

主持人 谢晖 陈金钊

民间法

第六卷

WORLD JOURNAL

山东人民出版社

民间法

第六卷

主持人

谢晖

陈金钊

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

民间法. 第6卷/谢晖主编. — 济南: 山东人民出版社, 2007.4

ISBN 978-7-209-04218-5

I. 民… II. 谢… III. 习惯法—研究—中国—文集
IV. D920.4-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第033276号

责任编辑:李怀德

封面设计:武斌

民间法(第6卷)

谢晖 主编

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社址:济南市经九路胜利大街39号 邮编:250001

网址:<http://www.sd-book.com.cn>

发行部:(0531)82098027 82098028

新华书店经销

青岛星球印刷有限公司印装

规格 32开(148mm×210mm)

印张 19.875

字数 530千字 插页 2

版次 2007年4月第1版

印次 2007年4月第1次

ISBN 978-7-209-04218-5

定价 39.00元

如有质量问题,请与印刷厂调换。(0532)88194567

《民间法》 编委会

(按中文姓氏笔画排序)

寺田浩明 (日本京都大学教授)

何意志 (德国科隆大学教授)

陈金钊 (中国山东大学教授)

铃木贤 (日本北海道大学教授)

崔钟库 (韩国汉城大学教授)

谢 晖 (中国山东大学教授)

《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,亦藉民间非正式法而就。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还即为定制。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,亦有目共睹,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:过度执著于国家法,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,非惟国家法一端之功劳。国家仅藉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。西洋法律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,特别 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;民间法藉国家法而显其华、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,即令有谔谔之声,煌煌巨著,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,此不惟预示吾国盛行日久之传统法学将转型,亦且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,鄙人经与合作既久之山东人民出版社洽商,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,则不惟遂本刊之宗旨,亦能致事功之实效。此乃编者所翘首以待者。

是为序。

天水学士 谢 晖

序于公元 2002 年 1 月 10 日

目 录

《民间法》年刊总序 谢 晖(1)

学理探讨

“民间社会”与“市民社会”的不同旨趣

及其对法治进程的影响 马长山(1)

纠纷解决中的民间社会规范 范 愉(7)

论纠纷解决模式与法治发展的逻辑

——以中国大陆农村纠纷解决模式的分析为例

..... 李瑜青(109)

民间习惯法研究方法论 李 可(120)

民间法视阈下的人权保障 贾焕银(212)

国家法失效的民间法救济 王 斐(232)

西部开发法治与少数民族习惯法文化 王允武(283)

“民有私约如律令”考 李显冬(301)

社会调研

山东省民众继承习惯调查研究

..... 王丽萍 邢 敏 王 蓉 曾庆俊(325)

无文字状态下的一种“立法”活动

——黔桂边界苗族地区作为“先例”的埋岩 ... 徐晓光(417)

婚俗、法治及其路径

——以海南黎族婚俗的调查为对象 熊云辉(439)

经验解释

民族习惯法中的“阿舅形象”考察

——以我国某些少数民族的习惯为个案

…………… 安 宁 于语和 刘志松(454)

民间的纠纷解决与国家司法

——以蒙古族聚居地区的纠纷解决为例

…………… 萨其荣桂(469)

论国家法与市民社会的默契

——对一起“不予行政许可案”的法社会学“凝视”

…………… 梁剑兵(517)

制度分析

村民自治司法裁判制度探微 …………… 马长山 胡金龙(527)

域外视窗

论民间立法(private lawmaking)

…………… [美]大卫·V. 施耐德著 姜世波 卫学芝译(537)

文献资料

《华人风俗习惯法典》(1909) …………… 黎晓平 搜集整理(624)

“民间社会”与“市民社会” 的不同旨趣及其对法治进程的影响

马长山*

近代以来,随着西方现代化进程的世界性扩展,使得东亚无论在思想观念、制度设计还是生活方式上,都受到了西方文化的浓重影响,甚至成为一种“示范”。但同时,东亚又有强烈的本土情怀而展现不同于西方的多样化追求,形成了不同于西方的现代化路径,东亚的民主和法治进程正是在这一背景下展开的。本文通过对台湾和大陆关于“民间社会”和“市民社会”的不同话语分析,力图能够检视其中的一些意义和问题。

一、“市民社会”的舶来与东亚政治现代化

“市民社会”(Civil society)是西方的一个古老概念,最初描绘的主要是城邦制度和城邦的文明生活状态。但是,它的重大意义和价值却是在17~18世纪之后,成为洛克、卢梭、康德等契约论思想家的理论基石,形成了市民社会先于并决定国家、社会权利先于并决定国家权力的信念,从而成为资本主义革命的理论武器和思想先导。而事实上,“市民社会”只是一种理念,展现了市民社会对抗国家的文化精神。它代表着中世纪中后期以来多元权力的平衡发展取向,意

* 马长山,黑龙江大学法学院教授、博士,主要从事法学理论和法治发展研究。本文系黑龙江省哲学社会科学基金和省高校人文社科重点研究基地的项目成果之一,特此鸣谢。

意味着自由化、差异性、个体性、世俗性的社会发展进路,从而使得国家权力受到多元社会权利的分享、分割和有效制衡,消减了专权的土壤和基础,并成为民主和法治的重要动力和支撑。然而,到了资本主义一路凯歌的19世纪,“市民社会”似乎完成了它的历史使命,开始日益沉寂。

随着20世纪80年代以来西方福利国家危机和文化危机加重、凯恩斯主义失效和政府失灵、斯大林主义模式解体、全球化进程迅猛和社会问题增多、转型国家的市场化和民主化进程加快等等,市民社会理论又再度复兴,波及欧美、东亚、俄罗斯等地,甚至国际机构和国际组织也参与其中,使之形成一种世界性的思潮,^[1]并成为英美“第三条道路”政治选择的重要理论支柱之一。当代市民社会理论不再过于强调国家和市民社会的二元对立,而是赋予了市民社会以私人领域、志愿社团、公共领域、社会运动等结构要素和个人主义、多元主义、民主参与、法治原则等价值取向,^[2]更为注重国家与社会的互动关系。因此,主张治理与善治、强调大众文化、私人生活世界和多元价值诉求的社会公共领域,这无疑反映了全球化时代国家与社会、权力与权利、公共领域与私人领域、普遍利益与特殊利益、经济与文化关系等多元复杂的新变化。

东亚地区正是在这一背景下引入“市民社会”概念的。在20世纪六七十年代之后,新加坡、韩国、中国台湾等地开始了由经济腾飞而走向政治现代化的进程,到了70年代末,中国大陆也开始通过改革开放而启动市场化、民主化进程。在这一过程中,东亚地区都面临着对“威权型政府”的民主化改造,因此,这就不仅需要经济转型和政治转型,而且,也需要社会结构的转型。也就是说,需要国家和社

[1] 参见[美]杰斯·史密斯:《全球性公民社会?》,徐洋译,[英]戈登·怀特:《公民社会、民主化和发展:廓清分析的范围》,何增科译,何增科主编:《公民社会与第三部门》;陶正付:《“21世纪的挑战与第三条道路”国际研讨会综述》,载《国外社会科学》2001年第1期;[德]施特拉瑟:《活化市民社会》,载《国外社会科学》2001年第3期,等等。

[2] 参见何增科:《公民社会与第三部门》,社会科学文献出版社2000年版,导论。

会的分离和社会的自主化发展。而这正与西方对福利国家的反思、社会主义阵营解体、英美对“第三条道路”的探求相呼应,市民社会的理论也就被舶来,并自 80 年代以来形成了相应的市民社会话语,借以进行民主化改革和推进社会运动,同时,市民社会的构造和发展也构成了法治进程的重要动力和基础。

二、台湾“民间社会”与大陆 “市民社会”的不同旨趣

在中国台湾,市民社会(Civil society)更多地被表述为“民间社会”,而在大陆,则更多地表述为“市民社会”。相比较而言,“民间社会”比“市民社会”更具有本土情怀和对抗国家的意味。这种差异不仅是个翻译的问题,而且有其更复杂的背景因素。

首先,“民间社会”更具本土性。我们知道,在 1949 年以前,台湾和大陆同在国民政府的管理之下,具有相同的文化、制度和水平。1949 年之后,由于内战导致大陆政权更迭,台湾和大陆隔绝近 50 年。在这 50 年中,大陆受斯大林模式和“极左”思潮的浓重影响,推行中央集权的政治经济体制,对西方文化实行了超强度的抵制和清算。而台湾则保持了一定程度的市场经济,与西方有一定的政治、经济和文化交流。因此,在台湾的现代化进程中,西方的影响一直存在。同时,西方文化在台湾东方文化中的“试错”过程也没有间断。因此,人们固然会认识到西方文化的“样板”作用,但同时,“本土化”的问题必然日益受到重视。为此,台湾学者强调,“提出‘民间哲学’或‘民间社会理论’,并不是一味翻版西方最新学说,而是基于我们对过去历史实践的反省,以及对理论在实践中的种种偏异、异化,乃至形成‘非人化’的‘真理政权’的失望与觉悟”。〔3〕事实上,在传统中国的历史上,尽管是皇权一统天下,但是,民间自治是一直存在的。

〔3〕 参见江讯、木鱼:《为民间社会辩护》,载《南方》1987 年第 10 期。

18世纪时已形成了行业组织和经济型乡族组织系统,清末曾实行过“地方自治”,民国时期的1920年还出现了“联省自治运动”等等。魏菲德、罗威廉、黄宗智等西方汉学界的学者对中国市民社会的实证研究,也往往是立足于晚清以来的“民间社会”来考察的。^{〔4〕}由此看来,“民间社会”是中国的一个重要传统,它一直是抵御国家权力渗透的重要力量。可见,这种以“民间社会”来理解市民社会理论的取向,无疑体现着一种内在的本土化诉求。

而大陆则不同,由于在1978年以前一直倾向苏联,对西方持封闭政策,对西方文化缺少认同和“试错”过程。而1978年之后,在不断深化拓展的改革开放进程中,面临着对苏联模式的反省批判和对西方市场经济与民主政治的移植借鉴。由于急于追赶现代化和对传统批判的心理,导致忽略了西方文化可能遭遇的本土化问题,以及本土文化的现代转型的问题。因此,对西方市民社会理论,在更大程度上是“原样”舶来,对市民社会的理解和应用,也尽量按照西方市民社会的理论路径来进行。这似乎是在用西方的“市民社会”来解决中国的问题。这必然会遇到很多尴尬。为此,近年来,大陆学者开始反思市民社会概念和理论之于中国的可能性,市民社会的本土化也才提上日程,并开始进行民间组织、乡村自治、公共领域的研究,以期推进大陆的民主和法治进程。

其次,“民间社会”更具对抗性。台湾自20世纪70年代之后,经济获得了快速发展,中产阶级逐渐形成,民主化进程不断加快,国民党执政的威权型“政府”面临着重大的冲击。“国民政府”为了顺应社会潮流,通过修宪、解禁、扩大民主参与等形式,推动了威权型政府向民主化、自由化的转型。此时,台湾的社会运动也逐渐兴起,包括消费者运动、地方性反污染自力救济运动、生态保育运动、劳工运动、妇女运动、校园民主运动、老兵福利自救运动、原住民人权运动、

〔4〕 参见黄宗智主编:《中国研究的范式问题讨论》,社会科学文献出版社2003年版。

残障及福利弱势团体请愿运动,等等。^[5]而这时市民社会理论的引入,自然带有强烈的“抗争”的意味,反映着台湾社会的浓重民主诉求。同时,“民间社会”作为一种中国传统和文化诠释,又一直是抵御国家权力渗透的重要力量,具有“民”对“官”的指向,因而,更能表达市民社会理论在台湾的本土化要求。

在大陆,长期实行中央集权的政治经济体制,1978年才开始改革开放,因此,政治民主化转型要稍晚一些。更为重要的是,台湾是个“小型社会”,而大陆则是个复杂的“大型社会”,传统包袱沉重,人口众多,地区差别又很大,因而转型压力巨大。因此,必须采取渐进式的民主化变革,否则会欲速则不达。美国学者亨廷顿(Samuel P. Huntington)在对现代化中国的政治转型进行大量的实证研究后指出,对一个现代化中国来说,“首要的问题不是自由,而是创建一个合法的公共秩序。很显然,人类可以无自由而有秩序,但不能无秩序而有自由。必须先有权威,然后才能对它加以限制。”^[6]因此,大陆学者在引进市民社会理论时,虽然仍具有抗衡国家的理念,但是,要比“民间社会”有所缓和。它更多的是以国家和社会的分离、国家与社会的互动发展为指向,这可能更切合大陆的社会实际。在大陆,目前有把“市民社会”转换成“公民社会”的倾向。这一转换,一方面强调的是对西方市民社会个人主义精神的超越性,而另一方面强调的是走出国家与市民社会的二元对立性。这明显是吸取了西方“治理”思潮和“第三道路”理论的新成果。但是,这也很容易出现市民社会对国家的依附性问题,以及如何控制国家权力而推进民主化法治化的问题。为此,大陆学者开始从草根社会入手,研究民间社会组织、村民自治、基层政权建设、社区治理、公共领域等等,通过培育生活中的市民社会来促进社会权利的增长,进而稳步推进多元权利均

[5] 参见张茂桂:《社会运动与政治转化》,业强出版社1994年版,第13页。

[6] [美]塞缪尔·亨廷顿:《变革社会中的政治秩序》,李盛平等译,华夏出版社1988年版,第8页。

衡机制和权力控制机制,有序地推进民主和法治进程。

三、结 语

中国台湾“民间社会”和大陆“市民社会”既有相同的宏观背景,又有各自不同的取向。它们都处在中国文化传统的本土化与现代化的境遇之下,都需要推进民主化和法治化。但是,台湾和大陆的具体社会状况又有所不同。台湾的快速民主化转型导致了本土化、对抗化的“民间社会”诉求,这无疑会加快台湾的民主法治化进程,但也可能会带来一定程度的不稳定因素,建立和维护转型后的法治秩序成为关键。而大陆的渐进性民主化转型产生了“互动性”的市民社会诉求,这无疑会有利于保持必要的社会变革秩序,但有造成市民社会依附性的危险,因此,需要加强市民社会的独立性、自主性,尤其是从基层来培育多元社会权利,建立自由讨论、民主参与的社会空间和平台,从而推进民主法治进程。

纠纷解决中的民间社会规范

范 愉*

法律与习惯都属于社会规范的范畴,前者依托于国家权力,后者则根植于民间社会生活。在任何社会治理与调整中,法律及各种民间社会规范(social norms)都会并行不悖地存在,成为社会主体纠纷解决的依据或规则。法治并不意味着否定社会自治,也并不意味着国家可以通过法律覆盖社会生活的每一个角落,并通过司法权和法律职业垄断或包揽全部纠纷解决活动。当代法治国家“实现正义”(Access to Justice)的理念,已经从现代初期的单一依赖司法实现法律正义(司法与诉讼制度的利用),走向了以各种替代性方式追求多元化正义的时代,^[1]依据民间规范的社会治理和纠纷解决不仅作为一种客观事实,而且作为一种基本治理方式已经得到现代社会的认同。而处在社会转型期的中国,民间社会规范的作用及其与法律的关系则具有更为复杂的内涵和更为现实的意义。

20世纪80年代以来,中国在“依法治国”口号下不断强化国家法制,随着法律和司法的社会作用提高,原有的纠纷解决机制也发生了解体或转型。这种变化固然在一定程度上可视为公民法律意识的增强和司法地位的提高,但是另一方面,也反映了国家权力在社会治理中的一种偏向,客观上造成了纠纷解决途径单一化的趋势——在

* 范愉,中国人民大学法学院教授,博士生导师,法学博士。本文为洪范研究所资助项目“实现正义(Access to Justice):当代中国习惯法与纠纷解决机制研究”的研究成果。

[1] 参见笔者:《浅谈当代“非诉讼纠纷解决”的发展及其趋势》,载《比较法研究》2003年第4期。

纠纷解决中仅强调国家法的统一适用和权威,非正式机制的作用以及习惯等民间社会规范受到冷落乃至否定,突出反映为“调解”(特别是非诉讼调解)的衰落和诉讼的急速增长。而这种情况实际上已经导致了社会治理中的某种程度的不协调和困境。新世纪到来后,由于社会需求和观念的改变,这种倾向出现了一定改善,^[2]多元化的价值开始受到重视。然而,这并不意味着上述趋势已得到彻底扭转,实际上,这种观念和制度上的转型都处在一个持续渐进的过程中。目前,一系列制度正在重构或建构——如人民调解制度、基层自治制度、行业自治以及基层司法等等,在这一过程中,多元化的理念能否替代国家法中心和法律中心的单一化倾向,将对今后的社会发展产生决定性的影响。基于这样一种实践需要,本文试图从纠纷解决的角度对国家与社会、法律与民间社会规范之间的关系及相关的制度建构进行一种实证性的探讨与分析,以求对这一问题的认识与解决提供一些有益的资料和意见。

一、习惯及民间社会规范的界定及形态

习惯及其他民间社会规范作为事实的法秩序的一部分,属于法社会学研究中的“非正式的法”“活的法”(Living Law)或“行动中的法”(Law in Action),这些在民间社会中自然形成并长期得到遵从的原则和规则,经常被应用于社会治理、解决利益纷争,确定事实上的权利义务关系。如果对“法”(实质意义上的法)与“法律”(形式意义上的法)加以区别,习惯及其他民间社会规范确乎可以归属于“法”的范畴。法人类学的法律多元的研究框架,把民间法(非官方

[2] 参见笔者:《当代中国非诉讼纠纷解决机制的完善与发展》,载《学海》2003年第1期。Development of ADR in Contemporary China, Zeitschrift für Zivilprozess (ZZPInt) 7. Band 2002, Carl Heymanns Verlag, 2003, pp533 - 555.