

民间法

【第十六卷】

主编：谢晖 蒋传光 陈金钊

执行主编：彭中礼

上海师范大学 主办
中南大学法学院



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

民间法

【第十六卷】

主编：谢晖 蒋传光 陈金钊

执行主编：彭中礼

上海师范大学
中南大学法学院

主办



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

民间法. 第16卷/谢晖,蒋传光,陈金钊主编. —厦门:厦门大学出版社,2015.12
ISBN 978-7-5615-5886-7

I. ①民… II. ①谢…②蒋…③陈… III. ①习惯法-中国-文集 IV. ①D920.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 304290 号

官方合作网络销售商:



厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

总编办电话:0592-2182177 传真:0592-2181406

营销中心电话:0592-2184458 传真:0592-2181365

网址:<http://www.xmupress.com>

邮箱:xmup@xmupress.com

厦门金凯龙印刷有限公司印刷

2015 年 12 月第 1 版 2015 年 12 月第 1 次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:27.25 插页:2

字数:588 千字

定价:68.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

《民间法》年刊总序

自文明时代以来,人类秩序,既因国家正式法而成,亦借民间非正式法而就。然法律学术所关注者每每为国家正式法。此种传统,在近代大学法学教育产生以来即为定制。被谓之人类近代高等教育始创专业之法律学,实乃国家法的法理。究其因,盖在该专业训练之宗旨,在培养所谓贯彻国家法意之工匠——法律家。

诚然,国家法之于人类秩序构造,居功甚伟,即使社会与国家分化日炽之如今,前者需求及依赖于后者,并未根本改观;国家法及国家主义之法理,仍旧回荡并主导法苑。奉宗分析实证之法学流派,固守国家命令之田地,立志于法学之纯粹,其坚定之志,实令人钦佩;其对法治之为形式理性之护卫,也有目共睹,无须多言。

在吾国,如是汲汲于国家(阶级)旨意之法理,久为法科学子所知悉。但不无遗憾者在于:过度执着于国家法,过分守持于阶级意志,终究令法律与秩序关联之理念日渐远离人心,反使该论庶几沦为解构法治秩序之刀具,排斥法律调节之由头。法治理想并未因之焕然大光,反而因之黯然神伤。此不能不令人忧思者!

所以然者何?吾人以为有如下两端:

一曰吾国之法理,专注于规范实证法学所谓法律本质之旨趣,而放弃其缜密严谨之逻辑与方法,其结果舍本逐末,最终所授予人者,不过御用工具耳(非马克斯·韦伯“工具理性”视角之工具)。以此“推进”法治,其效果若何,不说也知。

二曰人类秩序之达成,非唯国家法一端之功劳。国家仅借以强制力量维持其秩序,其过分行使,必致生民往还,惶惶如也。而自生于民间之规则,更妥帖地维系人们日常交往之秩序。西洋法制传统中之普通法系和大陆法系,不论其操持的理性有如何差异,对相关地方习惯之汲取吸收,并无沟裂。国家法之坐大独霸,实赖民间法之辅佐充实。是以19世纪中叶、20世纪以降,社会实证观念后来居上,冲击规范实证法学之壁垒,修补国家法律调整之不足。在吾国,其影响所及,终至于国家立法之走向。民国时期,当局立法(民

法)之一重大举措即深入民间,调查民、商事习惯,终成中华民、商事习惯之盛典巨录,亦成就了迄今为止中华历史上最重大之民、商事立法。

可见,国家法与民间法,实乃互动之存在。互动者,国家法借民间法而落其根、坐其实;民间法借国家法而显其华、壮其声。不仅如此,两者作为各自自治的事物,自表面看,分理社会秩序之某一方面,但深究其实质,则共筑人间安全之坚固堤坝。即两者之共同旨趣,在构织人类交往行动之秩序。自古迄今,国家法虽为江山社稷安全之必备,然民间法亦为人类交往秩序所必需。故人间秩序者,国家法与民间法相须而成也。此种情形,古今中外,概莫能外。因之,此一结论,可谓“放之四海而皆准”。凡关注当今国家秩序、黎民生计者,倘弃民间法及民间自生秩序于不顾,即令有诤诤之声,皇皇巨著,也不啻无病呻吟、纸上谈兵,终其然于事无补。

近数年来,吾国法学界重社会实证之风日盛,其中不乏关注民间法问题者。此外,社会学界及其他学界也自觉介入该问题,致使民间法研究蔚然成风。纵使坚守国家法一元论者,亦在认真对待民间法。可以肯定,此不唯预示吾国盛行日久之传统法学将转型,亦表明其法治资源选取之多元。为使民间法研究者之辛勤耕耘成果得一展示田地,决定出版《民间法》年刊。

本刊宗旨,大致如下:

一为团结有志于民间法调查、整理与研究之全体同仁,共创民间法之法理,以为中国法学现代化之参照;

二为通过研究,促进民间法与官方法之比照交流,俾使两者构造秩序之功能互补,以为中国法制现代化之支持;

三为挖掘、整理中外民间法之材料,尤其于当代特定主体生活仍不可或缺、鲜活有效之规范,以为促进、繁荣民间法学术研究之根据;

四为推进民间法及其研究之中外交流,比较、推知相异法律制度的不同文化基础,以为中国法律学术独辟蹊径之视窗。

凡此四者,皆须相关同仁协力共进,始成正果。故鄙人不揣冒昧,吁请天下有志于此道者,精诚团结、互为支持,以辟法学之新路、开法制之坦途。倘果真如此,则不唯遂本刊之宗旨,亦能致事功之实效。此乃编者所翘首以待者。

是为序。

谢 晖

目 录

学理探讨

民间法与国家制定法互动关系的法社会学思考	严存生(2)
国家法与民间法的法理证成和实践进路	
——以法社会学和法人类学为视角	张德淼 康兰平(15)
习惯法概念的定义问题	蓝寿荣 何雪峰(28)
论习惯法与国家法的关系	
——一个方法论的视角	李 可(42)
论婚姻的自然法则	熊云辉(51)
民间法的权威研究	
——以傣族寨老纠纷解决机制为视角	周俊光(62)
从规则中心到过程主义	
——论法律人类学的范式转型	王伟臣(75)
权力话语的道德重述	
——对民间法的国家干预及其反馈机制	杜维超(85)
社会互动中的规范形成	
——以哈贝马斯商谈论为视角	刘住洲(97)
列维-斯特劳斯:他的“认同”与主体的终结	
——兼论法律人类学的符号学之路	许天问(110)

经验解释

民事习惯与明清民事审判中的事实认定	蒋铁初(122)
敦煌借贷契约的民间规则	
——以举钱契为例	王斐弘(132)
民间信仰的权力分析	吕廷君(145)

权威变迁、权力表达与纠纷解决

- 乡村社会的法律信任与乡村法治 易 军(158)
- “辞灶”的法人类学考察 王月峰(172)
- 为什么是乡土法杰
- 乡村纠纷解决担纲者的主体条件和地位分析 魏小强(186)
- 取名规则的限制与自由
- 基于民间法的视角 沈 剑(200)
- 论行政习惯法作为干预行政之法源 贺译葶(214)
- 农村纠纷解决中民间法适用的困境与出路 何晓斌(226)
- 风水纠纷的解决与民间法的适用:情境、道路及规则 马 文(237)

制度分析

“讲件”与纠纷的解决

- 瑶族习惯法半口承环境下的程序安排与符号设定 徐晓光(250)
- 论赔命价在西藏的法典化 王林敏(258)
- 惩罚性赔偿的演进与流变 黄娅琴 连月月(273)
- 论我国公立高校自治权的界限 邓 志(286)
- 论行会自组织规则的法律治理 邵 华(294)
- 少数民族传统习惯法治化进路探析 龚卫东(302)
- 论传统知识习惯法保护的制度建构 尚海涛(312)
- 中国古代地方法治体系及其运行模式探析 刘志松(324)
- 因俗与易俗:清代苗例、苗俗之理论适用 程泽时(335)
- 依法治藏视角下藏区“血价命价”问题解决路径研究 淡乐蓉(346)

社会调研

- 从江县登双寨侗族习惯法田野调查与研究 周相卿 陆胜春(358)
- 农村房屋买卖习惯在民间的境遇
- 来自青岛市郊区某村庄的调查报告 邱会东(365)

域外视窗

- 爱德华·甘斯与黑格尔主义的危机 [美]沃伦·布莱克曼 著 姚远 译(384)
- 俄罗斯国家与私人合作及其变革 赵 哲(402)

学术评论

民间法研究的域外视角

- 《民间法：不成文法的理论与实践》(*Folk Law: Essays in the Theory and Practice of Lex Non Scripta*)读后感 刘楷悦(416)

2015 年第十一届全国民间法·民族习惯法

- 学术研讨会会议综述 俞 晓(426)

学理探讨



国家法与民间法互动关系的法社会学思考
李思慧 著

◎民间法与国家制定法互动关系的法社会学思考

◎国家法与民间法的法理证成和实践进路

◎习惯法概念的定义问题

◎论习惯法与国家法的关系

◎论婚姻的自然法则

◎民间法的权威研究

◎从规则中心到过程主义

◎权力话语的道德重述

◎社会互动中的规范形成

◎列维-斯特劳斯：他的“认同”与主体的终结

民间法与国家制定法互动关系的 法社会学思考

严存生*

摘要:“法”是以社会权力为后盾的行为准则。“民间法”与“国家制定法”最本质的区别在于是否以国家权力为后盾。它们之间是原生与次生的关系,“国家制定法”是在提炼各种“民间法”的基础上产生的,是一种系统化、知识化了的,因而适用范围更大的权威性准则。“国家制定法”必须扎根于“民间法”,从中吸取原材料和获得生命力。在历史上“民间法”与“国家制定法”处于互动之中,法律人是这一互动的推动者;疑难案件是国家法生成的起点;学理法和判例法是转化过程的两个环节;经验的积累和理性的创造是法律生成和发展的两种机制。

关键词:民间法;国家制定法;互动关系

在民间法的研究中,“民间法”与“国家制定法”的关系问题无疑是一个值得关注的重大理论问题,因为只有弄清二者的关系,才能够划清它们之间的界限,从而正确地使用和处理好二者的关系,也才能明确民间法的地位和作用,给“民间法”正名,进而为民间法的研究争得一席之地,改变现在的“民间”地位。

一、民间法与国家制定法的概念

(一)“法”的概念及其分类

“法”一词广义上指一切对人的行为有约束力的准则,包括必然的规律(客观的法)、应然的哲理(内心的法)和实然的准则,即实在法。^①

客观的法即客观事物运动的规律,它们是自然为我们立的法,是最为神圣的法,也是一切法的客观基础和最后的依据。

内心的法即在认识客观规律的基础上人们于内心所构思考的理想的法,它们是制定

* 严存生,西北政法大学教授。

① 详见拙文:《“法”的存在方式之三义:必然法、应然法、实然法》,载《求是学刊》2015年第2期。

和使用实在法的指导思想,也是衡量实在法正确与否的绝对标准。由于对它们的思考往往以人的本性为出发点的,而思考的结果又与人类社会的政治理想和道德观念想象相一致,因而也称之为“道义上的法”或“自然法”。

实在法是借助于某种社会权力而实施的行为准则。它的构成很复杂,从产生方式上可分为习惯法、判例法、学术法和制定法。习惯法即自发形成的以习惯形式存在的准则;判例法即在司法审判活动中产生的以判决形式存在的准则;学术法,又叫学理法,指法学家在学术研究所发现和以学术著作形式表述的准则;制定法指由权威者所制定和颁布的以语言文字形式存在的准则。实在法从是否借助于国家权力来实施上可分为民间法和国家法。

(二)民间法与国家制定法的概念

1. 民间法

民间法,英语为 folk law,德语为 Volksrecht。民间法,顾名思义是来自并适用于“民间”的法。“民间”又叫“市民社会”,是与“政府”或“政治国家”相对而言的,因而民间法指非被国家认可的法。广义上的“民间”是很复杂的,可分为:(1)以解决人们生理需要为主的家族社会,它以家庭为基本细胞,把同一血缘的人们组织起来,进行人种的生产和再生产。与此相适应产生了调节血缘性人际关系的宗法(家法、宗族法)和民族法。^① (2)以解决人们的物质需要为主的个人之间组织起来进行生产和交换的狭义上的“市民社会”,在其中人们组织起来,相互分工合作,形成了各种行业和各种行业性组织,也使人们选择了各种职业,从事以某种职业为主的活动。与此相适应产生了生产、交换等经济活动的规则,各种行业的行规,各种企业单位的规章制度,还有跨国公司的规章制度等。^② (3)以解决人们的精神文化需要而形成的教育、文艺、体育、宗教等组织^③所进行的活动,这是与职业活动相对应的“业余”领域。^④ 与此相适应产生了各种事业单位和各种文化、艺术、体育组织的规章制度;各种帮会、文化社团的规章制度。(4)政治性活动领域。它是为协调以上三个领域关系,解决它们自身难以解决的问题而形成的更高层次的活动领域,它从整体和宏观上关注人的需要,使社会上各种群体人的不同需要协调起来,为此目的所开展的工作的民间部分。由此产生了许多组织,有直接从事政治活动的政治社团,如我国的工会、少先队等,有间接从事政治活动的各种非政府组织(NGO)(即公益性的群众组织)。与之相适应产生了它们的规章制度,从而产生了第四种民间法。

① 民族是一个很复杂的概念,现在已包含“国家”(民族国家)、文化等含义,但她仍然要以某种血缘性种族为主。

② 昂格尔认为跨国公司的规章制度带有法的性质。参见[美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章等译,中国政法大学出版社1994年版,第188页。

③ 总称事业单位,有学校、研究机构、文艺组织、宗教组织、体育组织等。

④ 当然对文化人来说,他们终生以其中之一为业。所以也是“业内”的,不是“业余”的。

民间法在形式上主要表现为习惯法,但不限于习惯法,还有制定法和学理法,因为民间的许多规章制度也是由人自觉制定的,也表现为语言文字;因为法律人对法律的学术研究在有些社会并不被执政者所认可。

大部分民间法的表现形式为习惯,这就有一个民间法与一般的风俗习惯的区别问题。我们认为,一般的风俗习惯与民间法的习惯法区别在于有无社会权力作为后盾,因而当它被违犯时是否会遭到相应权力机关的强制性制裁,而不是一般风俗习惯那样只是得到社会舆论的谴责。这也就是作为规范的法与作为规范的道德的区别。这意味着民间法遭到违反时不仅会受到社会舆论的谴责,还会遭到有关组织的制裁。正因如此,民间法在人们心目中的地位与一般的风俗习惯是不同的。埃利希在谈到这一点时指出,要区别法律规范与其他社会规范,虽然在科学上是困难的,但在心理上是可以做到的。他说:“虽然在法律规范和其他类型规范之间划出合乎科学的精确性的界限是困难的,但实践中,这一困难极少存在。通常,任何人都会毫不犹豫地指出一个给定的规范是法律规范还是宗教、伦理、习俗、道德、礼仪、言行得体、时尚或者礼节规范。这一事实必须作为讨论的基础。关于法律规范和非法律规范之间的区别问题不是一个社会科学问题,而是一个社会心理学问题。各种不同类型的规范释放出不同类型的感情暗示,而且我们对不同类型规范的违反也会做出不同的感情反应。比如对违反法律的反应是产生对抗情绪,对违反道德准则的反应是愤慨,对下流行为的反应是厌恶,对言行不得体的反应是不赞成,对冒犯礼节的反应是产生可笑之感,最后,时尚的追随者轻视那些未能和他保持同一高度的人,对他们会产生一种挑剔感。专门对应于法律规范的是这样一种反应——欧陆共同法学家为此创造了一个术语——必然之念。这是人们能够识别法律规范的典型特征。”^①他接着说:“因此,法律社会学不能像迄今流行的法学那样以一个简单公式来表述法律和道德的区别。只有全面研究——那些目前甚至尚未搜集到的——心理和社会事实,才能清楚地说明这一难题。虽然我们充分意识到了面对目前这种法学状况不得不抱有的极度谨慎,但我们现在或许还是可以认定,法律具有如下本质特征。法律规范所调整一个事项,它至少在其发源之群体的观念中具有极大的重要性,具有最根本的意义。受法律命题支配的个体行为不可能很重要,例如有关食品的制定法、涉及防火或防止家畜传染病的制定法之下的个体行为,但是,我们必须始终考虑到,如果对这些制定法的违反呈现出一种群体现象的规模则会导致何种结果。只有一些不是很重要的事项才由其他社会规范调整。……另一方面,与其他的规范相比,法律规范总是用清晰而明确的术语表述。从而,法律给了那些以法律规范为基础的联合体以特定的稳定性,然而,不以法律规范为基础的联合体,例如政党、宗教团体、亲戚群体、社会关系,除非它们都采取了法律形式,否则它们都具有松散性和缺乏稳定性的特征。一旦道德规范、伦理习俗规范、礼仪规范丧失了它们的普遍特征,并且也用明确的术语表述,对社会法律秩序具有根本性

① [奥]尤根·埃利希:《法社会学基本原理》,叶名怡、袁震译,九州出版社2007年版,第375页。

意义,则它们也经常可以变为法律规范。”^①

韦伯认为,法律秩序的特点就在于其强制是通过一套专门的机构来进行的。他说:“法律,如果在外在方面,它的适用能通过(有形的和心理的)强制机会保证的话,即通过一个专门为此设立的人的班子采取行动强制遵守,或者在违反时加以惩罚,实现这种强制”。“‘法’这个概念(……),有一个强制班子的存在是决定性的”。^② 在这一秩序中,“存在着一个人或者若干个人,他们旨在贯彻制度,准备采用专门为此所规定的强制手段(法律强制)”,这种“强制手段就是有关的共同体化的‘法的制度’”。^③ 韦伯认为,只有在这一点上,我们才能把法律与习惯、惯例区分开来。^④

由此看来,风俗习惯既可能是一般的风俗习惯,也可能是作为民间法的习惯法或作为国家法的习惯法。其差别就在于是否得到社会权力的认可,得到国家认可的是国家习惯法,得到民间组织权力认可的是民间习惯法。社会生活中的一般的风俗习惯与作为民间法的或国家法的风俗习惯之间的界限是很模糊的,相互的转化也是很容易,只要某种风俗习惯被违犯后会对其某种民间组织的存在造成严重危害而使该组织必须采取强制手段予以制止时,该风俗习惯就是民间习惯法;如果它被违犯还会造成更严重和更大范围内的危害后果,致使国家必须出面维护时,它就具有国家法的性质,从而变为国家习惯法。这就是说,民间法和国家法的区别并不在于形式,民间法在形式上不仅表现为习惯法,国家法在形式上也不仅仅表现为制定法。

2. 国家制定法

前面提及,制定法指由权威者所制定和颁布的以语言文字形式存在的准则。这里要补充指出的是,在西方历史上,“制定法”(making law)一词是与一种意义上的“自然法”或习惯法相对而言的,指非自然或自发生成的法,是人有意创造并形之于文字的法。中世纪的基督教神学家托马斯·阿奎那把制定法分为神定法和人定法两类。神定法指上帝通过他的使者(大卫、耶稣)向人们昭示的准则,即《圣经》;人定法即国家制定法,是世俗的君主为他的臣民所颁布的准则。这一论述,显然需要补充,因为人定法不限于国家制定法,国家制定法也不限于君主制定法,还有议会制定法、政府制定法等;非国家制定法或民间制定法的种类很多,有制定的家法族规、制定的宗教法、制定的各种民间企事业单位和社会团体的规章制度等。

在弄清了“制定法”的一般概念之后,我们再来谈“国家制定法”。

“国家制定法”,英语为 statute law,德语为 Staatsrecht。顾名思义,它是由国家制定的法。那么,什么是国家呢?

“国家”一般指最高的或政治性的社会组织。所谓政治性问题指社会中全局性或综

① [奥]尤根·埃利希:《法社会学基本原理》,叶名怡、袁震译,九州出版社2007年版,第361页。

② [德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(上卷),林荣远译,商务印书馆1998年版,第64~65页。

③ [德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(上卷),林荣远译,商务印书馆1998年版,第347页。

④ 参见[德]马克斯·韦伯:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,中国大百科全书出版社1998年版,第二章。

合性问题。所谓最高,指它拥有最高的权力,能够管辖到社会生活的各个领域。这是由其管理问题的政治性所决定的。一个相对独立的社会有许多公共性的社会事务,如维护安全和秩序、保护环境和防治自然灾害、解决社会纠纷、发展公益性事业(兴修大型的水利、道路、文化体育设施)等。国家就是适应这些需要而产生的管理社会公共事务的组织。

国家管理这些公共事务就需要相应的法则,因此产生国家法。国家法的形式现在有习惯法、判例法、学术法和制定法。这四种形式是逐渐产生和发展的。最初的国家法是习惯法的汇编或被编纂的习惯法典,它是从民间的习惯法提炼出来的。进行这一工作的大都有该社会的“贤哲”或“智者”。他们的作用只是搜集整理已有的种种社会习惯法,而不是创制一种新的法则。不过,显然这其中“立法”活动,被编纂的习惯法典从形式上已是成文法,具有制定法的形式。所以,在一定意义上讲它也可以算最初的或萌芽状态的“制定法”了。

在西方,真正意义的“国家制定法”是与近代西方的民族国家的产生和立法权是国家主权的主要部分,特别是与三权分立观念的流行密不可分。这种学说认为,主权者的活动就是制定和执行法律。可这种观念是与原先人们对国家和法的认识是大不相同的。原有的认识是,法律来自人民,执政者只能依法执政,无权立法。因为中世纪通行的政约论认为,执政者与人民之间有一种契约,他不能背约,否则就是暴君,人民有权推翻他。正因如此,在西方古代国家的执政者是不敢向人民颁布什么法律的。虽然他们也会对国家的重大事务作出决定,但这只限于具体事务,而不是法律规则。据哈耶克等一些西方学者研究,这一情况的改变出现于中世纪末,这时国家开始制定规则,但最初也只限于国王制定宫廷官吏的规则。国家名正言顺和大规模地制定法律,因而制定法成为国家法的主要形式,显然只是资产阶级革命的产物,也是与资本主义国家紧密联系在一起的。这意味着,17世纪之后才产生了现代意义上的“国家制定法”。

二、民间法与国家制定法的关系

民间法与国家法的关系是原生与次生、特殊与普遍或局部与整体、多元与一体的关系。也就是说,国家制定法是在民间法的基础上产生的,是为了克服民间法的局限性,^①以及适应国家这一更高的社会组织活动的需要而由执政者有意识地创制的一种法律。但执政者不可能凭空而只能在综合民间法的基础上制定它。因此,国家制定法大都是在民间法进一步发展的产物,其内容也大都是在归纳各种民间法的基础上拟定的。

民间法与国家法的关系可分为两个方面,其一,是国家制定法对民间法的依赖,或为

^① 依靠的社会权力弱小,难以对违法者以强有力的约束;对问题的概括性低,难以解决更大范围的社会问题;发展速度缓慢,难以适应社会的急剧发展。

其所决定;其二,是国家制定法对民间法的反作用,或对其影响。下面我们分别论述。

(一)国家制定法对民间法的依赖

国家制定法对民间法的依赖或为其决定,民间法是原生法,国家制定法是次生法。对此有许多学者论述过,历史上的情况也的确如此。

1. 专门论述者

一个是社会法学的创始人之一的埃利希。他从理论上论述了民间法与国家制定法的关系及其民间法向国家制定法转化的过程。埃利希认为有两种法律规范,即为大众所遵守的一般行为规则和为司法活动所遵循的特殊行为规则或裁判规范(the norms for decision),和两种“法”,一种是作为法律主体的“活的法”(lebendes Recht; living law)或“社会法”(gesellschaftliches Recht; the social law),另一种是由其派生的国家法(the law created by the State)。后者是法学家在认识和归纳两种法律规范的基础上制定的,故又称之为“法学家法”。他认为,真正的法是“社会法”,它们来自社会,是自发形成的各种社会组织的内部秩序,它们规制着人们的行为,协调相互间的关系,它们的被发现是当有人违反这些法律而引起社会纠纷诉之于“法院”^①之时,“法官”为了解决这些纠纷,就必须研究这些法律,并创制一些解决纠纷的“裁判规范”。它们大都只是程序性的规则。“法学家法”是法学家在认识上述两种法的基础上概括为概念、命题(Rechtssatz)和形之于语言文字的法。它包括司法判决、法学著作和国家制定法。他指出,制定法与国家法是有区别的。因为制定法的形式很多,如契约、规章制度等。“国家法的形成不仅可以采取制定法的形式,也可以采取行政规章或治安条例、地方执法官法和法官法的形式。”^②他还指出,制定法也不是国家法产生的唯一办法。他说:“国家法的形成不仅可以采取制定法的形式,也可以采取行政规章或治安条例、地方执法官法和法官法的形式。”^③他得出的结论是,“国家以制定法的形式颁布的法律是唯一法律的时代从来没有过。”^④

由此看来,埃利希认为,国家法,特别是国家制定法来自社会,虽然其产生中离不开法学家的创造性劳动,因为他们能及时地“发现”和能以科学的语言概括和表达其内容,但不能说他们是国家制定法的创造者,而只能说他们是其“发现”者和表述者。因此,“法律由国家创制的观念经受不住历史分析的检验。”^⑤

另一个是当代西方著名的政治自由主义者哈耶克,他也详细论述了这一问题。应该指出的是,哈耶克把“国家制定法”叫“立法”,或“公法”(Offentlichen Recht)。^⑥不过,他

① 在他那里,“法院”即解纷机构,因而既有国家的“法院”,也有民间的“法院”。

② [奥]尤根·埃利希:《法社会学基本原理》,叶名怡、袁震译,九州出版社2007年版,第289页。

③ [奥]尤根·埃利希:《法社会学基本原理》,叶名怡、袁震译,九州出版社2007年版,第289页。

④ [奥]尤根·埃利希:《法社会学基本原理》,叶名怡、袁震译,九州出版社2007年版,第29页。

⑤ [奥]尤根·埃利希:《法社会学基本原理》,叶名怡、袁震译,九州出版社2007年版,第347页。

⑥ 哈耶克把国家制定法叫“立法”或“公法”,把非制定法叫“私法”。参见哈耶克:《自由秩序原理》(上),邓正来译,三联书店1997年版,第153页。

并不认为这种法是真正的法律,而是认为它们不过是被法学家认识到和被阐述的法,因而是派生法或次生法。

他的基本观点也是,国家制定法只是民间法的派生物。他说,真正的法律或社会规则是社会活动中带规律性(regularity)的东西,它并非由某些个人刻意创制的,而是人们在社会交往(互动)中自发形成的。它们能够给人带来好处,因而得到普遍遵守。而且这种规则大都潜在于社会内部,没有明确地昭示出来,或只表现为风俗习惯。故称之为“内部规则”(nomos)。他认为真正的法律或内部规则包括明确阐明的规则(articulated rules)和尚未阐明的规则(unarticulated rules)两种。“所谓‘未阐明的规则’……乃是指一种描述性的规则,亦即并未用语言或文字予以表达的惯常行为的模式,而‘阐明的规则’则是形式化了的规范性质的规则,它们不仅描述行为,而且还经由确立适当标准的方式支配行为。”^①他还认为,人类社会的规则大量的未阐明的规则,阐明的规则虽然有其优越性,但永远不可能完全取代未阐明的规则。他说:“因此,那些未阐明的规则(the unarticulated rules)总是要比文字程式所能表达的东西包含有或多或少的内容。而且阐明规则的努力也常常会因‘直觉的’知识无法为某一特定问题提供一个明确答案而成为必要。因此,阐明规则的过程有时也会在实际上(尽管是非意图的)生产出新的规则。但是,阐明的规则(the articulated rules)却不会因此而完全替代未阐明的规则,而只能在一个尚未阐明的规则的框架内发挥作用并得到理解。……那些阐明规则的人所做的不过是发现和表达业已存在的规则,而且他们也只有权如此行事。”^②他把已阐明的规则,叫“外部规则”,或“制定法”(statute law),它是由立法机关制定,所以又叫“立法”。他认为后一种所谓的“法律”,其大部分其实并不是法律,而是国家对其官员所发布的命令。他说:“所谓唯一的法律,也就是法律人的法律(lawyer law),古希腊人的 nomos 和古罗马人的 ius(这在欧洲的其他语言中则被称之为 droit, Recht 或 diritto,而与 Loi Gesetz 或 Legge 相区别);与这种唯一的法律构成对照的,则是……那些构成立法机构核心关注点的政府组织规则。”^③他指出,“就当下的情形而言,立法机构以适当形式赞成通过的任何文件,都被称为‘法律’。但是,在这些仅具有该词形式意义的法律中,只有一些法律——就今天看来,通常只有极小的一部分法律——是调整私人间或私人与国家间的‘实质性’法律(substantive or material law)。绝大部分这类所谓的‘法律’,毋宁是国家对其官员所发布的命令,其所关注的主要问题也是他们领导政府的方式以及他们所能运用的手段。”^④所以他同意一些学者的观点,建议把这种“法律”叫“依附法”(para-law),甚或“次级法”(sub-law)。这就是说,他认为第二种“法律”其实不是真正的法律。为了进一步说明这一观点,他还就第二种“法律”的产生和目的分析了它与第一种的区别。“统治者建

① 邓正来:《社会秩序规则二元观》,载《北大法律评论》第2卷第2辑,法律出版社2000年版,第430页。

② [英]哈耶克:《法律、立法与自由》第1卷,邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第122页。

③ [英]哈耶克:《法律、立法与自由》(第一卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第153页。

④ [英]哈耶克:《自由秩序原理》(上),邓正来译,三联书店1997年版,第263页。

立组织的目的乃是为了维护社会秩序和抵御外敌……随着这种组织变得越来越不同于那种包含了所有公民私人活动的更具包容性的社会,它也就要求拥有它自己的独立规则,并用它来确立它自己的结构、目标和职能。……政府机器所需要的就是组织规则。它们的目的有如下述:一、实现特定的目的;二、对那些规定了应当完成某事或应当实现特定的结果的肯定性命令(positive order)进行补充;三、为实现这些目的而建立各种使政府得以有效运转的机构。”^①所以他说:“在我看来,把这种法律称为政府规则或政府细则(the regulations or by-laws of government)可能更为恰当。”^②哈耶克也并不否认制定法,特别是其中阐述规则的作用,认为它能使人们更清楚地认知法律,也能促成法律的生成,但其作用是有限的。他说:“阐明规则的人所做的不过是发现和表达业已存在的规则,而且他们也只有权如此行事。”^③可以看出,哈耶克认为真正的法律是民间法,国家制定法只是它的派生物,国家制定法只能在某种程度上向人们揭示社会中存在的部分法律。

2. 历史上的典型

恩格斯在谈到法律的发展史时说:“在社会发展某个很早阶段,产生了这样一中需要:把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来,设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯,后来便成了法律。……在社会进一步发展的进程中,法律便发展成为或多或少广泛的立法。”^④历史发展的过程的确如此。典型的事例有:

(1) 最初的国家制定法大都是有习惯法编纂而成的

我们知道,人类社会最早出现的是民间习惯法,后来出现了国家法大都是习惯法汇编而成的法典,它们是在民间习惯法的基础上由“贤哲”们编纂而成的。如古罗马的《十二表法》,它是公元前五世纪古罗马议事机构聘请十个“智者”在搜集和整理古罗马和古希腊习惯法的基础上编纂而成的。再到后来罗马出现了法学家阶层,他们广泛地参与法律实务活动和研究法律问题,从而出现了内容丰富和形式多样的民间学术法,这就使公元6世纪查士丁尼有可能组织一批法学家编纂和颁布了古代西方第一部体系庞大内容精细的法典——《罗马法大全》。而该法典的第二部分,即《学说汇纂》(Digest 或 Pandects)就是40多个法学家法律论述的汇总。

(2) 近代初期的法典也大都以本国的习惯为基础

如果说古代西方还没有真正意义上的“国家制定法”,因而国家法只能通过编纂的方式直接吸纳民间习惯法和学术法的话,那么,即使到近代进入国家制定法迅猛发展

① [英]哈耶克:《法律、立法与自由》第1卷,邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第198~199页。

② [英]哈耶克:《法律、立法与自由》第1卷,邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第210页。

③ [英]哈耶克:《法律、立法与自由》第1卷,邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第122页。

④ 《马克思恩格斯选集》第2卷,人民出版社1972年版,第539页。