

 | 谢晖法学论著系列

大、小传统的沟通理性：

民间法初论
(增订版)

谢晖 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

 | 谢晖法学论著系列

大、小传统的沟通理性：

民间法初论
(增订版)

谢晖 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

大、小传统的沟通理性：民间法初论 / 谢晖著. --
北京：法律出版社，2019

ISBN 978 - 7 - 5197 - 3065 - 9

I. ①大… II. ①谢… 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(2019)第 020557 号

大、小传统的沟通理性：民间法初论
DA、XIAO CHUANTONG DE GOUTONG LIXING:
MINJIAN FA CHULUN

谢 晖 著

策划编辑 周丽君
责任编辑 周丽君
装帧设计 贾丹丹

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 固安华明印业有限公司
责任校对 晁明慧
责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 25.25
字数 390 千
版本 2019 年 2 月第 1 版
印次 2019 年 2 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话：

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 3065 - 9

定价:89.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

再版说明

近十五年来,我一直关注、协调并参与国内有关民间法的学术研究和学术会议。其实,我对民间法的这种青睐和关注,不止在这15年间。长期以来,我就被不同地方人们生活得丰富多彩、风俗的百里不同以及规范交往的大相径庭所吸引。具体来说,这种兴趣来源于:一是我作为陇东农村长大的公民,对于乡民日常生活规范和公共交往的经验;二是顾颉刚、闻一多等先生在20世纪前期有关我国民俗的深入研究和精彩论述对我的启迪;三是在宁夏这个地域文化独特的回族自治区地方,我的第一份意义非凡的工作经历;四是我在吴家麟先生关照下,成功申报并调研教育部人文社会科学项目——“回族法文化研究”的学术体会。

这些经历,让我在回思法律秩序及其形成机制的时候,尽管对作为“大传统”的国家法关注有加,并因所学专业的深刻影响,不时地以国家法律原则与规范为基础,打量民间法对社会交往的规范、贡献与不足。但与此同时,作为长期受民间法意识熏染的学子,我也不断地反思作为人类智虑的国家法,应对自生自发的社会秩序之态度。不知不觉间,民间法的研究,与法哲学、法律方法的研究一样,成为我专事法学教学和研究事业以来,最重要的教学和学术努力方向之一。特别是进入21世纪以后,我的学术自觉是:想方设法勾连民间法与法律方法、权利哲学之间的关系,尽量使我研究的三大兴趣或者三个领域能有一个总

体的表达,以凸显三者之间的逻辑脉络。

进言之,此种关注,不仅是我个人的学术兴趣所在,也是法律实践的基本逻辑要求。作为人类自觉行为系统,或者作为“大传统”的法律规范,与人类自发的交往行为系统——作为“小传统”的民间规范之间究竟是何种关系?换言之,法律与社会之间究竟是何种关系?究竟是社会决定法律,还是相反,法律决定社会?这些对学者们而言司空见惯的问题,看似已得到解决,但实际上,无论在理论上,还是实践中,仍然是困扰人们的重要话题。说社会决定法律,可谓铁板钉钉,毋庸置疑。但它解决不了何以在同一个时代、同一个国家,法律制度之不同,致使人们的生活方式截然相异的问题:东、西德曾经的差异,韩国、朝鲜当下的区别,是最显眼不过的事实。说法律决定社会,似乎也有根有据,也能自圆其说,但它解释不了何以文化差异(无论历时性的文化差异,还是共时性的文化差异)总是决定着法律差异这样一个事实,以及由该事实引出的话题。

所以,这种两难的问题,绝不是一种或此或彼的单项选择,而是需要深入其里、丝丝入扣地不断观察、仔细论证、不断充实的学术研究问题。我把民间法置于这一实践视野和学术视野中进行研究,一是去寻求法律与社会关系的多元情状;二是想证成并表达国家法与民间法共在的社会事实;三是想达成社会秩序构造中法律与社会的互促共进;四是想促进司法中国家法与民间法间的余缺互补。这样的学术目的,不但需要深入扎实的专门探讨,而且也需要视野开阔的关联研究。这正是我在关注民间法研究的同时,也关注它与法律方法及规范法学、法哲学及法律哲学内在关联的缘由所在。

《大、小传统的沟通理性》一书,就是我这一探索的初步成果。该书于2011年作为我主编的“民间法文丛”之一种,由中国政法大学出版社出版。此次为编辑出版“谢晖法学论著系列”之需要,在该书约定的版权期限届满前,征得中国政法大学出版社及该丛书策划编辑张越的同意并慷慨授权,由法律出版社再版之。再版之际,我对书稿内容予以扩充,故属于增订再版。与此同时,在原书名后加了个副标题——民间法初论,以更切题地表达本书的内容。在本书再版之际,感谢中国政法大学出版社及张越编辑,感谢法律出版社及周丽君编辑,也感谢中南大学法学院及陈云良院长为该书出版所提供的支持!

谢 晖

2017年3月16日于长沙

日常生活批判与法学研究（代序）^{*}

在法律学术界,人们对法律究竟是什么,有许多完全不同的界定,但其中两种观点值得这里特别关注:一是把法律看做理性,无论这种理性是神启的理性、自然的理性还是人的理性;二是把法律看做经验:法律来自于人们的日常生活以及日常生活的内在规定性。把法律看做理性,就意味着法律仅仅是精英们的事情,和普通公民没有必然的逻辑关联,即使有,也是精英们强加给普通公民的一种规范,而不是从公民的日常交往行为中自然衍生出来的规范。反之,如果把法律界定为人们根据日常交往关系的内在规定而安排生活的规范,那么,法律就是和任何一位普通公民息息相关的存在,它不待精英们特别强加,就自然会体现于公民的日常交往行为中,因为如果不这样,人们的日常交往行为就无由展开。

当把法律纳入日常生活视野中观察时,它其实是交往行为中人们意志实践的基本游戏规则。它不但不远离人们的日常交往和生活,而且就是人们日常交往行为的基本条件和根据,须臾不能离开人们的日常生活。这大概正是我们把市场经济界定为法治经济,把民主政治界定为法治政治,甚至把多元文化界定为法治文化的基本言说根据。失却了人们日常生活关注的法律,也只能被人们的日常生活本身所抛弃。所以,才有所谓“纸上的法律”这样的说法。那意思就是

^{*} 本文原载《光明日报》2006年2月14日。

说,即使你在法律条文上规定了再严谨的法律,但如果这些条文不能有效地融入主体日常交往的生活世界,那么,它只是死的规则,或者只有象征意义,而缺乏实践意义。这方面,我国曾经颁布的《全民所有制工业企业破产法》可谓绝好的例证。

大概正是出于这种考虑,社会法学者既没有停留于价值设证,像自然法学者那样强调法律的价值追求;也没有满足于国家立法的严谨、有序,像规范法学者那样津津于规范内部的逻辑证成。与此不同,他们旗帜鲜明地把论证的触角伸向人们的日常交往行为领域,其中“活法”或者“行动中的法”这一类概念的提出,就十足地表明了他们对作为非日常生活的,或者远离日常生活的一些法律规定可能带来的对日常生活世界的挑战、销蚀、无效之担心、忧虑和理论矫正。他们强调要从人们日常生活的事实中去观察法律、发现法律。一方面,要把业已制定为纸上的法律的规定代入人们的日常社会生活中去,倘若这种代入不能发生可预期的法律调整效力,则只能被判定为缺乏生活活性的“死法”。另一方面,进一步的问题是:“死法”的存在并没有消灭人类生活必需的秩序;反之,人类总是生活在秩序体系中,否则,社会的存在、公共交往的进行、人们的日常生活等都将无从谈起。恰恰是在这国家法律失效,但人类秩序依然有效的事实中,社会法学者发现了另一类“活法”,这就是“民间法”。这样,“活法”的含义,既包括在人们日常生活中被遵循、运用,从而具有实效的国家法,也包括因为人们构造秩序的需要,而在公共交往行为中所形成的自生自发规则。

社会法学者的如上努力,事实上就是把法学研究纳入日常生活领域。当然,在日常生活中寻求法学研究的对象、灵感和动力,必然存在一个法学研究者自身对日常生活的态度问题。其中两种最基本的态度是:要么以日常生活为根据,构造作为国民公共交往甚至跨国交往的规则,把法律纳入日常生活的世界。这其中所存在的文化复杂性及其方案、路径的艰巨性可想而知。要么对日常生活世界报以必需的同情,但与此同时还要以批判的姿态剖析日常生活世界可能存在的对公共规范的解构、销蚀,把日常生活纳入既定的法律世界。当然,这也不是一项轻松的任务,因为复杂、多样的生活世界总会给人们留下这样的问题:以法律统率日常生活,那么,究竟是谁的法律?谁的日常生活?这时,其实又回到和前一问题大体相当的提问上了。

毫无疑问,由日常生活的世界向法律世界的转换,其实质是从日常

生活世界向非日常生活世界的转换、从日常生活事实向制度事实的转换。在这一转换过程中,对日常生活世界自身的考量、研习和批判可谓基本前提。丧失这一前提,则作为制度事实的法律就无由形成,人类依据法律而建构秩序的理想就只能是枉然。但话又说回来,一旦作为制度事实的法律得以形成,那么,它发挥作用的基本条件就是要回到或者还原到人们的日常生活世界中去,否则,法律不过徒具形式,无所作为。因此,日常生活世界与非日常生活世界、日常生活事实与制度性事实、经济基础与上层建筑、市民社会与政治国家……这些对应概念的分野,在人们的日常生活实践中并不是那么截然两分的,它们只是学术研究者为了其学术研究本身的方便和明晰而给出的概念。这些,无疑给法学研究提供了一种新的学术视角,也拓展了新的学术思考空间。

现在,在哲学界,学者们已经超越了仅仅关注实证的社会学视角,而将日常生活理论由社会学的实证升华为哲学的反思和辨析。作为哲学思考的日常生活理论,其要旨就是要沟通日常生活与哲学思辨间的关联,以日常实践为向度或坐标来搭建哲学思考的平台。把日常生活自身纳入哲学视野中,从而使自在的日常生活及其合理或非理形成自觉的证明效力。具体到法律和法学领域中,我觉得这一理论的意义在于:

其一,以日常生活为根据,发现人们生活中的规定性(法律)。归根结底,不是法律派生了人们的日常生活,而是日常生活和主体交往关系决定了法律的内容和面向。在西方法律实践中,英美法系陪审团对案件事实的认定,在一定程度上就是在社会纠纷这种生活事实中发现法律、发现规则。尽管在那里有遵循先例的原则,但先例并非案件的必然解决方案。先例识别本身就是对遵循先例的一种修正措施,而根据当下的案件进行必要的创造——自由裁量更意味着在案件事实中直接发现法律(规则)。至于强调制定法的国家,其法律制定的基本事实根据和逻辑前提是对主体生活实践及其关系的把握。即使在现代中国的立法史上,人们也不难发现这样的例证。譬如,清末以来的民法典起草和制定工作,是与当时中国民、商事习惯的社会调查工作紧密地联系在一起的。这种调查工作,其实就是在以往并没有民法典的日常生活实践中发现民法典起草和制定的日常生活事实和基础。我以为,当下中国的民法典制定工作所缺乏的,同时亟须我们做的,就是寻求人们日常生活中的支持因素。

不过话说回来,日常生活乃是一个变量,而不是“天不变、道亦不变”的常量。譬如,一个传统农业社会的日常生活和现代工商社会的日常生

活就呈现着完全不同的样态。因此,对日常生活的梳理、观察、解析、批判本身也是一个变量。我们不能以一个农耕社会的日常生活及其规定性来规范工商社会的日常生活,当然,我们也不能硬性地以一个工商社会的标准来调整农耕社会的日常生活。不仅如此,日常生活还是一个文化的概念,不同民族的文化传统、生活方式构成其日常生活中最坚固的内容,因此,在不同文化背景的日常生活之间更不宜硬性地推行一种所谓普适性的规范。这样,发现人们日常生活之规定性的学术研究,就多了一重复杂性。但无论如何,这在立法理论和研究中是格外重要和必要的。

其二,以日常生活为根据,研究法律应用的过程和方法。法律的制定,固然要全方位地作用于公共交往的一切领域,但其典型的运用,则在借助法律对社会纠纷的解决上。然而,立法仅为司法者解决人们的纠纷创造了一个必要的前提,它不可能包办对所有社会纠纷的解决方案,其基本原因在于法律有穷尽而生活世界中的纠纷无穷尽。这种冲突使法律在人们纠纷解决中的作用是有限度的。但是,法治原则容不得人们在纠纷解决中轻易放弃法律,这就需要在理论上为完善法律“打圆场”——寻求有说服力的案件解决方案,在法治原则之下,为社会纠纷的解决寻求基本的方法和出路。

可以说,以规范(而不是价值、事实)为典型研究对象的法学,在近百年来,越来越发展成为一种以司法活动为中心的技术之学、方法之学。特别是在法学相当发达的国家,为了解决法律规范和案件事实之间的冲突、张力,法律方法论业已成为法学院教授的重点课程。然而,倘若法律方法离开人们日常生活交往的事实,而仅满足于推理、解释、论证一类的技术规程,那么,它也只能提供给人们一套在解决案件过程中的说服技巧,而不能解决人们心悦诚服地接受案件判决的问题。这种矛盾,在我看来,最好是借助日常生活来进行。其中所谓“民间法”的作用,在这样的场合,就可大为显现。笔者在未来准备做的一项学术努力,就是设法把“民间法”和法律方法的研究结合起来,其实就是把人们的日常生活事实和和规范内部或者适用规范过程中所派生的法律方法结合起来,从而为法律和案件事实间的脱节寻求可能的弥补方案。

其三,以日常生活为根据,反思法律自身可能存在的一系列问题。如前所说,只要我们把法律建基于生活世界,而不是远离生活的抽象理性世界,只要法律是人们日常公共交往的行动指南,而不是仅供精神贵

族们任意拿捏、赏玩的工具,只要法律是人们对日常生活认识的结果,而不是神灵启示的结果,那么,法律自身的局限性,如法律漏洞、法律冲突、法律时滞等就是不可避免的。特别是自从近代商业社会、城市社会以来所形成的法治,把法律凌驾于一切社会规范之上、一切社会主体之上,从而法律无形中成了没有君主社会的君主,没有神仙时代的神仙。作为一位法学者,既要为法律的这种至高无上的规范效力而高兴、自豪,但这种高兴和自豪只有进一步立基于人们日常交往行为中时,才更有价值。

当代西方世界中所兴起的批判法学、后现代主义法学,在一定程度上正是本着对日常生活负责,而不仅是对用文字堆砌的法律负责的态度,才提出了对法律和法治的深入批判和反思。就我国而言,尽管法治建设才刚刚起步,法治理念却因为体制自身的掣肘,尚远未建立。但是对业已建立起来的一些法律制度,根据我国既有的和正在形成的人们的日常生活而加以反思、评判、辨析,自然也是法学家们理应关注的问题。在这个意义上讲,如果日常生活批判成立的话,那么,对法律的日常生活批判照样成立。对法律的日常生活批判,一是根据日常生活来对照、反思、检讨法律的问题,二是对人们的日常法律生活本身进行清理、总结和提升。正是这种对法律的反思,才可能使我们在推进法治的同时,也把法律真正融进日常生活世界,而不是相反,使法律远离人们的日常生活。

法学界不少人很是喜欢霍姆斯的这句名言,笔者以前未曾引用过,今天写这么一篇文章,不妨将其引在这篇文章之末尾:“法律的生命不在于逻辑,而在于经验。”^①

^① [美]小奥利弗·温德尔·霍姆斯:《普通法》,冉昊、姚中秋译,中国政法大学出版社2006年版,第1页。首次出处是霍姆斯所写的一篇书评中,参见 Olive Wendell Holmes, Jr., “Review of C. C. Langdell, Summary of The Law of Contract”, *American Law Review* 14, 1880。

目录

大、小传统的沟通理性 / 1

——兼论当代中国官方与民间的法律沟通

一、大、小传统间冲突的必然性 / 2

二、沟通大、小传统间冲突的既有方式 / 4

三、沟通大、小传统的最高理性 / 7

四、大、小传统的断裂结构和沟通难题 / 11

中国法学的路向与民间法 / 17

一、法治、大国意识与中国法学的理想图景 / 17

二、拒绝西方？照搬西方？抑或寻求法学世界结构中的自我？ / 21

三、申言中国法学的路向 / 25

四、大国法理格局中的民间规范 / 30

全球化的法律、法理与民间法 / 35

一、法律的全球化提出的几个重要的法理学问题 / 35

二、法律全球化对法理学研究的一般意义 / 37

三、法律全球化背景下法律的定性问题 / 38

四、法律全球化背景下主权国家的作用 / 40

五、法律的全球化与法学家关于法律普适性的努力 / 42

六、“普适性”与“地方性”：法律全球化的悖论 / 44

七、法律全球化与法理的全球对话 / 45

八、对话的全球化与民间规范的作用 / 48

社会变革、法理学的进路与民间法 / 52

一、价值选择与政治变革 / 52

二、社会实证与社会变革 / 56

三、规范研究与法律变革 / 60

四、回应型社会、民间规范研究和规范法学研究的结盟 / 64

当代中国的乡民社会、乡规民约及其遭遇 / 69

一、当代中国乡民社会的一般性描述 / 69

二、当代中国乡民社会的乡规民约 / 72

三、变革社会中乡民社会与乡规民约的遭遇 / 78

四、简要的结语 / 82

民间规范与习惯权利 / 84

一、何为习惯权利? / 84

二、民间规范作为习惯权利之载体 / 89

三、习惯权利作为民间规范之必要内容 / 94

四、结论:通过民间规范关注习惯权利 / 99

作为人权的习惯权利 / 101

一、何为习惯权利:法律叙事视角的转换 / 101

二、习惯权利作为人权 / 109

三、习惯权利和法定权利之比较 / 117

四、习惯权利的法治保护略论 / 125

民间规范与人权保障 / 134

一、法治之出发点即回应国民的人权要求 / 135

二、民间规范对人们权利(人权)要求的表达 / 138

三、以司法回应民间规范中的人权内容 / 142

四、借民间规范中的人权内容沟通大、小传统 / 145

法律、民生与民间规则 / 149

——兼论两岸交流制度中民间规则的作用

一、需要、民生与法律 / 149

二、民生、民间规则与法律 / 155

三、两岸交流、民间规则与民生保障 / 161

民间规则与司法能动 / 166

一、司法能动 / 166

二、我国民间规则能动地进入司法的实然样式及评论 / 171

三、民间规则作为司法能动前提的可能条件 / 177

四、结语:司法能动与民间规则的地位 / 184

民间规范对法律方法的可能贡献 / 187

一、民间规范作为法源而被引入——国家认可 / 188

- 二、民间规范作为价值衡量的社会根据 / 191
- 三、民间规范作为判例或判例法产出的社会根据 / 194
- 四、民间规范作为司法论证的合法(理)性前提 / 198

民间规范司法适用的前提和场域 / 204

- 一、民间规范适用于司法活动的基本前提 / 204
- 二、调整不能、民间规范与事实替代 / 209
- 三、法律漏洞、民间规范与发现法律 / 214
- 四、法律漏洞、民间规范与法律续造 / 218
- 五、基本的结论 / 222

刑事和解与民间规范 / 223

- 一、刑事和解之权利义务分配中可能涉及的规范类型 / 224
- 二、刑事和解中民间规范运用的两个条件:接受和确信 / 229
- 三、刑事和解、民间规范类型和当事人权利义务的分配 / 235
- 四、民间规范与刑事和解制度的建构 / 240

民间法与纠纷解决 / 244

- 一、纠纷解决的一般分类 / 244
- 二、民间法与司法解决纠纷 / 249
- 三、民间法与诉讼替代方案 / 254
- 四、民间法与私力救济 / 260

民间法与裁判规范 / 265

- 一、裁判规范界说 / 266
- 二、民间法直接作为裁判规范 / 271
- 三、民间法与法官构造的裁判规范 / 276
- 四、裁判规范对民间法的排除 / 281

民间法对法律合法性缺陷的外部救济 / 287

- 一、法律合法性、法律合法性缺陷及其救济资源 / 288
- 二、民间法及其分类、特征的一般诠释 / 297
- 三、民间法对法律合法性缺陷的外部救济 / 308

民间法对法律合法性缺陷外部救济之范围 / 322

- 一、民间法对法律调整不安/意义(价值)倒错之救济 / 322
- 二、民间法对法律调整不到/意义空缺之救济 / 332
- 三、民间法对法律调整不能/意义冲突之救济 / 341
- 四、民间法对法律调整不定/意义模糊之救济 / 351

民间法研究的学术范型 / 361

一、民间法的概念范型——与相关概念的比较 / 362

二、民间法的问题意识 / 367

三、民间法的研究旨趣 / 372

四、一种新范型：“行为－裁判”范型 / 377

跋 / 384

增订版附记 / 387

大、小传统的沟通理性*

——兼论当代中国官方与民间的法律沟通

大传统与小传统二词是本文所涉及的基础性概念。这对概念首先由美国人类学家罗伯特·雷德斐在1956年出版的《农民社会与文化》一书中提出。^①两者的基本含义分别是“某种优势文明的文化形态表现于宗教、文学、艺术等的传承规模,与地方性社区的小传统相对而言”“一个复杂社会中具有地方社区或地域性特色的文化传统”。^②这对概念自提出以来已经摆脱了作为“社会本体”的属性定位,而成为一种具有相当普适性的社会科学研究方法。这不止在人类文化学界如此,在史学界、文学界、社会学界亦如此。随着法社会学特别是法人类学研究的迅速崛起和深入,大、小传统划分的分析方法业已被法学界所接受。法学研究日渐摆脱大传统——国家法作为唯一对象的情形,不少学者将目光投向了小传统——民

* 本文主要内容,原载《学习与探索》2000年第1期。本文部分内容,曾收入笔者的论文集《法的思辨与实证》(法律出版社2001年版)中。收入本书的,是其扩展版。由此给读者带来的不便,望能谅解!

① 参见宣炳善:《“大传统”与“小传统”的学术意义》,载《社会科学报》1998年11月5日。

② 覃光广等主编:《文化学辞典》,中央民族学院出版社1998年版,第32、42页。

间法,^①有关民间习惯法、宗族法、民族法等研究的学术著作不断涌现。在研究过程中,有学者甚至指出“活生生流动于”中国民间的法律传统,尤其是小传统,应当是中国法制建设的主要资源。^②可以预料的是,随着中国法制现代化建设的深入发展和学术资源的不断挖掘,对小传统——民间法的研究必将日渐深入。本文拟从法学角度探讨当代中国作为大传统的国家法与作为小传统的民间法之间的冲突及其沟通机制,从而为中国乡村法制建设思考一条可能的逻辑理路。

一、大、小传统间冲突的必然性

大、小传统作为人类社会的演进过程中长期积淀并必然衍生的社会现象,自始便是一种对应关系,从而也是矛盾的存在。其矛盾冲突的基本内蕴,就在于两者存在相对性。这种相对性既包含两者间的相依,也包含两者间的冲突。前者是指没有小传统的存在,大传统便丧失其所指,而没有大传统的作用,小传统亦无须被提起。后者则指这两种相对应的力量之价值取向在本质上是是个别的,这就不可避免地使两者形成一种冲突的对应关系。

那么,这种冲突背后的具体力量是什么?笔者以为,至少有如下诸点:

其一,对立的主体。大传统是一种与国家相关的存在,而小传统是一种与民间社会相关的存在。在资本主义以前的人类历史上,国家与社会的这种分野常常被国家强控的现象所遮蔽,从而形成一种只见国家不见社会的情形,以教统政的古代印度、伊斯兰国家如此,即使在商品经济相当发达的时期的古希腊和古罗马的一些地区,社会的存在也被人们所必需的强大的国家权力所掩盖。至于以中国为代表的东亚国家,其国家统驭社会、遮蔽社会的情形更甚。然而这种现象并不否定国家与社会两种社会实体并存的事实。即使在中国这种国家强控社会的文化传统中,流散于民间的小传统并未被大传统所摧毁;相反,由于“天高皇帝远”的

^① 事实上,自人类学者马林诺夫斯基始,对法律的考察即已深入“民间”,其所著的《原始社会的犯罪与习俗》(夏建中译,台湾桂冠图书股份有限公司1994年版)一书,既是社会学名著,亦是法学名著。同类著作在西方人类学界和法学界虽不能说汗牛充栋,但至少可说洋洋大观。其中影响最大、为法学界人人皆知的是由著名法人类学家霍贝尔教授所著的《原始人的法》。该书在大陆有两个版本,即由严存生主译的《原始人的法》(贵州人民出版社)和周勇译《初民的法律》(中国社会科学出版社)。另外,新近出版的日本学者千叶正士所著的《法律多元》(强世功等译,中国政法大学出版社1997年版),用日本材料印证了法律多元,也有较大影响。

^② 参见苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版。

自然因素和“家－国同构”的政治建构因素，中国古代国家与社会分立的实际情形更为豁然。社会虽不是自主的，却是实在的。我把这种情形称之为“皇权国家”与“宗法社会”的分野。^①事实上，“家－国同构”只是一种仿照意义上的同构，即国家的组建及设置仿照家庭而立，至于在社会治理结构上，不但未实现家－国同构，而且家－国之分立明显，这从国家的刑罚权与家庭的家父权之分立、国家强控与农民不堪重负而揭竿反抗的对立史中均可见一斑。正是这种对立，使中国之大、小传统各自拥有其雄厚的主体力量，以致表面化的中国史也有两种，一种是出自官方的所谓“正史”，另一种则是出自民间的所谓“野史”。^②中国古代的故事如此，其他古代国家亦莫能外。至于到近代商业社会以来，政治国家与市民社会的分立既是不争的事实，也是人类社会发展的方向，从而两者相互成为自治的实体。这使源生于两者的大传统与小传统更有了实际的主体动力，这种动力就是大、小传统间对立的动力。

其二，对立的利益。社会与国家间，无论各自以压制的实在方式存在，还是以自治的实在方式存在，都分别代表着或是为了各自的利益。当然，两者有利益的一致性，这种一致性在很大程度上讲是两者的互需性。具体社会主体的自治性形成自治主体间利益的集合，在法律上，这种利益的基本诉求是权利。社会的普遍利益需求是支持国家从而支持另一种利益的强大动力，因此，国家所代表的利益，应当是而且只能是公共的。国家利益使国家权力必然具有公共性，这正是分散的社会主体利益能够存在的基本保障。如此，则社会与国家各自所代表的利益间的互需性昭然若揭。然而，这种互需性并不是说两者总是融洽的。事实上，国家所代表的利益具有聚合性特征，社会所代表的利益具有分散性特征。此种聚合性与分散性间总是一对深刻的矛盾。两者在如下情形下必然会产生冲突：首先，当聚合性的国家权力无规则地侵夺社会利益时；其次，当分散性的社会权利无疆界地侵入公共权力领域或避匿权力监督时；最后，当公共权力与个别个体利益暗中勾结，吞夺更广泛的社会主体利益并同时影响权力公共性形象时。然而，既然以国家所代表的权力和以社会为代表的权利作为人类具有普遍性的社会规则，其在逻辑理路上

^① 参见谢晖：《政治家的法理与政治化的法》，载《法学评论》1999年第3期。

^② 必须说明的是虽然正史与野史自身代表着大、小传统之分野，但其所论内容则未必正史中全是大传统的实录，野史中全是小传统的实录，特别是野史，其内容大多与官方行为相关，因此，可以说其视角或许是小传统的，其内容却每每是官方的。