

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊

民间法

2018年上卷·总第二十一卷

主编：谢晖 陈金钊 蒋传光

执行主编：彭中礼

中南大学法学院 主办
上海师范大学



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

非外借

民间法

2018年上卷·总第二十一卷

主编：谢晖 陈金钊 蒋传光

执行主编：彭中礼

中南大学法学院
上海师范大学

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. 第二十一卷/谢晖,陈金钊,蒋传光主编. —厦门:厦门大学出版社,2018. 8
ISBN 978-7-5615-7065-4

I. ①民… II. ①谢…②陈…③蒋… 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(2018)第 196454 号

出 版 人 郑文礼
责任编辑 甘世恒
美术编辑 蒋卓群
电脑制作 张雨秋
技术编辑 许克华

出版发行 厦门大学出版社
社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号
邮政编码 361008
总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)
营销中心 0592-2184458 0592-2181365
网 址 <http://www.xmupress.com>
邮 箱 xmupress@126.com
印 刷 厦门市万美兴印刷设计有限公司

开本 787 mm×1 092 mm 1/16
印张 26
插页 2
字数 556 千字
版次 2018 年 8 月第 1 版
印次 2018 年 8 月第 1 次印刷
定价 88.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码

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。然法律学术每每所关注者为国家正式法。此种传统,在近代大学法学教育产生以来即定制。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,国家法与民间法相需而成也。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人,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,皆需相关同人协力共进,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

论民间法与国家法之间的三重关系

- 基于法律渊源命题的一种考察 张洪新(2)
- 民族地区法律规避现象及对法治建设的影响 岳书光(15)
- 地域方言与中国道路自我表达的语言困境 耿 焰 杨梦莹(30)
- 习惯的法律界定与类型化 郭少飞(44)
- 试论传统契约的权利保障机制 罗 将(58)
- 社会规范的生成、伦理基础与内涵 苗 壮(69)
- 论民间规范与地方立法间的关系
- 以湖南文化立法为例 徐伟红 姚选民(81)
- 论地方立法吸收民间规范的程序再造 黄 喆(91)
- 基层社会治理与乡村法治建设的理性思考 南杰·隆英强(104)

经验解释

近十年人民调解“枫桥经验”研究的回顾

- 与展望(2008—2017) 褚宸舸 李德旺(120)
- 有冤难申终和解
- 清水江文书所见清代一桩风水纠纷事详解 李鹏飞(131)
- 乡法考 韩 伟(147)
- 历史与现代:人民调解的“枫桥经验”之形成
- 与创新发 展 朱继萍 樊晓丹 郑燕冬(164)
- 嵌入“枫桥经验”的“在线纠纷多元化解”研究 董青梅 刘熊擎天(181)
- 论习惯法对清代地方民事诉讼的影响 黄 河(195)
- 明清徽州族规家法探析 李俊杰(207)

近代中国调解法制述论

- 以南京政府时期为中心的历史考察 欧阳湘(222)

市民社会中的自发秩序

- 中世纪商事习惯法形成的文化解释 张文彬 杨梦珊(245)

制度分析

“民间文学艺术表达权法”基本问题探微

- 以广西史料为基础分析样本 曾钰诚 李远龙(258)

- 商事习惯违背公序良俗的类型化判断 肖明明(270)

- 设区的市地方立法趋同化探讨 吴玉姣(282)

- 论当代藏区赔命价的问题化:基于法制现代化的再思考 王林敏(295)

社会调研

- 壮族传统社会生态保护意识的传承与利用 李图仁(308)

壮族传统民间自治制度及其在现代社会

- 治理中的启示 汤伶俐 卢明威(317)

- 论农村坟地征迁纠纷中民间法与国家法的调适 韦志明(328)

品牌人民调解工作室:运行、成效及完善

- 对诸暨市“老杨调解中心”的个案分析 薛永毅(339)

- 布依族婚姻纠纷解决的系统论解析 赵天宝(357)

域外视窗

- 成文法和不成文法的范围 [美]卡特著 姚远译(376)

罗马法与伊斯兰法婚姻制度之比较

- 从《婚姻法》在我国民族地区的实施效果透视 王 刚(390)

学理探讨



- ◎论民间法与国家法之间的三重关系
- ◎民族地区法律规避现象及对法治建设的影响
- ◎地域方言与中国道路自我表达的语言困境
- ◎习惯的法律界定与类型化
- ◎试论传统契约的权利保障机制
- ◎社会规范的生成、伦理基础与内涵
- ◎论民间规范与地方立法间的关系
- ◎论地方立法吸收民间规范的程序再造
- ◎基层社会治理与乡村法治建设的理性思考

论民间法与国家法之间的三重关系

——基于法律渊源命题的一种考察

张洪新*

摘要: 学人探究民间法与国家法之间的关系,通常采取的方法是各自选取法律定义的某个方面来观照对方。然而问题在于说某些事物存在关系的时候,其究竟意味着什么。如果不解决这个前提性的问题,有关民间法与国家法之间的适当关系探究就不能得到推进和深入。作为两种不同但具有重叠关系的社会现象,无论国家制定法还是民间规范都不是法律本身,而仅是法律得以认识和发现的媒介和材料。理解民间法与国家法之间的其他关系,需要从法律渊源的视角来看。法律的渊源决定了什么被认为是法律,什么被认为是法律则进一步述说了不同法律渊源之间的适当关系。

关键词: 民间法;国家法;法律渊源;承认规则

一、问题之提出

作为两种不同但具有重叠关系的法律现象,以习惯、道德、专家学理意见为内容的民间法与以制定法为核心的国家法之间的适当关系成为学人研究的重要主题。^① 就目前学人的研究而言,大致存在着两种截然不同但相关的视角,即要么国家法制定的视角,要么民间规范生成的视角。^② 之所以说这两种视角是相关的,是由于它们各自选取法律定义的某个方面来观照对方。^③ 概括而言,在坚持国家法视角的学人看来,以习惯、道德、专家学理意见为表现内容的民间规范必须经由国家制定法的认可(包括司法裁判的援引),才能够成为法律。所谓法律主要是确定性、可预期的行为规范,由国家强制力所保证,由此民间法与国家法两者之间便是一种支配、从属的关系,很难发生断裂、冲突的情形。对于法律人来说,最根本的就是能清晰地区分法和非法的界线。法律人特别是律师需要一种

* 张洪新,法学博士,周口师范学院政法学院讲师,周口师范学院民间规范与地方立法研究中心研究员基金;周口师范学院高层次人才科研启动资金“司法权力的丰富性研究”(项目编号:72042)阶段性成果。

① 对不同学人就民间法与国家法关系的一个概括性分析,可参见李可.论习惯法与国家法的关系:一个方法论的视角[M]//吴大华.法律人类学论丛(第3辑).北京:社会科学文献出版社,2015:27-37.

② 苏力.当代中国法律中的习惯:一个制定法的透视[J].法学评论,2001(3).

③ 张建.以民间法为方法[M]//谢晖,蒋传光,陈金钊.民间法:第18卷,厦门:厦门大学出版社,2017:134-144.

验证方法来告诉他,哪些材料是他可以依托用于法庭辩论,或据以设想一些诉讼策略。在此,国家法的视角能为法律人提供清晰和确定的指导。

另一方面,在坚持民间规范视角的学人看来,在社会学和人类学的意义上,国家制定法应该被看作社会生活的一个方面,而不是社会生活的独立部分。^① 尽管在民间规范上空笼罩着一个以“正式”、“权威”等高贵字眼标榜的国家法律秩序,正在以种种借口和手段想把各种形式的社会控制竞争对手排挤出去。^② 然而事实则是,国家制定法一元化的这种企图从来没有真正成功,民间规范仍然保持着它应有的面貌。^③ 在坚持民间规范视角的学人看来,国家法与民间法的关系,是原生与次生、局部与整体、多元与一体的关系,国家法必须植根于民间法,从中吸取原材料和获得生命力。^④ 此外,虽然法律人需要在法与非法之间进行概念上的区分,但“任何一个在法律规范和非法律的社会规范之间进行概念上的界定的尝试,只能在特定的学术目的中具有相对的适用性。”^⑤ 国家制定法的那些特征本身也需要研究,它并不是一个不言自明的能用于分析其他社会的参考工具。从研究方法上讲,“不应当在研究开始以前就武断地按定义来说明研究客体的实质而关闭研究的大门,而应当依靠那些适合于指导探究和专门为此目的而构造的资用模式或‘公开’法律概念。这些模式和概念使得有可能建立关于法的特征和功能的假设,但当探索进一步深入,研究者的法律观念随着新的知识而改变时,它们也有可能在本质上被修正”^⑥。

在本文看来,无论是坚持国家制定法视角还是诉诸民间规范的视角分析两者之间的关系,其所存在的一个基本问题并没有得到充分解答,那就是坚持认为某个特定的行为模式是法律而另外一些不是,并由此分析两者之间的关系,分析者究竟能从这种假设中得到什么呢? 特别是,说某些事物存在关系的时候,其究竟意味着什么? 如果不解决这个前提性问题,有关民间法与国家法之间适当关系探究就不能得到推进和深入。对于何谓关系,亚里士多德曾指出,“这样一些事物被称作关系,它们或通过别的事物,或者与别

① 从社会学的角度,布莱克在《法律的运作行为》中诉诸“控制量”、“规范位置”、“规范方向”、“规范距离”等方面,对法律与其他社会控制的关系作了详细分析,参见布莱克. 法律的运作行为[M]. 唐越,苏力,译. 北京:中国政法大学出版社,2002:123-128.

② 在埃里克森看来,即便是所谓理性的法治社会,法律都并非保持社会秩序之核心。在许多语境下,人们主要指望民间规范而不是国家制定法来确定实体性权利。参见罗伯特·C. 埃里克森. 无需法律的秩序:邻人如何解决纠纷[M]. 苏力,译. 北京:中国政法大学出版社,2003:171.

③ 在某些民间法的学人看来,民间规范存在的这种顽固性意味着国家制定法在社会秩序中只能充当“规范建议者”的角色,通过国家立法直接命令式地改变民间规范,只能打破社会秩序内部原有均衡,造成社会结构和功能的失序和紊乱。参见王新生. 习惯性规范研究[M]. 北京:中国政法大学出版社,2010:218.

④ 严存生. 民间法与国家制定法互动关系的法社会学思考[M]//吴大华. 法律人类学论丛:第3辑. 北京:社会科学文献出版社,2015:11-26.

⑤ 托马斯·莱赛尔. 法社会学导论[M]. 高旭军,等译. 上海:上海人民出版社,2011:164.

⑥ 科特威尔. 法律社会性导论[M]. 潘大松,等译. 北京:华夏出版社,1989:44.

的事物相关而被述说。”^①由于无论是通过国家法来陈述民间法,还是诉诸民间规范来言说国家法并由此认识两者之间的关系,都不能说服持有不同视角的学人,更不能将分析者带到更为深入也是更为复杂的层面之上,因而要想理解民间法与国家法之间其他可能的关系,必须诉诸“与别的事物相关”这一视角。

在这个意义上,民间法与国家法的关系为何?“民间法”与“国家法”的语词本身表明了这个问题的答案。作为两种不同但具有重叠关系的社会现象,无论国家制定法还是民间法都不是法律本身,而仅是法律得以认识和发现自身的一种媒介和材料。除了通过某种法律事物的定义存在某种关系以外,国家法与民间法同样都是与法律渊源相关的事物。换言之,理解民间法与国家法之间的其他关系,需要从法律渊源的视角来看。^② 法律的渊源决定了什么被认为是法律(what count as law),什么被认为是法律则进一步述说了不同法律渊源之间的适当关系。

二、渊源命题之界定

作为法理学中的重要概念,“法律渊源”(source of law)通常被我国学人理解为法律的效力来源及其外部表现形式。^③ “法律渊源”学说一般被认为用来描述创制、变更和废止法律规范的活动效果,规范性规定存在于颁布规范性法令的行为中。^④ 据此,在法律渊源的分类当中,民间法通常被界定为一种非正式渊源,一种间接渊源。然而,严格来说,所谓正式渊源与非正式渊源之区分并不具有法律含义,因为这种分类并没有解决法律发现的问题。^⑤ 从词源学的角度,英语“source of law”对应于罗马法司法实践中的“fons juris”,即法官由以选取和发现纠纷解决依据的场所。^⑥ 在现代法理学中,法律渊源与司法活动的这种紧密关系由美国著名学者格雷所指出。在格雷看来,“一个国家或组织化团体的法律由其法院遵循的行为规则所构成,而且法院认定自己已经准备实施这些规则;法院拒绝遵守的规则绝不是法律,法院遵守的所有规则,乃至法院强制人们遵守的规则都是法律;将任何自然法的观念或非实在法纳入法律的概念中,都是法理学中的倒

① 亚里士多德. 范畴篇[M]//秦典华,译. 苗力田. 亚里士多德全集(第一卷). 北京:中国人民大学出版社,1990:18.

② 这里应该指出的是,法律渊源也并非认识民间法与国家法之间关系唯一适当的视角。民间法作为国家制定法的社会渊源,除了法律渊源的强制执行以外,还可以通过主体自治的权利表达和权利推定、国家立法的认可和授权、地方立法及其变通于契约合作的公共交往等方式纳入国家正式法律秩序,参见谢晖. 论民间法结构于正式秩序的方式[J]. 政法论坛,2016(1).

③ 有关法律渊源各种观点的整理和评论,一个详细分析可参见彭中礼. 当代中国法律渊源理论研究重述[M]//陈金钊,谢晖. 法律方法:第11卷. 济南:山东人民出版社,2011:336.

④ 罗杰·赛勒. 法律制度与法律渊源[M]. 项焱,译. 武汉:武汉大学出版社,2010:194-198.

⑤ 彭中礼. 法律渊源论[M]. 北京:方志出版社,2015:192-197.

⑥ 彭中礼. 法律渊源词义考[J]. 法学研究,2012(6).

退”^①。格雷对法律渊源与法律之间的这种严格区分,甚至使得有些法律现实主义者认为所谓的法律就是法官所裁决的任何东西。

在本文看来,作为描述法院选取和识别案件裁判所必需法律的概念,法律渊源当然不能等同于法律本身,理解法律渊源应该更多地从法院的裁判过程中着手。^②但法律渊源对司法过程的这种依赖性不能由此认为存在非实在法,或法院所不遵守的法律,或者说法官裁决的任何东西就是法律,这些说法着实荒谬。“法律无疑与法官发布的规则相一致,但这些规则之所以由法院发布是因为它们是法律,而不是说,它们因为被法官发布才成为法律。”^③从法律渊源的角度,为法院所遵守的规则总是从最为一般和永恒的渊源中获得,这种渊源可以体现为制定法、习惯、道德、专家学理意见等。所有这些法律渊源的背后都是这个组织化的政治社会中主流精神的意见,这些意见有权终结其中任何一项渊源。国家法和民间法显然都是其中的一项渊源,但要使其不但是一项渊源,还要是唯一的渊源,那么,法律本身必将要求一种理论。法律渊源概念与法律的关联不在于处理何种法律渊源,而在于如何处理这些法律渊源。法律渊源命题所旨在处理的就是这个问题。正如肖尔所指出的那样,“法律是一项渊源为本位的事业。相应地,理解法律的性质需要理解何种渊源构成法律,何种渊源不构成法律。”^④关于法律的渊源进而法律的性质问题,某种意义上就是一个关于解释框架的问题,也是一个关于复杂社会实在的整体意义和自我理解的问题。^⑤在一个组织化的政治社会,法律对其自身界限问题有其自身的处理方式。

然而,问题在于真的有一种特殊的推理形式叫法律推理吗?或者说真的有像法律人那样思考这回事吗?对司法裁判过程的现实主义描述告诉我们,“法律不仅必然要依靠大量法律外的技巧,而且也不可避免地受到人类不可预见的复杂境况的制约。我们充其量是对未来做出不完美的预测,却不能确定在未来应该怎么做。我们面对的是不可预期的世界,法律一次又一次地被逾越已有的规则,才能更好地为社会服务。”^⑥可以说,对法律独特性的主张一直存在众多怀疑和挑战。然而,在这里有很充足理由来主张不应该从一开始就否认有法律推理这回事。重要的是要明白,法律有其处理自身问题的方式,法律在不断地反思自身、探究自身以及建构自身。虽然对法律推理有其独特性存在疑问,但仍然可以从经验角度对法律处理自身问题的方式予以描述,这两者并不矛盾。正如世界上虽然并不存在真正的独角兽,但很多人依然能够描述独角兽。

① 约翰·奇普曼·格雷,法律的性质与渊源[M].(第二版)马驰,译.北京:中国政法大学出版社,2012:265.

② 有关法律渊源司法视角与立法视角的不同及其法律意义,可参见陈金钊,法律渊源:司法视角的定位[J].甘肃政法学院学报,2005(5).

③ 约翰·奇普曼·格雷,法律的性质与渊源[M].(第二版)马驰,译.北京:中国政法大学出版社,2012:79.

④ See Frederick Schauer, Law's Boundaries [J]. Harvard Law Review, 2017 (9).

⑤ See Grant Lamond, Legal Sources, the Rule of Recognition and Customary Law [J]. The American Journal of Jurisprudence, 2014(1).

⑥ 弗里德里希·肖尔,像法律人那样思考:法律推理新论[M].雷磊,译.北京:中国法制出版社,2016:6.

三、强制性渊源与对立关系

面对着诸多渊源,法律用以处理自身、发现自身的首要方式就是承认法律对权威性的主张(law's claim to authority)。在这个意义上,所谓强制性渊源命题是指如果规则是权威性的,那么其他主体就应该遵守,不管他们对其是否明智的看法如何。换言之,规则说了什么无关紧要,它是谁说的则关系重大。众所周知,在经典作家那里,法律通常被理解为主权者的命令。虽然哈特将我们对法律的理解从主权的概念中、法律紧系于国家的观点上剥离开来,无疑是重要而且正确的,^①但正如拉兹所强调的那样,认识到法律与权威之间存在着本质的联系也是同等重要的。^②权威与说服不同,说服基于某种言谈拥有合理的实质的理由,是内容依赖的;而权威通常则是基于不那么做就会遭遇不幸,是地位依赖的。^③如西蒙所言,“权威是一种属于一个人并通过一种命令而得到实施的作用力,该作用力通过被另一个拥有自由意志的人看作是行动规则的实践判断而得到实施”^④。纳粹集中营的囚犯之所以将看守的命令当作权威,仅仅是因为囚犯害怕被送进毒气室,是命令的来源而不是内容使得囚犯去遵守命令。权威的效力并非来自于它们的合理性,而是来自于它们的地位,学理上将权威的这种特质称为独立于内容(content-independence)的。^⑤

值得注意的是,权威虽然构成法律探究自身的一项重要特质,但对权威基本的合理性在却不断受到挑战。^⑥尽管如此,权威所遭受的批评有多激烈,它所得到的捍卫就有多有力。苏格拉底之所以在被处死前夜拒绝逃出雅典,就是因为他承认城邦的权威,即使在他看来这个城邦曾不正当地判处他死刑。类似地,虽然并不赞成布朗案,但艾森豪威

① See H. L. A. Hart, *The Concept of Law* 3d ed. [M]. Oxford: Oxford University Press, 2012: 100-117.

② 拉兹的主要见解是,法律在本质上是一种权威性的制度,以及服从一种权威性指令的理由,而且该理由依其自身性质,是一种与身份相关的理由。对于拉兹法律权威概念的详细分析,可参见朱振:《法律权威与行动理由:基于拉兹实践哲学进路的考察》[J],《法制与社会发展》,2008(6)。在拉兹看来,对遵守一项权威性指令的义务的证立方式,在于通过说明在某些情形中,同一个人尝试自己直接权衡或遵守义务相比,如果他遵守了权威者的指令,那么他就更易于系统性地遵守那些适用于自身的义务。换句话说,当权威的服从者遵守了权威的指令而不是自行其是的话,那么他就会更加倾向于遵照权威的指示来行事。Joseph Raz, *The Morality of Freedom* [M]. Oxford: Clarendon Press, 1986: 53.

③ 当然,如果将民间规范视为法律,那么某些民间规范既可以提供某种特殊情形下的权威理由,也可以提供论证所需要的实质理由。参见彭中礼:《论习惯的法律渊源地位》[J],《甘肃政法学院学报》,2012(1)。然而,在本文看来,在确定民间规范属于何种意义上的法律之前,权威理由与实质理由在概念上应该予以区分,只有这样才能够由此发现民间规范与国家法之间可能具有的复杂关系。

④ 耶夫·西蒙:《权威的性质与功能》[M],吴彦,译。北京:商务印书馆,2015: 7.

⑤ 法哲学上将权威视为独立于内容的分析,可参见 Kenneth Einar Himma, H. L. A. Hart and the Practical Difference Thesis [J], *Legal Theory*, 2000 (1)。当然,对独立于内容的观念并非没有疑问,有关批判可参见 P. Markwick, *Independent of Content* [J], *Legal Theory*, 2000 (1)。

⑥ See e. g., Heidi M. Hurd, *Challenging Authority* [J], *Yale Law Journal*, 1991(8).

尔总统在1958年仍然将联邦军队派遣到阿肯色州的小石城,因为他承认联邦最高法院的权威。在诉讼过程中,好的律师会诱使法官相信他委托人的立场实质上是正当的,但他所凭借的是规则和先例的权威,以此告诉法官,他应该作出有利于他委托人的判决,即使他不赞同这是实质上正确的结论。

因而,在其他决策领域,权威或许会起到某些作用,有时起作用的通常还可能是其他一阶的实质性考量。但在法律中,权威具有支配作用,只有在极少情形中,法官才会参与进行通盘考虑的决策活动。法律论证依赖于渊源,不仅是因为法律将许多渊源视作权威,而且因为法律上的权威性渊源取代一阶实质性考量是法律推理的基石。实际上,宪法、法律、法规和已发布的判例等最常见的法律渊源,通常就被称为权威。国家制定法因而属于必须适用的,也是法律解释的对象和证成法律决定或判断的一种形式理由,能够在更大程度上保证,法律决定的确定性和可预测性。^① 由于法院无权选择是否遵从这类权威性渊源,所以有时不把它们叫作“有约束力的”(binding)渊源,而是叫作强制性的(mandatory)渊源。^② 强制性的意思是说,它们必须被运用,或者必须被遵从,而没有选择的余地。如果某种法律渊源是强制性的,这意味着“当法院遵从一个规则时,它自己并没有做出关于这个规则好坏的判断。在此案中是否要遵守这个规则也不是法院能决定的。相反,规则之为规则起作用的方式,就是排除或阻断有好的理由而不适用规则的做法”^③。在强制性渊源的语境之下,在国家制定法存在的情形中,国家法必须得到遵守和适用。

然而,承认国家法必须得到遵守和适用并不意味着以习惯、道德、专家学理意见为表现形式的民间规范在法律渊源中仅仅是一种从属、补充的关系,即仅在国家法没有规定并且不与国家法相冲突的情形中方可作为法律渊源而遵守和适用,进而否认民间规范作为一种独立的强制性法律渊源的地位。实际上,以习惯、道德、专家学理意见为表现形式的民间规范有其自身的运作方式,可以作为一种自动的法律渊源发挥其效用,也就是传统意义上的“正式法律渊源”。^④ 假定某种习惯是存在的,如艾伦所说的那样,“当一个法院接受并且适用一个习惯的时候,它这样做不是说它认为它正给法律引入一个新的规则,而是认为它正在宣告以及适用法律。”^⑤ 所相关的区别仅仅是程序法上意义上区别,习惯具有自身的举证方法,该方法显然不同于国家制定法的举证方法。由于严重影响到举证责任的负担,这种程序上的区别具有重要的法律意义。证明民间规范存在的一方不负

① 王夏昊.论作为法的渊源的制定法[J].政法论坛,2017(3).

② 这里应该指出的是,虽然权威创造了一种受约束的法院必须运用的义务,但是这类义务就像其他任何一种义务一样都无需得到绝对贯彻。在法律和其他领域,真正的义务可以被更强的义务所推翻而不丧失其效力,如政府虽然有平等对待的义务,但是为了实现某种重大利益,政府也可以进行区别对待。因为所谓的权威性渊源对于法院而言,更多指的是一种强制性,没有选择的余地,因为将某个渊源视为权威,并不要求法院盲目地遵从它,大多数权威性渊源也并不具有绝对意义上的拘束力。权威性渊源如下文分析所指出的,还存在选择性渊源和禁用性渊源,它们都是法律用以探究自身的重要方式。

③ 弗里德里希·肖尔.像法律人那样思考:法律推理新论[M].雷磊,译.北京:中国法制出版社,2016:68-69.

④ 高其才.作为当代中国正式法律渊源的习惯法[J].华东政法大学学报,2013(2).

⑤ C. K. Allen. Law in the Making 7th ed. [M]. Oxford: Clarendon, 1964: 153.

有证明其合理性的义务,而否认民间规范存在的一方则需要提出证据证明其不合理性。即是说,如果已经存在的某种民间规范,并没有被负有举证责任的一方予以否认,或者没有被国家法正式改变或者撤销,那么该民间规范就是法律,就是一种强制性的法律渊源,必须为法院所遵守和适用。

因而,依据强制性渊源命题,所谓以习惯、道德、专家学理意见等作为表现形式的现存的民间规范获得法律的地位,其并非源于国家制定法特别是法院的认可,而是由于国家制定法以及法院并未改变或者撤销民间规范所包含的法律。虽然在原则上某种国家制定法总是可以改变或者撤销某种习惯、道德、专家学理意见等民间规范,使其不具有效力,仅仅在这种意义上,民间法总是从属于国家制定法。然而,这种因撤销而产生的从属关系并不影响民间规范作为一种法律渊源的独立地位。虽然某种民间规范要具有效力,其效力准则必定是法定准则,即必须在法律材料或法律原则这儿具有依据,然而正如赛勒所指出的那样,“当一个习惯是法律,并以习惯的资格拥有法律约束力时,这些准则就是承认的准则”^①。民间规范有其存在和运作的方式,分析者应该设身处地地理解这种存在及其运作方式。^②

换句话说,以习惯、道德、专家学理意见等作为表现形式的现存的民间规范,其存在本身就是一种法律,一种必须像国家制定法强制适用的法律。当然,这里的条件是如果该民间规范未受质疑,或者说即便是受到质疑,但被证明是普通法律的一种局部变种,也未显示其违反了制定法所意欲的必要一般法律原则和价值,那么,该民间规范就作为国内的一般法律而运行着。在这里,民间法就像通常意义上的国家制定法一样,作为一种自动的强制性渊源,必须得到决策者的遵从。因而,国家法与民间法之间的关系就不是通常所理解的因认可而存在的从属、优先关系,毋宁是一种相互独立的关系,一方会肯定或者否定另一方。有国家法当然适用国家法,但倘若存在民间规范,也当然适用民间法,条件是如果存在的民间规范未被国家制定法改变或者撤销。

总之,在强制性渊源命题的观照下,民间法与国家法便呈现为一种对立关系,即面对某种情形和语境中必须适用的法律,法律的执行者和决策者要么必须遵守民间法,要么必须遵守国家法。由于在这里民间法与国家法主要是作为相反事物的对立物而存在,所以不可能有中间物介乎于这两个相反者之间。^③ 因为属于相反的事物,虽然它们是另一事物的相反者,但绝不可能是与它们相反事物的对立物。例如好不是坏的“好”,而是坏的相反者,这种对立是互不相同的。即是说,在法律识别和发现的具体过程中,法律的执行者和决策者要么诉诸强制性的国家法,要么诉诸强制性的民间法。

① 罗杰·赛勒. 法律制度与法律渊源[M]. 项焱,译. 武汉:武汉大学出版社,2010:108.

② 周永坤. Civil Society 的意义嬗变及其内在逻辑[J]. 清华法学,2014(4).

③ 逻辑上,对立有四种含义:有相互关系的两事物是对立的,如“两倍”与“一半”;两个相反者是对立的,如“好”与“坏”;缺乏与具有是对立的,如“盲”和“视力”;肯定命题与否定命题是对立的,如“他做着”和“他没有做”。参见[古希腊]亚里士多德. 范畴篇[M]//秦典华,译. 苗力田. 亚里士多德全集:第一卷. 北京:中国人民大学出版社,1990:34.

四、选择性渊源与相关关系

对于强制性渊源,作为决策者的法官有义务遵从它们,而不管它合理与否。然而,如果法律适用并不是纯粹的逻辑演绎过程的话,毋宁是一种理性的说服过程,那么除了强制性渊源以外,作为法院就必须面对着另外一种法律渊源,即选择性(optional)渊源。所谓选择性渊源是指凭借自身所内含的理性与理由而纳入决策者考量范围的那些因素,法官之所以运用和引述一个渊源,更多地是被这个渊源中用来支持其结论的理由所说服。^①在这种情形中,纳入法律范围内的渊源并不是作为权威这种强制性的渊源被运用的,因而将这些不具有更贴切的做法是将那些不具有拘束力的渊源描述为选择性渊源。

选择性权威的确不是法院必须运用和遵守的,那么,法院如何选择某个选择性渊源呢?换句话说,就存在着的以制定法为核心的国家法与以习惯、道德、专家学理意见等为内容的民间规范这两类渊源而言,在法院能够选择的意义上,法院应该选择何种法律渊源?对这个问题的回答,使得分析者可以由此发现民间法与制定法之间的另外一重关系。在本文看来,依据定义,选择性渊源不同于强制性渊源,其因内含的理由和理性而被法院所援引和运用,在任何一种事物都不能自我证成的意义上,^②民间法与国家法便呈现为一种相关的关系。所谓的相关关系意指对于任何一种事物的充分理解必须借助于结构上对应的另外一种事物,相关的事物在概念上不可分离。某种意义上,所有的关系都有和它们相互相关的东西。^③例如在法律上,如果权利及其义务的相关性是一种可以成立的命题,那么,对权利的真正理解必须诉诸其所相关的义务,对义务的把握也必须在权利之处找到相应位置。本文认为,在选择性渊源命题的语境中,民间法与国家法之间的相关关系是一种值得捍卫的主张。即是说,以习惯、道德、专家学理意见等为内容的民间规范作为一种选择性法律渊源,其内含的理由与合理性必须诉诸国家法来形塑和呈现;同样,国家法如果能够作为一种选择性渊源为法院所援引和运用,其内含的理由与理性也必须通过民间法的内容予以补足和丰富。

首先,以习惯、道德、专家学理意见等为内容的民间规范能够作为一种选择性法律渊源而为法院所援引和运用,其合理性问题必须借助于国家法的塑造和支持。当前学人探讨民间法与国家法之间的关系,经常提到的观点包括民间规范构成国家立法的源泉,指导者相应的立法,也为批评既有的国家法提供着标准,以及可能在法律解释过程中得到

① See Frederick Schauer, Giving Reasons [J], Stanford Law Review, 1995(5).

② 维特根斯坦指出,“我们所做的一切事情都不可能得到绝对的、最终的辩护。然而,只有参照其他的事物,这才是无疑的。”[英]路德维希·维特根斯坦.文化与价值[M].黄正东、唐少杰,译.南京:译林出版社,2014:21.

③ 亚里士多德.范畴篇[M]//秦典华,译.苗力田.亚里士多德全集:第一卷.北京:中国人民大学出版社,1990:19-22.

适当的考量。^①然而,这些评论中普遍缺失的是制定法规则在使民间规范在人类的实际行为中得到实现方面所发挥的作用。^②无论何种民间规范不可能在一个社会真空中发挥作用,美好生活不仅需要良好的意图,更需要国家制定法规则提出某种人类交往的牢固底线的支持。如“勿取他人之物”作为一种典型的道德规则,要想在美好生活中发挥作用,必须借助于法律来确定哪些东西属于别人。如果不能确定何种物品属于何人,那么“勿取他人之物”作为选择性渊源显然无法为决策者所援引和适用。^③

此外,上文也指出民间规范作为一种强制性法律渊源必须为法院所遵守和适用是指存在着的现存民间规范并没有被负有举证责任的持有相反观点的一方主体提出来,或者虽然提出来但是没有被作为法院的决策者所承认和接受。然而,如果负有举证责任的一方对存在着的民间规范的合理性问题提出了质疑,这意味着负有法律发现职责的法院必须诉诸某种标准来判定何种主体对民间规范合理性的主张是成立的。问题的关键在于如果民间规范本身的合理性是争议的主题,所诉诸的标准显然不能是内在于民间规范,或者与民间规范有关联。有时,但并非总是,存在着的某种民间规范不合理的依据就在于该民间规范与制定法或者一项普通法的根本原则相违背。^④如某种民间规范不具有制定法所必须具备的明确性,或者某种民间规范要求了某种根本不可能之事以致不能被普遍化。在这里,“不合理”就等同于“不合法”。合理性存在争议的某种民间规范,要想成为选择性法律渊源,国家法给出了一种解决方案。

其次,虽然国家法具有民间规范所缺乏的那种明确性和一般性,但是在法官据以选取和发现纠纷解决依据的场所,国家法的这种明确性和一般性却没有用处,对于发现案件裁判所需要的法律而言仅具有指导作用,不能够成为具体的操作手册。因为普遍性概念不能解决具体的问题。如富勒所言,“对法治的忠诚不仅要求政府遵守它所表述并公布的规则,而且要求它尊重它对不在明确公布之规则的控制范围内的情况作出的处理所

① 民间规范对国家法的这种基础作用,在马克思《论离婚法草案》中的以下论断集中表现出来,马克思指出,“立法者应该仅仅把自己看作是一个自然科学家。他不是在制造法律,不是在发明法律,而仅仅是表述法律,他把精神关系的内在规律表现在有意识的现行法律中”。马克思恩格斯全集(第1卷)[M].北京:人民出版社,1972:183.

② 对制定法之于民间法相关作用的忽视所带来的一个附带后果便是当前民间法研究主要在价值分析和实证分析的主导下展开,而制定法所要求的规范分析方法得不到学人的充分重视,而见不到规范分析方法,在很大程度上影响了法学作为一门重要学科的独立性和话语权。参见谢辉.法律哲学[M].长沙:湖南人民出版社,2009:4-8.

③ 霍贝尔在其《原始人的法:法律的动态比较研究》第五章“原始无政府状态下的爱斯基摩人的基本法”为我们理解国家法对婚姻制度具有重要意义。霍贝尔指出,因纽特人中间虽然存在婚姻的概念,但是却并不存在明显的标志来界定一项婚姻关系的开始和结束,所由此导致的结果便是在一个人看来是公平竞争一位女士的好感行为,在另一个人看来却是对他的家庭的通奸性的侵犯。因纽特人的社会充斥着大量由性嫉妒所导致的暴力行为,这些争斗又导致了很高的自杀率。显然在这里,纯粹的布道施恩并不是一种有效的解决方式,通过某种明确的国家立法措施来界定和稳固婚姻关系才能够解决问题。参见E.艾德蒙斯·霍贝尔,原始人的法:法律的动态比较研究[M].严存生,等译.北京:法律出版社,2012:68-80.

④ 除了制定法或者普通法的根本原则,民间规范的合理性更与正义本身存在密切联系,参见[加]罗杰·赛勒.法律制度与法律渊源[M].项焱,译.武汉:武汉大学出版社,2010:97-101.