废除和消灭。这实际上是不利于社会秩序的内部生成或自发调整。但中国近代以来凡能讲法律的时候，首先想到或者说仅仅想到的是立法活动，修宪活动。严复在将"Law"译为“法”时虽然已经告诫国人：“西文‘法’，于中文有理、礼、法、制四者之意义”；“西人所谓法者，实兼中国之礼典”。（注：孟德斯鸠：《法意》，上册，商务印书馆1981年版，第3-7页。）但在中国社会生活实践中，严复的这一告诫基本上被完全遗忘。在急于现代化的中国，法律几乎被理解为是由一个被称之为立法机关通过一个立法或规则制定程序制作出来的产品。片面认为现代法治国家只要立法完备就可，这是对现代法治国家的急于求成和天真所至。这一方面是成文法的大量颁行，另一方面是成文法的难于通行。难于进入基层社区，使立法行为成了真正的国家行为，法规多成了法学院校学生学习的规则。虽然现代社会中的法治已经和国家权力不可分割，但从根本上讲法治所要回应的是社会的需求，而不仅仅是国家的需求。法治不可能仅仅依靠国家来制造，法治的唯一源泉和真正的基础只能是社会生活本身而不是国家。法律既要服务国家，更主要地是服务于社会。同转型时期的中国社会相伴，当代中国社会秩序形态是一种什么样的秩序呢？国家追求的理想秩序是“法治秩序”，但“礼俗秩序”仍然在乡土社会起着决定性的作用，究竟当代中国社会秩序形态如何？笔者认为它表现出了一种极为复杂的情况，刘作翔先生将其称之为“多元混合秩序”

不无道理。（注：刘作翔：《转型时期的中国社会秩序结构及其模式选择》，载《法学评论》1998年，第5期。）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