

寻根

民间法絮言

于语和 著

意治
写法

清华大学出版社

寻根

民间法絮言

于语和 著

清华大学出版社 北京

内 容 简 介

民间法是法社会学视域下和国家法相对应的学理概念。它深深地根植于中国传统社会土壤之中,它是人们长期生活、劳作中积淀而成的生存经验、生活技巧和身体记忆。它源自传统、生于民间,作为自生秩序,在传统社会中发挥着定分止争、平衡利益和协和关系的巨大功用。基于它自身具有的强劲韧性和与时俱进的适应性,加之其在目前中国社会治理中化解矛盾、平息纷争的突出作用,以及它与国家法虽有对立冲突,更有互动、契合和融通的特征,相信它不会因“乡土中国”、“熟人社会”向现代化社会转型而随风飘逝,相反,在多元主义法律观照下的法治建设中,它长风万里,大有可为。同时,学界对民间法的深入、精准的研究,对探寻中国现代化法治建设的进路与模式,将大有裨益。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

寻根:民间法絮言/于语和著. —北京:清华大学出版社,2012.11
(写意法治)

ISBN 978-7-302-30296-4

I. ①寻… II. ①于… III. ①习惯法—研究—中国 IV. ①D920.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第237617号

责任编辑:刘 晶

封面设计:傅瑞学

责任校对:王荣静

责任印制:宋 林

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦A座 邮 编:100084

社总机:010 62770175 邮 购:010 62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 刷 者:三河市君旺印装厂

装 订 者:三河市新茂装订有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:155mm×230mm 印 张:17.25 字 数:229千字

版 次:2012年10月第1版 印 次:2012年10月第1次印刷

印 数:1~3000

定 价:32.00元

产品编号:047424-01

细绎文心述法意(代序)

于语和教授的新作《寻根——民间法絮言》付梓之际,嘱我作序。和于教授交往多年,由于有着共同关注的研究领域,在诸多学术研讨活动中我们有过许多深入的交流和愉快的合作。我也一直将于教授看作是可以砥砺见解的学者和披沥肝胆的挚友,这次有幸先睹本书,实为快事。而于教授在本书中许多亦新亦旧却别具只眼的见解和亦庄亦趣引人读兴的表述,亦使我在收益良多的同时,激发我的一些思考。

20 世纪 70 年代末以来,中国社会进入了一个加速转型时期。与转型和过渡时期的中国社会相伴随,当代中国的法律制度呈现出一种国家正式法律制度与民间秩序规范并存的二元或者说多元结构。从多元法律观出发,传统的中国社会,除国家制定法有效实行外,民间有其乡土社会、民族地区具有当地特色的民俗、习惯、规约、禁忌等对该特定地区、特定人群而言则是更有效、更直接的发挥“法律”的作用功能,维护着一方秩序。即使实行现代化建设,推进依法治国的今天,其深刻影响也是不容忽视的。承认法律多元即产生了国外法与本国法,国家法与民间法的冲突与互动。于此,法学界自 20 世纪 80 年

代关注这一问题以来,开拓了民间法这一研究领域。国家法可以被一般地理解为由特定国家机构制定、颁布、采行以及由国家系统化的、有组织的强制机构自上而下予以实施的法律。在有的学者那里,国家法也被称为官方法或者被认为是官方法的一部分。民间法是用来指称相对于国家法而言的,社会中存在的非国家制定或认可的,但又有较强约束力和强制力,并为一定地域和范围内的人们所普遍遵守的调整该领域内各种权利义务关系的行为规范体系。民间法主要包括乡规民约、家法族规、民族习惯、行业规范、信仰禁忌、团体章程甚至风俗人情等国家法以外的民间社会规范。

在国家致力于现代化建设的进程中,大力倡导“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略,表现在法治层面,实际上是力图以国家正式法律制度全面调整社会秩序,以“应然”来改造现实。我们实际所做的,是通过大批量的国家立法,通过政府主导型的立法发展战略,通过全国、全社会规模的普法宣传教育,“法律六进”、送法下乡,试图以法律制度(主要是国家制定的成文法律制度和政策)和通过宣传普及法律制度重塑社会成员的思想意识来推动社会的转型与发展。三十年过去了,这一做法取得的成就和暴露的问题都值得深思。许多学者和法律实务工作者都已经意识到,在转型期的中国社会(不仅是乡村社会,如果放开视野,在许多行业和领域,作为民间法重要组成部分的行业规范、团体章程、职业要求、商业惯例等,在城市甚至比在乡村发挥着更广泛的作用。甚至就是人情风俗,在城市人际交往中也不一定比在乡村约束力弱。这一点,我与于教授的看法略有不同,或者我的看法可作为于教授观点的补充?),民间法仍承担着一些国家法不能替代的功能,自有其存在的现实依据与合理性。在转型期的中国社会,构建现代法治秩序时应注意如下几点:第一,不应忽视民间法对我国法制建设的正面作用,更不应该以“国家法为价值取向”企图“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。当然我们也不应一味强调法制的“本土化”而过重依赖民间法。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”内更不应该刻意地去排挤对方的生存空间。第三,在发展趋势上,应以国家法为价值取向。要求在某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;而在民间法的专有的“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导向作用,以促使民间法具有更大的开放性和普适性。第四,在我国法制建设中,在法律形式上一方面要追求成文化、法典化,另一方面也要允许使用其他形式。在制定成文法时,应注意研究司法机关所处理的疑难案件所涉及和实际适用的规则问题、历史传统中遗留下来的今天仍为人们遵循的习惯规范、社会生活中自发产生的习惯以及各种社会行业和组织内所通行的规则。第五,当代中国的法制建设,也许更重要的是要研究中国人,包括仍占人口半数以上的乡村居民的思想、行为和心态,他们的习惯和偏好,以及制约这一切的社会背景。在此基础上建立起来的制度也许是更有生命力的,更符合国情的。

然而,于教授本书所见,显然远远不止于此。全书“人意—法意—天意”三个部分,组成有高度、有厚度、更有宽度的立体篇章,有静态有动态地演绎展现了民间法的主要方面。首篇“人意”道尽了民间法的前世今生、现实样态、生存空间和生命之源;次篇“法意”描述了民间法的功能及其基础与环境、民间法与国家法的契合与互动、民间法与国家关系图景,并勾划出社会秩序的理想蓝图;尾篇“天意”着力探寻法治情怀下民间法的命运,反思了中国百年法治之路、追问法治根扎何处、倡言从送法下乡到取法民间。立论打通中西,取材纵贯古今,细绎文心,缕述法意,许多论述足以启人思绪,拓人胸襟。如书中认为,传统乡土社会也是一个开放的系统,同样在不断的代谢新陈,无论是乡土权威,还是乡土规则和自组织模式,都在不断地发生变化,从宋元到明清,是乡土社会从自组织的自在状态到自觉状态的发展过程,在这一过程

中,权威、规则和模式都不断地被具象化;从明清到近代,乡土社会的自组织特征又出现了符号化和官方化的趋势,权威、规则和模式经历了蜕变;近代以来,外来模式涌入,考量每一次大规模的引进外来模式,无论是清末的变法,还是民国时期的大论战,还是面对新中国刚刚成立时对苏联的一边倒,还是改革开放后对西方模式的学习,都不同程度地冲击和改变着乡土社会的自组织模式。尽管社会环境在不断地改变,乡土社会也在不断改变,但有一点没有变,就是乡土社会自生自发的秩序生成功能。现在的基层民主自治制度、人民调解制度的设计都是公权系统对这一规律和现实的深刻认知和尊重的典型体现。随着中国社会的转型,传统民间法将会以多种转化形式继续存在。即使在市民社会中仍然存在民间规则,部分原来乡土社会中的民间法(主要是涉及经济问题的内容)会转化成相应的市民社会中的民间规则。虽然市民社会中民间规则的发挥作用机制已经与乡土社会中的民间法大异其趣,但其作为与国家法并存并规制着民间社会秩序这一理路则是共同的。这些概括和论断,无论是对传统社会还是当代现实,都有相当的解释力和说服力。

与这些观点同样有价值的,还有书中提出的一系列问题。如在中国社会由“熟人社会”逐渐转向“陌生人社会”之际,“我们真的走出了那个传统的民间社会了吗?民间法离我们远去了吗?”“我们不得不思考,未来是什么?中国传统的乡土社会未来是什么?它建立在熟人社会和固有模式信任基础上的自组织功能会不会被破坏和消解?”诸如此类的问题,书中并未全部给予解答。我推测或许是作者有意如此。正是这些未得到完全解答的问题存在,使我感到言尽而意未穷,也会让真正关心民间法命运的读者继续沿着作者的引导思考探索。

是为序。

张明新

二〇一二年十月于江苏师大公寓

目 录

引语：民间法是法吗？	1
人意——乡土社会的民间法情节	15
一、探寻：民间法的前世今生	15
二、追索：多元法律下民间法的生存空间	66
法意——现代法治与大国之治	104
一、定纷与息讼：民间法的解纷功用	104
二、契合与互动：民间法与国家法	139
三、推进与阻碍：法治视域下的民间法	184
天意——法治情怀下民间法的命运	233
后记	264

引语：民间法是法吗？

1

古人善用比喻和引申，可以从平常小事中衍说出大道理来。君主和官员们常用万事万物来比喻治理国家，譬如做菜，从烹调中发现治国的大道理。

夏时的伊尹从小就生活在一个厨子家庭，相传他的母亲住在伊水上游，怀孕后梦见神人告诉她说：如果看见石臼冒水，就往东方跑，不能回头看。第二天，她果然看见石臼冒水，便告诉邻居，向东跑去。她忍不住回头看了看家乡，那里已是一片汪洋了。她心中悲伤，便在桑林中生下婴儿，随后去世了。有旻氏的采桑女子在桑林中救得此婴，把他献给了国君。国君得知他的身世，便给他起名伊尹，并把他交给一位厨子抚养。生活在一个厨子身边，伊尹自然也成为一名厨子，不但饭菜做得好，还从中悟出了治国的道理。

夏朝方国商王听说伊尹很有才华，想得到他，有旻氏拒绝了商王的请求。商王便向有旻氏求婚，有旻氏把女儿嫁给商王，伊尹作为陪嫁的媵臣背负玉鼎砮舂来到商王那里。商王很高兴得到了一位贤臣，便在宗庙为伊尹举行除灾祛邪的仪式，点燃了苇草以驱除不祥，杀牲涂血以消灾辟邪。第二天，商王

召见他，问以天下大事，遂有了后世流传的“负鼎说汤”的故事。

伊尹与汤说起天下最美的味道。伊尹说：君的国家小，不可能都具备；如果得到天下当了天子就可以了。说到天下三类动物，水里的鱼、鳖、虾、蟹的味腥；食肉的鹰、雕、狼、犬味臊；吃草的牛、羊、兔、鹿味膻。无论恶臭还是美味，都是有来由的。味道的根本在于水。酸、甜、苦、辣、咸五味和水、木、火三材都决定了味道，食物在烧煮过程中有“九沸九变”，每一个过程味道都在发生变化，火很关键。一会儿火大一会儿火小，通过疾徐不同的火势可以灭腥去臊除膻，只有这样才能做出美味来，不失去食物的品质。调和味道离不开甘、酸、苦、辛、咸；用多用少用什么，全根据自己的口味来将这些调料调配在一起。至于说锅中的变化，那就非常精妙细微，不是三言两语能表达出来说得明白的了。若要准确地把握食物精微的变化，还要考虑阴阳的转化和四季的影响。所以久放而不腐败，煮熟了又不过烂，甘而不过于甜，酸又不太酸，咸又不咸得发苦，辣又不辣得浓烈，淡却不寡薄，肥又不太腻，这样才算达到了美味啊！

伊尹回答商汤天下至味的问题，是用“君之國小，不足以具之，为天子然后可具……非先为天子，不可得而具”来开篇的。他首先告诉商王，欲得至味，先统一天下，这说明伊尹讲的是治理天下的大道理。他所列举的至味品类繁多，有肉之美者、鱼之美者、菜之美者、和之美者、饭之美者、水之美者、果之美者，隐喻天下之大，人与事俱繁，并且都具有各自不同的特点和规律，不可以按照固定的方法来治理。治理国家就像用鼎饔烹饪美食，强调“烹”、“调”之法，要掌握好火候与注重水质，“九沸九变”，“灭腥去臊除膻”，注意五味的调和，达到味厚重、咸淡适中而恰到好处，达到“熟而不烂，甘而不浓，酸而不酷，咸而不减，辛而不烈，淡而不薄，肥而不腴”^①。借以论治国之道，分了三个层次：第一个层次是告诉商王，天下很大，不像一个小方国那样单一和简单，天

① 《吕氏春秋·孝行览》。

下包含了更广更复杂的范围，治理天下要有更广博的胸怀和眼界。这样才能成为天子，而不再是一个小小的国君。第二个层次是告诉商王，天下很复杂，不能用单一的方式去治理。不同的方域、不同的族类、不同的人，都有各自不同的特点，要根据自己的特点，采取不同的治理模式。第三个层次是告诉商王，治理天下，要讲究一个“度”，“度”没有统一的标准，要靠着近乎艺术的治国经验而达到运天下于掌上。既不能操之过急，也不能松弛懈怠，只有恰到好处，才能把天下治理好。

还有一个大家耳熟能详的典故，就是《庄子·养生主》中讲的“庖丁解牛”。庖丁和伊尹一样，也是一个厨子，只是他只负责宰牛，不负责做饭。一次，他替梁惠王宰牛，只见他手起刀落，很快一头牛就被他分解成几块了。他宰牛时发出的声响，竟然就像乐曲一样富有节奏。再看他宰杀的牛，骨架完好，肉也是整块整块的，一点儿也没有被破坏。梁惠王对他高超的技术感到惊讶，问他是否有什么秘诀？庖丁回答说：大王，当初我刚开始宰牛的时候，由于对牛体的结构还不了解，所以看见的只是整头的牛。三年之后，我了解了牛的肌理筋骨的结构，看见的不再是整头的牛，而是牛的肌理构造了。现在，任何牛，我只要看一眼，然后闭上眼睛用我的精神去感知这头牛的身体，它的肌理构造就完全在我脑中。我宰牛的时候，顺着牛体本身的肌理结构。而牛身上的骨节是有空隙的，刀刃却很薄，我用薄薄的刀刃沿着筋骨间的空隙来用力，那么在运转刀刃时就宽绰而有余地了。所以我的刀从来没有碰过筋骨交错的地方，更何况那些相连的大骨呢？因此我的刀用了十九年，刀刃依旧锋利如初啊！

梁惠王从中悟到了“养生之道”，或许是辜负了庖丁的一番苦心。一个宰牛的厨子，并不是总有机会跟国君搭上话，有这样一个机会，当然不会仅仅“炫”一下自己的技艺和踌躇满志的得意，一定会抓住机会把自己的思想传达给国君。庖丁“解牛之道”就是一篇道家关于治国的论著，讲治理国家要因势利导，把握规律，顺应自然。只有按照万事万物的特征来选择治理模式，才能做到“手之所触，肩之所倚，足之所

履，膝之所跣，砉然响然，奏刀騞然，莫不中音”^①，其核心就是“顺势”二字。

实际上，老子早就把做饭之道上升到治国之道的高度了。《道德经》第六十章开宗明义地讲道：“治大国若烹（烹）小鲜。”表面意思很简单，就是说治理大的国家就像熬小鱼。再进一步讲，则圣心高远，微言大义，从古至今解释众多，见仁见智。比较一致地说法是老子在告诫执政者，要遵从社会自然秩序，不能朝令夕改、随意搅动、胡乱折腾，否则国家就会出乱。《诗经·桧风·匪风》毛传云：“烹鱼烦则碎，治民烦则散，知烹鱼则知治民”，河上注：“烹小鱼不去肠，不去鳞，不敢挠，恐其糜也。”《韩非子·解老》篇载：“事大众而数摇之，则少成功；藏大器而数徙之，则多败伤；烹小鲜而数挠之，则贼其泽；治大国而数变法，则民苦之。是以有道之君贵静，不重变法。故曰：‘治大国者若烹小鲜’。”《淮南子·齐俗训》言：“老子曰：‘治大国若烹小鲜’，为宽裕者，曰勿数挠，为刻削者，曰致其咸酸而已。”王弼则注谓：“治大国若烹小鲜，不挠也，躁而多害，静则全真。故其国弥大，而其主弥静，然后乃能广得众心矣。”范应元对于“烹小鲜”说本作“烹小鳞”，并注：“小鳞，小鱼也。治大国譬如烹小鳞。夫烹小鳞者不可扰，扰之则鱼烂。治大国者当无为，为之则民伤。盖天下神器不可为也。”这些思想家和学者们都是说的这个意思。许多治国者也作出了这样的解释，如唐玄宗注：“烹小鲜者，不可挠，治大国者，不可烦，烦则伤人，挠则鱼烂矣……此喻说也。小鲜，小鱼也，言烹小鲜不可挠，挠则鱼溃，喻理大国者，不可烦，烦则人乱，皆须用道，所以成功尔。”宋徽宗注说：“事大众而数摇之，则少成功；藏大器而数徙之，则多败伤；烹小鲜而数挠之，则溃；治大国而数变法，则惑……”^②许多被后世尊崇为明君贤臣的治国者莫不在一定程度上奉行了这一治国理念。

① 《庄子·养生主》。

② 刘韶军：《唐玄宗、宋徽宗、明太祖、清世祖〈老子〉御批点评》，370～372页，长沙，湖南人民出版社，1997。

无论是伊尹、庖丁，还是老子、庄子，无论是做饭，还是宰牛，都是在说按照规律办事，按照规律管理国家。那么，对于治理国家而言，这个规律是什么？我想，其中最重要的规律就是生存经验。所谓社会规律，就是人类社会对自然规律的反应，谁的反应是最真实的？绝不是帝王将相，也不是思想家，而一定是普通的民众：只有普通的民众，日日置身于最基层的社会生活之中，对生存的体味，对生命的感悟，最真实、最客观、最贴切。所以，每个普通的个体都是数学家，都是经济学家，都是哲学家，他们最懂得生存的真谛。他们按照千万年来的生存经验去生活，去选择自己的行为，从而形成了共同秩序规则。恰恰是这些规则，它们有些类似于哈耶克所讲的自生规范，衍生于基层社会语境之中，是基层社会生存经验和生活方式的写照，往往较强加于其上的国家规则更容易被信仰和自觉遵从。

历史上的明君贤臣之所以能身居庙堂之高，而能运天下于掌上，都是因为认识到了尊重社会规律，尊重生存经验，无为而无不为，无为而天下治。中国有史以来就是一个大国，大国与小国不同，其国家的治理模式也必有其要领，对于大国来讲，其秩序的价值意义更为重要，故中国的传统文化与政治法律制度向来都是事功的，并不追求逻辑上的缜密与体系上的完美，只是在社会生活中能很好地维持一个稳定的秩序，便足够了。中国这一传统的社会治理模式并不把公权力视为唯一的力量而一统至社会的细枝末节；相反，在中国历史上，除了少数时期，往往只把政府设到县一级，国家将广阔的基层社会置于一种“无为而天下治”的状态之中。

2

国家的治理，统一的规范是用来建构秩序的，民间规则是自发生成秩序的，统一的规范应该为民间规则提供一定的自治空间。所谓自发的秩序，是在不同的社会子系统中，社会成员依据其所在子系统的固有品格选择自己的行为模式，从而产生一种内在规制功能，这种规制功能通过自下而上的模式，在人们自由交往的行动领域中，自生自发地形成

的社会秩序。其共同的生存经验与信仰成为自发秩序化的原动力。在自发的秩序生成过程中,每一个社会成员都是主体,他们基于自身利益的互动而选择行为,从而对社会关系加以固定和规则化,这种规制功能存在很强的潜在性,在实践中构成了社会成员之间交往的模式。不同的社会子系统形成了不同的自我意识,具有各自独特的群体品格,从而使其秩序生成模式与公权系统主导并建构的秩序表现出不同路径。这种自发秩序往往在一定程度上瓦解和重塑着建构的秩序。

自生的秩序必然存在自生的规则,建构的秩序也必然存在建构的规则,当然,所谓的自生规则和建构规则也只是个相对的概念,自生规则往往也伴随着被建构的过程,建构也总是对自生规则的固定化。我们先不在此争论二者的关系,首先两种规则的存在应该是没有太多异议的,也即是说这两种规则都在社会秩序生成过程中发挥着作用,都是人们选择行为的参照和标准。建构的规则表现为制度性的,具有公权色彩,最主要的表现形式就是法律;自生规则表现为民间性的,具有民间色彩,主要的表现形式有民间习惯、家法族规、村规民约、村民自治章程、民族习惯、公序良俗、民间禁忌等。

这些自生规则是零散的,但在它们背后存在着共同的价值理念和生存哲学,所以它们有时是系统的。把它们看成法律,很多人不会接受,至少不会一下子接受。所以我们姑且把它们称为“民间规则”,这个称谓应该不会有太多的疑问。我们先来简单讨论一下什么是法律或者法律是什么?也就是法律的内涵和外延是什么?

法律是否如大多数教科书中所说的“是国家制定或认可,反映统治阶级意志,并由国家强制力保证实施的社会规范的总和”?古今中外,关于法律的定义众说纷纭,五花八门,见仁见智。哈特曾经感叹道:“关于人类社会的问题,极少像‘什么是法律?’这个问题一样,持续不断地被问着,同时也由严肃的思想家以多元的、奇怪的,甚至是似是而非的方式提出解答。即使我们将焦点限缩在最近一百五十年的法律理论,而忽略掉古典的与中世纪的关于法律本质的思辨,我们将发现一个

任何其他独立学术专业、系统性研究的科目所无法比拟的情况。”^①然而，“法学者们还在为法律下定义。”^②但是，迄今为止，无论是中国还是外国，还没有一个为整个法学界公认的统一的法律概念。“通过研究众多的法律定义，你能够获得更为深刻的理解。每一定义都包含了它的提出者智慧的火花，每一定义都由于排除了无法解释的东西而导致其见地的局限性。例如，法律可被定义为规则的体系、对官方肆意胡为的遮掩、价值探究的论坛、解决冲突的社会机制、精英的权力把戏或者是对公意的反映、压制。这些偏颇的解释为研习法律提供了有益的线索。跨越多种解释的思考，有助于更加清晰地理解，因为对立的思想观点造成的紧张状态，为法律提供了生气与活力。这种紧张状态在法律的学习中产生相似的冲突，这些学习者都热衷于寻找解释法律的最佳方式。然而，这种紧张状态也使得法律学习成为一种独特的教育经历。”^③

中国历史上对法（法律）的定义非常多。《韩非子》中有云：“法者编著之图籍，设之于官府，而布之于百姓者也。”^④强调国家权力和对百姓的统治。《管子》云：“法者，尺寸也，绳墨也，规矩也，衡石也，斗斛也，角量也，谓之法。”“规矩者，方圆之正也；虽有巧目利手，不如拙规矩之正方圆也。故巧者能生规矩，不能废规矩而正方圆，虽圣人能生法，不能废法而治国。”^⑤主张法是判断与衡量是非曲直的规则。汉代思想家桓宽说：“法者，刑法也，所以禁强御暴也。”^⑥强调法律的镇压功能。

西方关于法律的定义则更加五花八门。有人把法律看成是自然的

① [英] H. L. A. 哈特：《法律的概念》，许家馨、冠宜译，1页，北京，法律出版社，2006。

② [德] 伯恩·魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，27页，北京，法律出版社，2003。

③ [美] 博西格诺等：《法律之门》，邓子滨译，3页，北京，华夏出版社，2002。

④ 《韩非子·难三》。

⑤ 《管子·法法》。

⑥ 《盐铁论》卷十。

理性,人类的理性,神意的体现,或者免除一切情欲影响的神祇和理智的体现。有的把法律看成是公益行为,有的把法律看成一种简单的规则,或者不只是一条规则,而是具有统一性的一套规则体系,有的认为法律是关于正义与非正义的艺术,有的则仅仅作为一种政治措施,有的把法律作为人们之间的自由意志能够相互协调的全部条件的综合,有的则认为是人类社会的一种控制手段,或者强调是一种命令,是国家对人民的命令。如霍布斯认为法律是国家对人民的命令,用口头说明,或用书面文字,或用其他方法所表示的规则或意志,用以辨别是非,指示从违。而人类学和法人类学者更加强调法律的物质强制力量 and 文化的巨大张力。如霍贝尔借用 S. P. 辛普森、鲁恩·菲尔德在《法律与社会科学》一文对法律的看法来概括法人类学对法律和文化关系的基本看法:“从人类学的角度看,法律只是我们文化的一个因素,它运用组织化的社会集团的力量来调整个人及团体的行为,防止、纠正并惩罚任何偏离社会规范的行为。”^①同时还强调“在任何社会里,不论是原始社会还是文明社会,法律存在的真正的基本的必备条件是,社会授权的当权者合法地使用物质强制。”^②美国文化人类学家拉德克利夫·布朗认为法律是“在一个区域组织内,有强制性权力操纵的通过使用或可能使用的物质力量,用以维持或建立社会的秩序。”^③昂格尔在其著作《现代社会中的法律》中强调,从最广泛的意义上讲,“法律仅仅是反复出现的、个人和群体之间相互作用的模式,同时,这些个人群体或多或少地明确承认这种模式产生了应当得到满足的相互的行为期待。”^④在纷繁复杂的社会生活中,国家制定法调整社会秩序和利益关系只是一个方

① [美]霍贝尔:《原始人的法——法律的动态比较研究》,严存生等译,4页,北京,法律出版社,1992。

② [美]霍贝尔:《原始人的法——法律的动态比较研究》,严存生等译,25页,北京,法律出版社,2006。

③ 《非洲的政治制度》,前言,14页,牛津大学出版社,转引自[美]霍贝尔:《原始人的法——法律的动态比较研究》,严存生等译,25页,北京,法律出版社,2006。

④ [美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章译,43页,北京,中国政法大学出版社,1994。

面,大量存在的民间习惯、不成文的规则,与国家法一道,共同构筑着社会的秩序。社会存在的多元意识和利益,决定了法律多元现象的普遍存在。正如梁治平所言:“法律社会学家们发现,即使在当代最发达的国家,国家法也不是唯一的法律,在所谓的正式法律之外还存在着大量的非正式法律。”^①而后现代的学者们,则对之前对法律定义的尝试作了颠覆,认为法律(和其他任何概念一样)没有一个永恒的,固定不变的实质,而只是断裂、变异、错位、偶然的一种理性,从而推翻了之前为法律作定义的种种命题。他们认为,法律对每一个人来说都意味着不同的东西,人们看的似乎是一个东西,但看到的却又不是一个东西。^②正如奥登的诗所说:“法律是什么?法官先生居高临下,清晰而庄严地宣布:法律就是我从前告诉你的话,法律就是我的理解,一如你所知道的那样,法律不过是我重新作出的解释,法律就是法律。”^③

以法律人类学的研究为起点,最终发展成为多元的法律观。1975年日本学者千叶正士《法律多元——从日本法律文化迈向一般理论》问世后,法律多元以及相关的问题得到学术界越来越多深入而持久的研究和讨论。力图以多视角透视国家法的生存状态,国家法之外社会规则的可能、实践与价值,纸面表达与实在规则的差异与疏离,沟通与撞击。“随着研究的深入,被统一性‘遮蔽’的多元性渐次呈现出来。”^④

法律不只是写在国家制定和施行的律例里面,它们也存在于那些普通的社会组织和生活场景之中。这使得研究者不再只关注中国传统的“大传统”,即由儒者所代表的“精英文化”,而将“小传统”,即乡民所代表的日常生活的文化,也纳入研究的视野。在一定意义上,法律就是特定时空下的特定规则,这些规则的制定,是通过地域性的习俗惯例与

① 梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,32页,北京,中国政法大学出版社,1996。

② 苏力:《法治及其本土资源》,289页,北京,中国政法大学出版社,2004。

③ W. H. 奥登:《诗集》,208页,转引自[英]韦恩·莫里森:《法理学——从古希腊到后现代》,李桂林等译,武汉,武汉大学出版社,2003。

④ 徐忠明:《试说中国古代法律制度研究范式之转变》,载《北大法律评论》第4卷第1辑,233页。