

超越民间法论*

寺田浩明著 吴 博译**

一、民间法论的昌盛

(一) 民间法论产生的背景

近一段时间在中国的法学书籍中经常会见到‘民间法’的概念。笔者不清楚此概念首次使用的时间。在众多论著中，民间法论反复引用梁治平的《清代习惯法：社会与国家》（1996年，中国政法大学出版社）及苏力的《法治及其本土资源》（1996年，中国政法大学出版社）这两本书作为研究的出发点。这两本著作与其说是个别的实证研究，倒不如定位为在两部著作出版时年龄在四十岁左右的精通西洋学说的年轻气盛的学者在其作品中所倡导的一种法学方法论更为恰当。这两本著作宣称摆脱了过去仅仅着眼于研究国家成文法的教条主义法学，强调转而研究民间法律秩序的形成机制的重要性。此种动向在去年创刊的《民间法》年刊上有所体现（山东人民出版社出版，共422页，《民间法》的第二卷今年由山东人民出版社出版并公开发行，共492页）该书主持人谢晖在《民间法》年刊总序中对本刊的发行宗旨作出如下陈述：

“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须。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’”

*（原载于日本《Jurist》法律家杂志）（双周刊，有斐阁发行）1258号，专题“中国法秩序与21世纪的全球社会”，2003年12月15日。

** 寺田浩明，日本京都大学法学研究科教授。吴博：山东大学法学院博士生。

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 煌煌巨著 也不啻无病呻吟、纸上谈兵 终其然于事无补。’〔1〕

民间法研究的主张产生并之所以能在一定范围内被接受，原因可能有二：一是对国家法律一元论和只有通过国家法才能建立更好的法律秩序之主张提出异议；二是对潜藏于主张理性设计的法律思想中的某种乐观主义、精英主义的畏惧或反弹。“正是在这个意义上 中国的法治之路必须依靠中国人民的实践 而不仅仅是几位熟悉法律理论或外国法律的学者、专家的设计和规划 或全国人大常委会的立法规划。”〔2〕不过 民间法的志向能否做到‘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(“前引年刊总序‘民间法宗旨之二’)’、〔3〕能否形成这样一种学问，当然还取决于民间法的概念究竟能在多大程度上明确采取与国家法相对峙的的立场。〔4〕

（二 民间法概念的问题所在

通过对年刊中作为民间法的实例所讨论的几个对象以及逻辑关系的考察可以发现，民间法这一概念所包含的困难也昭然若揭。在这一系列的论著中经常提到的有以下两个事例：

第一 恋爱中男方将女方强奸 女方父母将男方告到派出所。不过在警察正式逮捕之前 男方父母向女方提出 立即结婚并给予三千元赔偿 要求撤回诉讼、私了此事。女方基本同意 但要求一万元赔

〔1〕 《民间法》(年刊总序)载谢晖、陈金钊主持：《民间法》(第1卷)山东人民出版社 2002 年版。

〔2〕 苏力：《变法、法治及本土资源》 载苏力：《法治及其本土资源》 中国政法大学出版社 1996 年版 第 19 页。

〔3〕 《民间法》(年刊总序)载谢晖、陈金钊主持：《民间法》(第1卷)山东人民出版社 2002 年版。

〔4〕 为了从更广阔的领域捕捉民间法研究的动向，除去国家法与民间法的对比争论外，在《民间法》所登载的论文中，讨论现行实定法制度之社会机能的典型法社会学研究、以及少数民族法特征的实证研究均占有一定的比例。这些研究所具有的重要意义，本文因篇幅的关系在此不作论述。

偿，双方协商最终以五千元人民币达成一致。双方明知男女均未到法律规定年龄，但通过熟人领到了结婚证。后来，其规避法律的“私了”行为被政府发现，婚姻被宣告无效，男方以强奸罪被正式起诉，并宣判有罪。根据这一事例，朱苏力在《法律规避和法律多元》中指出：“那些潜在的、指导这一纠纷解决的规则为一种‘民间法’——也可以称之为在社会中衍生的、为社会所接受的规则”。〔5〕

第二，现在已经在全国范围内制度化了的农业生产承包制度等，市场经济的改革措施大多都是由个人和企业、地方官员发起的。这些措施当初都是违法行为或者“规避”当时正式的法律制度及政策的行为。由此推断法律规避有时也具有正当性和有效性。

前一事例，是否可以给民间自发解决纠纷以用武之地，的确是与国家法与民间法相对峙的设问相吻合的研究视角。不过民间存在的这种处理方式，在何种意义上可以称之为法？对此，除“从社会派生出来，又被社会所接受的规则”之外，还没有更进一步的说明。然而，现代国家法与社会之间的逻辑关系归根结底是一致的。问题只在于两者的派生与相互容纳，存在着结构上的差异。只要民间法论没有足够的正当理由和合理论据，在与国家法相对立的意义上，说明其能与国家法的法理论相匹敌，那么在近代，国家法就是法理论理解的惟一根据。事实上，在近代国家的法理念中，当现实社会中的各种实际规则与国家法对立时，就被彻底否定；当两者不矛盾时，其中的一部分内容则被积极地吸收到国家成文法中。于是乎，就会陷入（软着陆）到立法论上的取舍选择中。

后一事例所指明的对象，原本是基层权力依具体情况而提出的政策建议及未经上级批准而实施的冒险性行为。的确，这不是国家中央的立法，但不能简单地称为民间惯例，更何况其也不是自然发生的。并且地方权力一方面也是国家权力的一部分。从此种意义上

〔5〕 苏力：《法律规避和法律多元》载苏力：《法治及其本土资源》中国政法大学出版社 1996 年版 第 44～45 页。

说与其说民间法是一个可以替代习惯法的课题还不如说是国家立法权所具有的一种特殊分布形态即最初没有主权性中心的授权也并非立法权力中心单独发挥作用的产物，但同时其又是现实中国家正当权力的一部分、构成国家法秩序的有机组成。论述者之所以关心这样的现象，也正是因为这最终会成为中央的政策。论述的主题应该始终围绕着国家法的问题、现代中国国家大立法权的实态与近代西洋宪法体制的立法权实态的异同问题。如果将其称为民间法、习惯法那么本应从正面回答国家法的问题就变得模糊起来。

仅凭一元国家法的单方强行当然不能产生法秩序，并且仅仅依靠一元的理论的确无法把握现实中所发生的全部事情。民间法论所致力研究，无疑是正视事实的，它可在理论上弥补一元法论的不足。但从现状来说，民间法理论还没有成功地确立能与国家法理论一较短长的理论基础，甚至让人觉得有时民间法论反倒成为妨碍深入讨论问题的障碍。

在首倡者之一的梁治平的著作中已存在着民间法用语的模糊、法的性质不明确的问题。其著书中指出国家与社会的概念对比，起源于西洋近代史，对传统中国的分析不能照搬照用，需非常的慎重；而另一方面官方、民间的对比传统中国自古有之故可以使用于是创造出与官方法相对的民间法用语，以及与成文法相对应的习惯法等现代法学概念相重叠。不过还是尝试一下比较好。改革开放后的国家法与清代国家法对于社会来说具有同样的机能吗？清代，民法确实不具有国家成文法的形式，难道由此就能认为民法与西洋传统法中的‘习惯法’具有同样的性质吗？将社会空间分割并分别冠以法的字眼，虽然对于吸引只关注国家法研究的法学者将其视野投向民间很有益处但该理论的展开和进一步说明却相当困难。因此，我们需要进一步推进该研究的理论深化。

现代国家法理论的性质大致清晰。在笔者看来，为了解开层层疑团虽然显得有些迂阔但还是只能从中国传统法特别是民法的

存在形式开始论述，除此之外别无选择。〔6〕

二、传统中国的民法

（一）个别主义内容的普遍主义提示

“情理”作为传统中国民事审判的规范性因素之一，受到瞩目，但这并不意味着它可以同现代审判中的法那样作为人们主张权利及判决的根据。就个别审判来说，现实中存在的是，当卷入纠纷时，为了此纠纷的实质性解决，消除两造关系紧张，在裁判官主持下通过调解做出两造可以接受的一次性判断或合意。显然，这里所寻求的目标，不完全是客观规则的适用，而是通过对双方持有的各种情节以及围绕争议的整个状况进行公平权衡之后得出的最佳解答，在大多数情形下也就是可以不必牵强而立即实现的解决方案，或者是双方妥协的结果。当然，只要涉及具体情况就可以发现，由于世间没有完全相同的纠纷，所以法官所作出的判断也因现实生活当中纠纷的无限多样而无限分化，或者也应该是无限多样化的。可见把传统中国的民事裁判理解为分殊主义的解纷方式并不是没有理由的。

只是在这里同时还应该注意到，尽管案件的细节各不相同，但不能认为对案件所作出的判断也一定会因人而异，或者认为这样不同的判断是好事。如下所述，作为制度整体之基础的恰恰相反，尽管不同案件的情节千差万别，与此相应对案情的判断也是千差万别，但面对一个具体的纠纷，公平的人总要综合考虑其中的全部要素，费尽心思得出的结果也应该大致是一样的。也就是说，无论具体的纠纷及进行判断的法官多么的分殊化，但每一个纠纷都自有并且也应该有天下公论作为说法。这里的普遍性要求不是在纠纷类型方面推而

〔6〕 有关于传统中国法的叙述及根据，敬请参考拙文：《中国清代民事诉讼与〈法的构筑——以“淡新档案”为素材〉》载日本法社会学会编：《法的构筑》（《法社会学》第58号，有斐阁，2003年3月）。

广之 而是在判断的统一性方面的伸张。

诚然，要在充分考虑个案所涉及的所有背景性情节上作出判断并使这样的判断得到整个社会的认同的话那是很难的 但不言而喻，这也正是普通人在社会交往过程中所进行的日常性实践。在日常生活中，人们总是根据自己与他人的关系以及周围环境的不同而决定自己在该场合主张自己利益的强弱程度。而且这样的判断还会在与对方的交涉和协调中互相作出细微的调整。实际上，正因为对应该退让的程度或者应该施加压力的分寸存在着一定的社会共识，大部分的社会关系才能够在人们相互妥协中继续进行。不管局外人看来如何的复杂 对于当事人来说 恐怕大致都可以看出事态大体发展的方向吧 既然存在主观非制度的因素 便不可避免地会存在与人们预期的偏差。如果双方都固执地认为自己的主张才是妥当的，那么无法调和的纠纷自然会转化为公开的诉讼。有关当事人把自己主张的正当性和恰当性 相应地 对方不懂得互让的顽固性和贪婪性 诉诸天下的公论 这就是诉讼 裁决者对有关问题给予解答并指明何为天下公论 这就是审判。

当然 假如重视个别情况并把该案理解为世上独一无二的 那么所谓公论的具体内容也只能依据当时情形制定出来，并且只有从某人的口中叙述出来才能被公众所知晓 在典型的状况下 事态往往会按照下面的程序而展开。无论如何争论，大部分都是有关于程度的判断。在公开争论的过程中 周围关注的人们的看法会逐步集中 形成一定的行情 也许会有某个人出面代表大家发言 或者裁断者是个平时很有公平道德观念 享有极高威望的人 听了他的发言 周围的人就会认为他的发言最具道理而使舆论趋向一致。并且某个单个人想抵抗舆论是很困难的。最终，争议的当事人本人也屈从于这种压力 或者遵从当时的说法 自我觉悟而放弃自己的主张 服从于舆论 从而结束这场纠纷。停滞的日常生活恢复了正常运转 而且纠纷的这种解决方式 在关注该纠纷解决的人当中 作为今后作出细微调整判断标准的一种素材 一种经验 产生的影响就像投石激起的水纹

一样逐步扩散开来。

很有意思的是在这里故意不设置某种能够以强制的方式制止当事人下次进行起诉的制度安排。如前所述，当对民间主体的调解不满时，当事人不屈从于舆论压力，会认为审判主体和周围的人被蒙蔽了，或者大家因畏惧对方当事人的威力而不敢将真正的公论表达出来。由此主张裁判主体、判决内容“徇情不公”（偏重于情义而不秉公），也可以把问题提交到更广大的场所。清代国家设立的州县法庭，正是为周边民众寻求公平、无私、有权威的主体为之裁判而设立的（州县地方官通过科举证实其有德，并因本籍回避制度而不受当地缘故的羁绊），还有一种制度是，对于不满州县长官的裁判，认为其“徇情不公”者，不论是在判决前还是判决后，都可以上诉至上级的府长官、省长官。从官僚制度来看，此种制度还包含着向上级告发下级官僚腐败的意味，最后还有条道路就是还可以直赴京师，向皇上告御状，由天下独尊的皇上替天行道，阐释公论。

纷争的过程、裁判的过程同时也是通过裁判者在当事人社会形成或者确认公论、共识的过程。^{〔7〕}与裁决方进行教化的契机相对应的是，当事人常常会质疑裁决方体现公论的程度，如是否能够真正的做到大公无私，真正体现公正的内涵。正是由于这种反复的性质（或者欠缺制度性确定力），才可以担保公论性的形象。只有裁决者的自己的结论就是天下公论这样的自负才构成法官裁决的证据，或者相反，只有对于申诉的渠道逐步消失，一个人与公论不断抗衡会被贴上刁顽的标签而孤立化的恐惧、才是削减当事人争讼的欲望并消弭纠纷的最大动力。法官所陈述的分殊主义的解决只所以同时可以被理解为一定意义上的法，其基础在于，法官的判断——不论好坏与否——具有社会性，并且在周围的人不敢为了自己的私利而提出异议这一含意上具有普遍性。

〔7〕这一部分与最近民事诉讼法学现代日本法庭中法形成的机能相类似。不过传统中国制定的法采取文章下述的形式。有关于其差异原因的论述未能深入。

（二）法的存在形态

于是乎，具备因事而异的分殊主义内容的正义同时又为全天下所共有，或者普遍存在的东西可以对应千差万别的个别事件，通过审判者而赋予具体形态，这种不定形的整体状态正是法的存在形态。

即使称之为法，从抽象意义上讲它可以简化为“符合天理人情”的表达，但另一方面，其实质内容如果离开了现实社会生活就无法确定。这里的确有赖于有德者的教化，但这会呈现出法律教化者与被教化者的区别。不过，由于当事人对道德教化的接受，他们之间的紧张关系及他们与教化者之间的权威落差会转瞬即逝，若其无法在瞬间消失时，便会导致法律教化者和被教化者的角色发生错乱。在这里有些讽刺意味的是，法具有具体形态的大多数时候同时也是以实态存在的。法无论从何种角度来看，都不应占据裁判中个别判断基础的客观存在位置（不是从情理来引出个别的判断，只有细心的判断全体才能逐步充实情理的内容）。这也是最终无法采取一定的规范语言表现具体内容的原因所在。^{〔8〕}

不过并没有必要由此过度认为裁判是无原则、无规则的。或许经过长年实践的积累所形成的判断，正如某个人的判断会自成体系一样，整体上会具有稳定性。研究者在原则性的东西基础之上添附伦理的内容，这也就是传统中国所谓《家族法》、《土地法》的实质，即法律既是一种规范性文本，又是一种对社会现实的描述。

（三）立法的位置

通过权力立法所产生的规范及规范的公布也不能脱离这个脉络。立法的正当性基础只能是公论的体现，不过社会也不是一张白纸。若不进行实际的尝试，那么最终也不会明白公论何在，形成公论的诸要素，有关于日常礼仪的共识、风俗，已经在社会中按照一定的

〔8〕因而可以认为，以律为代表的传统刑法（传统中文的法主要指律）在非常早的时期就已经采取了国家成文法典的形式。其原因何在？或者在广阔的法的领域中占有何种地位？这些都是饶有趣味的问题，因篇幅的原因在此不作论述。

分布方式而存在。规范公布的效果只能是由既存的事实‘重心’的不同来决定。同时具有现存重心的发言者通过再确认而增加统一度)与促使重心转移的诉求或者导致‘移风易俗’这样两个侧面。其有效程度与前面提到的审判过程中进行教化的效果是一样的,如果进行得顺利,人们的意识就会向规范宣示的方向靠拢,统一为公论的形式。但如果立法与重心偏差太多,就会产生对立法者公平程度、公论代表程度的怀疑。〔9〕

并且只要始终考虑个案的特殊性,大多数一般的说明原则因其一般性而从最初保持一定的界限。实际解决纠纷的时候,必须在调查全事件的基础上反复考虑是否原封不动地适用其原则(或者即使经过考虑,也要通过反复地进行整理,原则性的东西才能获得社会的正当性)。而且既然是否适用规范的内容是由地域的情况和情势来判断,那么就不得不限定规范所揭示的空间自由范围。越是广泛的领域,上位规范就越只是一般的指示,具体的内容还要由各地的规范宣示者‘因地制宜’地制定。

大体说来,传统民法到底是国家法还是民间法的提法并无太大意义。传统中国欠缺管辖性理论的基础,即一定成员内部规范的客观化以及所依据裁判权力形成的‘法共同体’型秩序。所以法从某种角度来看是由皇权统一为一元的,从另外的角度来看,它又被掌握于最末端的纠纷解决主体及法律教化者之中。有关社会规范的定立和实现的全部问题,通过公论标志的体现,人们行动标准的分散状态在每日的运转中得到实体上的统一。在这整个过程中,法与权力是不

〔9〕关于传统中国立法与社会实践之间的关系,请参见寺田浩明《清代土地法秩序中惯行的结构》(《东洋史研究》,48卷2号,1989年)王莉莉译、周蕴石校《关于清代土地法秩序‘惯例’的结构》,载刘俊文主编:《日本中青年学者论中国史·元明清卷》,上海古籍出版社,1995年版)关于规范提示行为与规范提示权力之间存在的相互依赖的关系,请参见寺田浩明:《明清法律秩序中‘约’的性质》(沟口雄三等编著:《社会与国家》“站在亚洲的立场上思考丛书”第四卷,东京大学出版社,1994年版)王亚新译:《明清时期法秩序中“约”的性质》,载滋贺秀三等著、梁治平、王亚新编:《明清时期的民间契约和民事审判》,法律出版社,1998年版)

能与之相分离的。

三、两种法之间

(一) 传统型与外来型

围绕着规范秩序的形成 传统中国曾存在着这样的形态 社会全体对‘正当解决’所有的共识 可以称为法 依据其社会共识处理个别的纠纷 可以称为裁判。不过 如果从狭义上理解法和法律制度 把与变易的现实相对峙并限制个体的具体行为,同时为具体行为提供基础和保障的客观规范以及制定和实现这些规范的制度作为概念的基本内容,那么现实中存在的法与上述概念理解之间存在着相当大的差异。

如上所示 前者 可以称为传统型 的确是为了将抱有各自利害心理的多数个体统一为整体从而平稳地为形成某种公正的 或公平的 秩序而采取的一整套取得相应平衡的制度。不过这种 就其本质而言的 现实与社会变动交织在一起并且变易不居的法与法制度 通过市场不能给社会提供必要的可预测性。为了市场经济的顺利建立 后一种类型 以下称为外来型 的法制度不可缺少 这也正是人们的要求所在。

然而 不能基于上述的考察就认为制度改革 单纯从传统国家法的角度考虑,仅仅等同于制定一部民法典(这当然为一项伟大的事业)这种新的法的存在方式 除了内容之外 更多地 在形式和制度的位置方面,与中国社会对于法的作用所有良性的和恶性的期待都会存在着偏差。

首先,法和裁判作为整体在社会秩序中所处的位置截然不同。传统型将秩序回复、社会统合都直接并完全地转为法的话题 但另一方面,法所固有的部分空间却不存在。而外来型抽取人们生活全要素中几个特定的要素 统驭现实生活 这样的定位可以带来上述长处),但会让人产生不协调感。偏重于一部分的契机(通常为一部分人

所有)就会与传统中所期待的公权力作用相反 势必增加部分性的、形式上的解决所必然带来的以偏概全的感觉。虽然这种解决不安定也不充分 但若全面舍弃在形式层面上整理事态的必要性 为维持功能,就会让人们认识到把公权力的一部分分离出来的必要性和正当性,人们对此能认识到何种程度也就成为决定外来型法制度的效力范围的首要因素。

另外,法制度实践的內部不可避免的也存在着不同层面上的差异。从纠纷当事人以及周围注视纠纷解决的人们的角度来看,传统型是把纠纷置于正式的解纷场所,而当事人与当事人社会可以随时不断介入规范内容的一种制度安排。由此看来,外来型则是在自己无法预知的场所进行决定并受这种决定的单方面束缚的制度安排。当然 立法过程中民主参加的扩大和'法的內面化'可以削弱规范的外部性特征。不过只要是外来型法,无论怎样都不能与现场实况合拍。法官如果根据要求使之合拍,自然就无法实现法的可计算性。

立法者也会受到不同问题的侵扰。传统型法律内容的决定过程、正当化的筹措过程以及社会的实现过程都是不可分割的整体。因此在立法的场合,自始至终都准备因地制宜、因时制宜。与此相反 在外来型的场合 必须以不受事实左右的、统一执行的法为前提,制定与现实相区别的法。如果仅就权力仅仅从别处筹措足以保障立法的正当性的问题而言,这当然是外来型法本身始终抱有的问题。为此 必须进行法的发现、相互的约定、强制性命令等理论的总动员,决定主体也从虚拟的神、君主向人民逐步转化。不过反过来说 固定化法的框架始终是存在的,还规定着权力的存在方式。这里必须先从权力设置的框架开始(虽然这样做多少与常理相悖)

现实的纠纷解决主体处于这两个问题之间。在传统型的场合,解纷主体首先在人们之前表述公论,形成规范过程中始终保留一定程度的自由空间,并使这样的作业完成得很漂亮也就构成了他的权威的基础。不过因不定形,非论理性的决定单独享有权威十分困难,一方面会产生对当事人社会细微的应对,另一方面还会企图实现与

上位权威的融合 在这种紧张之中实行的决定 可以做到连接现实与法、具体与抽象的整体统合。在束缚法官的同时也保护之的外来型强硬的法制度可以冷却“秩序形成的发动机”。新秩序的形成果真可以有效吗？社会全体会主动参加新秩序的形成吗？各种各样的疑问毫无尽头。

归根结底这里存在的是这样的问题 脱离细微的实践 抽象的法规范果真可以单独存在吗？这也就是，从前连为一体的立法与执行在何种程度，为何会切分为两种层次这一课题。

《二 民间法问题的历史位相

重新回到开头提及的话题，所谓的紧张关系与其说存在于国家与民间之间 倒不如扩展到上述的传统型法与外来型法的对比 才更容易理解。

如前一事例所示 外来型与传统型存在着混乱 结果是谁也无法成为法的固定形态。除了外来型的全面浸透这样的假设之外，还可以考虑将生活领域产生的传统型与外来型彻底的分割，进而将作为外来型而制定的国家法当做实际中法官进行判断的一种大致的基准而加以利用的结合形态。若如后者一样的推进，那么末端所存在的就是传统型。那里确实存在统一的法并进行着大致依此行事的解决方案 但它并不是判决正当性的客观基础 也可能达不到预期的可计算性。

另外后一事例所指明的，也就是自始至终把传统型法实践与外来型融合在一起的事例。经济改革中地方所进行的各种尝试，中央仅仅采取默认的态度，与社会实践的紧密表里关系是法和制度的基础。在当初倡导的阶段没有规范的地位和规范的实质性，只有在制度与实践相互促进 互为依据中才能形成标准的形态。就这样 国家把本来体现在传统型的法律世界中的因素放到外来型法的地位上去了。

另外 国家在主导立法活动之际采取的“试行”的手法 可以说将同样的关联也组合到国家立法本身当中去了。根据季卫东教授的研

究现代中国的“法律试行”不仅限于对控制“手段”有效性的测试，还兼有对控制的内容、目的是否符合民意的测试以及对立法者的正当性、权威性“公”的程度的测试。^[10]也就是说，国家法也不能仅仅在外来型法的基础上成立。

当然，不对立法过程与执行过程严格加以区别的做法是与法在形式上不能充分自立互为表里的。在更深的层面还存在这样的问题：涨落不定的东西最终能否出现固定化的瞬间？其固定性的正当根据何在？

以这种与性质论相对应的方式，现代中国各地社会生活状况的多样以各种方法威胁着一元性印象。无论如何，在如此广阔的空间、众多的人口中，树立一元化的法律空间的确为人类之前所未有的事业。至今没有成功的事例。人们会面临着多种选择。比如对外来法化的全面抵制、传统型与外来型的分类使用、侧重于大一统对整体与部分作原则性及具体的规定，或者与长期以来的“因地制宜”相结合的做法等。然而，如果重视分殊化的实际情形把“因地制宜”、“因时制宜”的原则一直贯彻到底，那么整个规范秩序又会再次变成传统型的。

当然，在此并不敢预言此课题的归结点。这里所应依据的事实很多（而且都是很让人眩晕的大问题）大都没有决定方向的必然要素。传统型法秩序所带来的均衡状态已不符合国民经济的发展，又尚未发现新的均衡状态。在动员社会中现有的形成秩序的资源的同时，在确保大致的统一、在不发生混乱的情况下推进改革完全是中国国民的现实抉择的问题。笔者认为日本学者所能做而且必须做的就是从整体上认识中国作出选择的全过程，以资日本人进行自己的现实选择之际的借鉴或参考。

[10] 季卫东：《法律编纂的试行——在实施与规范之间的反思机制》（载《世纪中国》，2000年11月17日）另季卫东：《权力的试行与反思的法》（载《超近代的法——中国法制的深层构造》，1998年）

简论民间法约束力的来源和表现

于语和* 部 菲 王华锋

民间法是与国家法 或曰国家制定法 相对应的法的概念。它是某一特定社区内在人们长期生产、生活过程中约定俗成的 用以划分人们的权利义务和调解各类纠纷的，并且具有一定的约束力的行为规范。它包括在特定人群中长期生产、生活中所形成的习惯、习俗，礼节、仪式 舆论、禁忌 乡规民约 家法族规以及大至民族规约、宗教戒律、行业规程等。

民间法作为一种特定的社会秩序 有其显著的特质 尤其相对于国家法而言，更是如此。田成有氏将民间法的特征归纳为四个方面，即“乡土性”、“地域性”、“自发性”和“内控性”〔1〕。我们认为民间法最突出的特点有两个方面。一是其地域性。民间法是一个特定的社区内的人们在长期生活和劳作过程中积淀而成的规则，相对于国家法的统一的、普遍的特征而言，它是分散的，不同的地域不同的人群有着不同的民间法。即所谓“十里不同风，百里不同俗”又所谓“杀猪杀尾巴，一个地方一种做法”。二是非正式性。民间法是自然长成的，他不像国家法，有立法程序、成文形式和严密的体系。它“以朴实、简洁、方便、合理、易操作的行为模式规范人们做什么、如何做，实体内容和程序内容混杂，与制定法相比缺少理性、严谨、周密的科学色彩”。它的产生源于人们的社会需要，是人们适应自然环境、维持

* 作者单位：南开大学法学院教授。

〔1〕 参见田成有：《法律社会学的学理与运用》，中国检察出版社 2002年版，第 99～100 页。

生存的文化模式。欠缺成文法规，无完整明确的条文体系。其产生后主要通过口头、行为、心理进行传播和继承，不像国家法那样有严格的制定程序和文字表现形式。”〔2〕

民间法被称之为法，自然有其对人们行为的约束力。只不过民间法的约束力和国家法的约束力不同，后者靠“有组织的暴力”为后盾，以国家的名义禁止、允许、授权人们这样或那样行为。民间法的约束力不论在来源上，还是在表现形式上，都有自己的特点。

一、礼的约束力的泛化

诚如上文所言，“礼”是我国传统社会一个独特的行为规范。它由初民社会单纯的习俗仪式，发展成为约束人们婚姻、血统、亲续、君臣等社会关系的一种开放性的行为准则。当代美国学者 D. 布迪、C. 莫里斯在研究了中国传统的礼与法律的关系后认为，“古代圣贤创造了礼，而现实社会的混乱，是因为人们不了解礼，不能以礼规范自己的行为造成的。所以，儒者们的主要任务在于研究并解释圣贤留传下来的礼，恢复其本来面目，用以指导现世的人们。”〔3〕这种观点基本符合中国传统社会的实际。

礼的观念与学说影响到社会生活的各个领域，调整着人与人、人与天地宇宙的关系。“道德仁义，非礼不成；教训正俗，非礼不备；纷争辩论，非礼不绝；君臣上下，父子兄弟，非礼不定；宦学事师，非礼不亲；班朝治军，莅官行法，非礼威严不行；祷词祭祀，供给鬼神，非礼不诚不庄。”〔4〕一般而言，调整社会关系的主要手段一是法律规范，二是道德规范。我国传统社会治国、治民，两者兼用，以后者为主。二者的结合融通，一般表现为礼。诚如近代学人章太炎先生在其所著

〔2〕 田成有：《法律社会学的学理与运用》中国检察出版社 2002 年版，第 100 页。

〔3〕 [美] D. 布迪、C. 莫里斯：《中华帝国的法律》江苏人民出版社 1993 年版，第 14 页。

〔4〕 《礼记·曲礼上》。

《检论》中所言：“礼者，法度之通名，大别则官制、刑法、仪式是也。”我国古代的“法”有多种含义，但最通常用的指刑，尤今之刑法、刑罚。西周时期，实行“礼治”，刑被礼所包容，刑即礼的一部分。礼不仅具有道德教化的作用，而且具有法律意义，人们的行为违礼即被视为触刑。“婚姻之礼废，则夫妇之道苦而淫辟之罪多矣；乡饮酒之礼废，则长幼之序失而争斗之狱繁矣；聘射之礼废，则诸侯之行恶而盈溢之败起矣；丧祭之礼废，则臣子之恩薄而倍死忘生者众矣。”〔5〕二者功用有别，目的一致。礼是灵魂、统帅、总的原则，而刑则是礼的条文化、具体化。西汉至清末，刑虽成为独立的规范体系，不再为礼的一部分，但与礼比较，刑仍处于从属地位，即《唐律疏议》所言：“德礼为政教之本，刑罚为政教之用，尤昏晓阳秋，相须而成者也。”

我国传统社会以农为主，工商业不甚发达，由此导致古代法律规范体系是诸法合体，刑重民轻。但这不能说明我国古代没有民事法律规范，只不过是没形成独立的民事法典而已。那么，社会上大量的民事法律关系用什么来调整呢？一部分由刑法调整，更大部分，特别是社会中普遍存在的“户婚土田”所谓“细故”，直接用礼来调整。自西周以来，礼被用以调整社会成员的身份、财产、继承和婚姻家庭等重要的民事关系。我国古代地方上司法与行政合一，而地方行政长官自隋唐以来，绝大部分来源于科考。他们饱读诗书，深谙礼的规范，因此以礼断案，驾轻就熟。诚如近人蔡元培先生所云：“我们古代有礼、法之别。法者，刑法也，而今之所谓民法，则颇具于礼。”

我国传统社会的礼，不仅仅是一个重要的社会规范，由于受到历代统治者的青睐，在其规范的外壳之上，加诸“德”、“仁”等精神和价值，使其兼具思想、价值、精神、观念等特征，成为治国安民的重要工具。又由于统治者的不遗余力地推行，礼不仅成为国家法的灵魂，而且成为百姓的行为准则，被全社会所接受。只要我们读一读传统的启蒙教材《三字经》、《千字文》等书籍，我们便一目了然。礼在国家层面

〔5〕 贾谊：《新书》。

上有约束力，在民间社区中约束力更强劲。乡民的行为，只要违礼，就必受到不同程度的处罚和矫治。礼俗在乡土社会不仅是其法律的重要表现形式，而且是其法律约束力的重要来源。

二、熟人社会道德的约束力

“德”字在殷代的甲骨文中业已出现，其基本意义是“正直”。由此观之，德的原始意蕴和后来的内涵变化不大，即指人的道德、品行、品质。道德登上我国的政治舞台，作为一种治国方略和理念，即“以德治国”，并且成为一种成熟的社会规范，始自西周。周人早在伐殷之前便已经把德作为部落统治的指导思想，《尚书》有言曰：“惟乃丕显考文王，克明德慎罚。”〔6〕又曰：“王其疾敬德”。〔7〕周初周公制礼作乐，礼和德融会贯通，成为治理国家，约束人民的基本规范。诚如上文所言，礼的规范性更强一些，而德主要是一种软的规范，它更多的是强调人们内心反省和社会舆论的影响，主要要求人们修己，以便使自己人格完善，以此达到维护社会稳定的目的。但我们认为，德在刚刚登上历史舞台时，便有着约束力，这是和我国以血缘关系作为维系人们关系的纽带，且以家庭作为社会本位的特殊国情分不开的。在春秋战国之际的儒法论战过程中，德治成为两家争论的焦点，因为德治成立与否，关系两家以德治国与严刑峻法的不同主张的存亡。而就在这样一场论战中，德治的价值被儒家系统地挖掘、整理出来。在百家争鸣之时，不同学派对德解释不尽相同，儒家德治观中“德”自孔子而始主要是将其视为一种高尚的品质、行为和作风，后来的孟、荀也多从这层意义上使用，而其多与治国紧紧相连。先秦以后，人们对德的运用极为普遍和广泛，但其基本意义始终未脱离儒家的定义，即今人所谓道德。在儒家眼中，儒家的德治与法家的法治的优劣系

〔6〕 《尚书·康诰》。

〔7〕 《尚书·召诰》。