

中国传统民间法论纲

——基于法学品格、文化特质及现实功能的视角

于语和

(南开大学 法学院, 天津 300071)

摘要: 民间法法学品格的形成史就是法学思维观由单一性向多元性发展的法学史。在关涉生活经验的概括与总结、多元的实效达致路径等方面,中国传统民间法有着国家法不具备的文化特质。在现代社会的秩序建构方面,传统民间法有着三个现实功能:其一,在秩序的生成方面,民间法是产生秩序的规则本身;其二,在秩序的维系方面,民间法不断影响着主体的行为模式;其三,在秩序的保障方面,民间法以传统伦理的传承与发展为其历史使命。现代法治秩序的建构离不开对于中国传统民间法的关注。

关键词: 法律文化; 民间法; 法学品格; 文化特质; 秩序理性

中图分类号: DFO-059

文献标识码: A

文章编号: 1009-3370(2014)01-0118-08

一、问题的提出

中国传统法律文化是中国法律史、法理学研究中的一个核心内容,无论是从抽象的法理学层面对于法律文化展开形而上的思辨与推理,还是从历史的维度对于法律文化展开古与今、是与否的事实性说明,对于中国传统法律文化的研究总是离不开两个重要的质素——“传统”与“中国”。传统讲述的是时间意义上的历时性进程,中国讲述的是“布迪厄”意义上的“场域”,惟有在历史维度与场域范围内,法律文化方可萌其芽、生其根、结其果。换言之,论述中国传统法律文化,无论是法理学层面亦或法律史层面,其所申言的即是发生在中国场域内的,横亘中华大地的法律发生、发展、演进的文明史。

然而,如果从历史与场域的两个向度将中西传统法律文化做一个对比,不难看出,首先,从对于法的本质的解读来看,西有希腊城邦时期柏拉图倡言的“法”即各司其职,中有管子所谓:“法者,尽寸也,绳墨也,规矩也,衡石也,斗斛也,角量也”;其次,从法典体系的建构方面来看,西有古罗马时期的《十二铜表法》,中有战国时期李悝所造之《法经》六篇;再次,从法的演进及司法实践方面来看,西方法律文化是一种以习惯法为藁矢、续而形成实质习惯法与形式成文法的双重法学发展路径,中国传统法律文化则是一种实质民间法,附带以国家法的司法实践及发展路径。最后,从法的超越理性方面来看,西

有基督教世界的人神两分,将自然法的叙事路径带入世俗的法律世界,中有以儒家文化及天道、天理、情理为表征的实践理性思维。

或许是受到中西比较法律文化中关于“同质性”研究的定式思维影响,不少学人习惯性地从成文法、国家法体系建构的视角立意,得出了中国传统法律文化是一种成文法文化、法典化文化的结论。诚然,我们无可否认的是,自李悝造《法经》,而后商鞅改法为律,再至封建法典的巅峰之作《唐律疏议》的问世,中国传统法律文化的确存在着一种成文法文化的历时性演进意象,而问题恰恰在于,理论与实践、意象与具象毕竟是两种不同的表达形式,在中国传统法学实践中,特别是司法实践中,其更多的还是一种民间法文化,一种依靠传统、植根生活,追求实践理性的法律文化。而对于民间法的忽略恰恰是我们对于西方法学研究范式依赖颇深,却对于中国传统法学的发生、发展史体察不深、认识不清的缘由所在。

民间法是法吗,其是否具有法的应有品格?倘若民间法是中国传统法律文化的一个重要方面,其又有哪些不同于国家成文法的文化特质与现实功能?回答这些问题不仅需要我们从法律史层面进行一个实证意义上的梳理,更需要我们从法理学意义上予以阐释、说明。有基于此,笔者在本文中,尝试以法律文化学为叙事视角,将法律视为文化的一个组成部分,首先,自“法律的范围及边界应该在哪儿

收稿日期: 2013-08-30

基金项目: 国家社科基金资助项目“民俗习惯的司法适用研究”(11BFX021)

作者简介: 于语和(1962—),男,教授,博士研究生导师,E-mail: qilihaiyu@eyou.com

里？”这一法学的“历史之问”来梳理民间法的法学品格的形成史，与之相伴的是单一性法学认识观到多元性法学认识观的发展过程。其次，以中国为历史场域，对比国家成文法，归纳并提炼出中国传统民间法的固有文化特质。最后，以民间法与秩序理性为题，从法理上来透析出民间法在秩序的生成、维系及保障方面的现实功能。

二、法律的边界与范围： 民间法法学品格的形成史

从人类社会诞生以来，对于“法是什么、法律的边界在哪里？”就一直存在着争论。无论是早期的希腊诸先贤们，如普罗塔格拉提出的“法律只是一种相互保证正义的约定俗成”，还是老年柏拉图、亚里士多德提出的法治乃是正义之治——一种超越理性思维，将法与看不见、摸不着的实证正义观有机枢连的法学认识观——法律不得逾越正义的框架，彼时，法律的范围等同于正义的范围，正义的实现就是法的实现，正义也是法，只有正义才是法。

而后，古罗马帝国在充分汲取古希腊法学思想的基础上，发展出了一套兼及公法与私法，以私法为核心的法学体系，法律不仅被解读为正义，更被解读成了私人权利。其例一如古罗马五大法学家中不仅有将法理解为“神事和人事的知识，正义和非正义的科学”，更有将“jus”及“lex”等同于法，而“jus”的核心即是权利。法学史由此关于法学的定义渐渐冲破了哲学上的形而思辨的认知模式，法学的本质开始渐渐凸显出经验理性、实践理性的具象，法开始被视为是权利与义务的抽象规则，法的范围是权利与义务，其边界亦是权利与义务。

公元476年西罗马帝国灭亡，日耳曼各部族横行于欧陆各处，借助于强权逻辑，其将日耳曼部族固有的“蛮族习惯规则”带到了每个被征服的地域，此刻，关于法是什么，俨然已经变成了“我们的习惯是什么(What are our customs?)”，一切照我们的规则(习惯)行事，法就是习惯的汇编。权利、义务、正义全都被关进了习惯的牢笼。

公元9世纪后，随着教会组织的不断壮大、教会神职人员司法权的与日俱增，“上帝赋予的理性”乃是解读法是什么、法的范围的唯一钥匙。难怪大神学家、经院哲学家托马斯·阿奎拉虽将法分为了永恒法、自然法、神法、人法，但却一再申明永恒法的至高无上性，上帝的理性(The reason of the God)是法的最宽边界。

1640年爆发的英国资产阶级革命，其实质即是

一场将封建主义的农业经济、集权政治的固有发展路径换形为资本主义的工业优先、君主立宪的发展路径。天赋人权、自然权利、社会契约等近代法学概念纷至沓来，自然法学、功利主义法学、分析实证主义法学、历史法学亦接踵登场，理性、利益、规则、民族精神等关键词成为了争辩法是什么、法的边界的最为核心的关键词。

如上对于20世纪以前关于“法是什么、法的范围在哪里？”的知识文化学的历时性梳理，让我们不难得出，无论是早期的希腊法学，还是近代以来的西方各个法学流派，其对于法学的认识，或是视法律为理性的演绎，或是视法律为利益的算计，或是视法律为民族精神的重拾，或是视法律就是规则的总和，其存在一个共同的缺陷，即都是一种单一的、狭隘的法学思维观。

20世纪以来，人文社会科学领域的分类学理论(Type Theory)得以大力发展，交叉性学科间的研究范式渐渐得到学人们的青睐。法人类学的诞生，使得对于什么是法律，法律的边界范围等问题有了重新阐释的视角。著名人类学家E.Adamson Hoebel在其经典著作《The law of Primitive Man》中提出了一个大胆的结论：“原始社会即存在着法。”此言一出，学界一片哗然。法似乎只能从一个视角去界定的，怎么能将什么都理解为法呢？为了回应为什么原始社会就有法律，霍贝尔以文化为分析工具，提出：“从人类学的视角予以审视，法律只是我们文化的一个方面，其运用组织化的社会团体的力量来规制个人及团体的行为，防止、纠正并惩罚任何有违社会规范的行为。”^[14]此外，他还提到：“无论在何种社会，原始社会也好，文明社会也罢，法律存在的真正的基本的必要条件是，社会授权的当权者合法地使用物质强制。”^[15]应该说，自霍贝尔的《原始人的法》伊始，再经1975年日本学者千叶正士的名著《法律多元——从日本法律文化迈向一般理论》的问世，对于法律是什么，法律的边界的研究已然开始突破以往那种单一的法学认识观、分析观，多元主义的法学思维观渐渐形成。

有基于此，循沿着20世纪80年代中期肇始的我国法学界关于中西法律文化大讨论之后的，即是对什么是法、法的范围及边界究竟应划在哪里的争论。多元主义法学思维观亦在此时进入中国法学研究者的视野，“民间法学派”应声而起，以梁治平教授、谢晖教授为代表的法律史、法理学者们，以法律文化学为视角，将民间法与国家法都视为文化的一个部分，纷纷赋予民间法以规则特质，法学品

格。现今,当我们在谈及什么是法时,应该可以如此回答:即法不仅是写在国家制定、颁行的成文法典里,同时也存在于那些普通的社会组织和生活场景之中,国家法制定的权利、义务规则是法,民间的习惯、民俗及自治团体的章程等也是法。

三、中国传统民间法的文化特质: 生活经验与实效诉求

民间法具有法学品格,但却又不同于国家法的法学品格,若以 Robert Redfield 在其著作《Peasant Society and Culture: an Anthropological Approach to Civilization》提出的“Little tradition(小传统)”及“Great tradition(大传统)”来看,民间法的法学品格只能视为是一种“小传统”意义上的法,因其体现是一种地方文化、草根文化。然而,无论是作为那种形式存在的民间法,都是人们长期生产、生活、智慧的积累和经验的提炼,它顺应了主体社会生活的基本规定,无论是在成员的心中还是在外部的环境中都比较稳定,它所调整的事务涉及婚姻、家庭、继承、买卖、抵押、借贷等诸多内容,基本涵括了生活的方方面面。

(一)民间法是一种生活经验的文化总结

民间法离不开生活经验,这一点得到了诸多民间法学者的肯定。如田成有就认为:民间法是独立于国家法之外的,是人们在社会生活中根据长期的生活实践和经验,依据某种社会权威和组织确立的具有一定社会强制性的人们共信共行的行为规范。梁治平在《清代习惯法:社会与国家》中亦曾提到:“民间法是这样一种知识传统,它生于民间,出于习惯,乃由乡民长期生活、劳作、交往和利益冲突中显现,因而有自发性和丰富的地方色彩”。我们可以这样说,民间法就是一种约定俗成的礼俗、人情、习惯、族规、族法等形式,是民间社会在长期的文化进程中形成的、经过民众的长期生活与劳作过程的磨合而成的一套共识性地方性规范,它存在于家族制度、神权观念、民间性组织制定的规范、风俗习惯等多种渊源之中。通过这些传统和习惯的不断运用,它们逐渐地变成了法规则。民众在其社会生活中运用个性思维,考虑风俗、习惯等民间法质素,探求着便捷、快速的解决纠纷的办法,久而久之,一套与民众们生活习惯相适应的民间法规则体系便油然而生了。民间法理念蕴涵于传统文化之中,通过人们的言行展现,成为了一个地域范围内人们的标识,它就是人们长期生产、生活的经验积累和提升。总之,从民间法的形成可见,绝大多数民间法是人们

在长期的生产、生活中逐渐产生的,或自然形成或通过共同议定和约定而成,它寓于民众个人或群体的日常生活、劳作之中,是一种特定社会的惯常行为模式及文化传统的体现。

民间法作为一种生存经验,是立足于日常生活的,从社会现实出发,顺应了主体社会生活的大体习惯和思想、行为模式。以我国农村比较突出的财产继承和老人赡养问题为例,中国民间流行一句俗语:“养儿防老”。若按《中华人民共和国继承法》等相关法律的规定,女儿出嫁与否,在父母的财产继承方面均享有与儿子同等的权利,在赡养老人方面享有与儿子同等的义务。而在现实生活场景中,这样的法律规定却并没得到“规定式”的践行。在许多地方,出嫁女的继承权问题往往得不到保护和执行,但似乎这些出嫁的女儿也很少会主动要求继承遗产,需要注意的是,不是说出嫁的女儿不懂法、不守法,而是她们都在遵循着一个民间的潜在“习惯”。换言之,她们之所以不主动要求继承遗产,一来因为这样做可以视为是一种自己出嫁了而不能及时照顾父母的补偿。二来如果她们自己有什么事,还能仰仗自己本家兄弟。正是明白“出嫁的女儿将父母的房产留给叔伯兄弟是有道理的,因为这里还是她的娘家,有什么事,还可以来找本家的兄弟帮忙。如果她们取走了老家的房产,不是断了娘家的路吗,她们有事谁肯去帮忙呢?”^[2]这种“约定俗成的民俗习惯”实乃随处可见,人们也自愿服从这样的规则,即使这些规则对于他们的权利并非持肯定态度,但是由于乡民内心深处对民间法的认同及在心理认同的基础上的自愿服从和严格遵守,使得在民间法的规制下的乡土社会有着自然的和谐秩序。人们选择民间法来解决纠纷既是一种传统,也是一种习惯,民间法作为人们的生存经验的提炼,符合乡民们朴素而又理性的价值观、正义观。人们从习惯上、心理上接受了它,其在乡土社会中有着巨大的、高度的稳定性、延续性、群体认同性和权威性,它事实上成为乡土社会平时更为常用、更容易接受的法律样式^[3]。民间法在各个独自的领域长期适用并一直延续下来,是民间生产、生活中实践的升华和生存经验的沉淀,而且这种民间规则具有相对的稳定性,而不是频繁地变动或者反复无常,是一种成形的在一定社区普遍适用的规则。民间法长期存在,它的产生并不能认为只是人们盲目崇拜传统的产物,而是作为社会的需要和现实的经验之上,凝练了有关特定群体内部的环境特征、人的属性和人与人之间冲突及其纠纷解决的信息,是一定地域内

乡民们长期生活实践的文化总结。

(二)民间法实效性的实现途径是多元的

法律应当具有实效性,但对法律实效的界定却存在着诸多不同观点。例如凯尔森认为:“法律实效是人们实际上就像根据法律规范规定的应当那样行为而行为,规范实际上被适用和服从”^{[4]42},“一个宪法的、法律的或判例法的规范在下列程度上在社会中具有实效,即构成该社会的人民(包括官员和一般公民)的实际行为符合该规范指示的或权威化的标准”^{[4]49}。他的观点侧重于法律实施的状态,从法运行的角度而言,认为法律的实效性体现在被人们实际施行的状态和程度。

我国学界虽对于法律实效问题的界定存在着诸多争议,但大都认为,“实效”通常都是针对国家法而言进行探讨的,实效所涉及的问题一般是法律规范(国家法)的适用者们是否真正遵守这些规范的问题,其实效性的实现,主要还是以一种外在的(行为)约束力为保障的。

民间法内生于社会,其生成及发展的动力就来自于社会需求,因此,民间法深深根植于现实社会需要的土壤上,反映着历史的变迁和社会的发展;民间法由人们长期的生产实践和社会生活中的生存经验抽象而来,具有指导性和规范性;民间法依靠强大的社会舆论和民间权威作为其约束机制,具有与法律(国家法)不同的文化特质,其实效性的实现路径是多元化的。

从民间法的自身因素而言,可以说民间法具有现实性、规范性和权威性法律的基本要求。另一方面,从民间法的作用空间而言,可以说民间法与乡土社会存在着天然的密切联系,这种契合度在乡民解决纠纷的过程当中表现的十分明显。民间法在纠纷解决过程中,有效地分配乡民之间的权利、义务,调整 and 解决他们之间的利益冲突。它通常也具有较为确定的行为模式和规范内容,民间法的规范往往较国家成文法规范而言,显得相对粗糙,体系性不强,但由此并不能否定民间法内部暗含的规范性结构,它也可以通过种种权利、义务的分配和“法律”后果的控制等方式的施行来发挥其作用性,调整 and 解决群体之间的利益冲突,因此,它也存在着一一种外在的约束力以保障其实效的达致。

然而,民间法不仅具有外在的实效达致路径,更有一种内在的实效达致路径,此即道德约束力。而之所以民间法能具有如此“双重的”约束力,实乃

是与传统中国的地理、宗教及民众的行为惯性密切相关的。

首先,地域因素。中华大地幅员辽阔、民族众多,就当下地理分布来看,西北、西南地区乃为中国多民族聚居较为密集的地区,西南地区的崇山峻岭,西北地区的高原地势,使得不少民族地区至今还保留着较为系统、强有力的习惯法规范,如广西瑶族地区的“石牌”制度,云南、四川等彝族地区的“毕摩”制度,西北甘肃东乡族的“打平伙”制度,回族的“打三休”制度等都保留着强劲的生命力,这些习惯性规范之所以具有先于国家法的实效性乃是由于其本身就在族群民众内心深处形塑了一个道德框架与边界,他们已经习惯于生活在此种潜在的、公认的道德秩序中。

其次,宗教因素。中国大少数民族都有本民族的宗教信仰。其中,在中国55个少数民族中,就有10个全民信仰伊斯兰教的少数民族。如西北地区的回族、东乡族、保安族便是奉真主“安拉”为唯一的、最高的神。海南黎族地区尚存的图腾崇拜,使得这些地区的民众在遇到纠纷时,往往亦会优先考虑到民族习惯。以婚姻为例,笔者于2012年带领几名博士研究生在甘肃东乡族自治县从事田野调查的过程中即发现其境内还有不少村落盛行“打三休”的离婚习惯(亦即男方对女方说三声我不要你了,婚姻即告结束),而这相较于我国现行《中华人民共和国婚姻法》第31条规定的男女双方自愿离婚的,准予离婚,但双方必须到婚姻登记机关申请的规定实为不同。现实生活中,东乡族民众对于“打三休”的习惯性规范有着高度的认可,其在纠纷解决中往往发挥的实效性是大过国家婚姻法规范的^①。

最后,行为与经验的惯性作用。民间法的生活经验的特质,使得其往往成为人们的一种习惯性选择,而习惯又是难以在短期内就能被改变的,这也是民间法之所以具有强劲生命力、兼具多元性的实效达致路径的原因所在。就我国农村地区来说,其民间习惯法大都生发于农村这块限定的地域中,与农民们的生活方式、生存经验、传统智慧都密切相关,一如婚姻习惯、丧葬习惯、生产习惯等都是村民们在惯性的思维中传承、发展的,这些习惯已然构成了他们生活中道德秩序的一个组成部分。

总之,不论从民间法的内部因素还是外部环境而言,民间法在历史的长程演进中,经由人们生活的实践总结不断萌芽、生根,其实质就是经验和生

①关于甘肃东乡族纠纷解决习惯法的相关问题,可参见刘顺峰. 关于甘肃东乡族纠纷解决习惯法的实证分析[J]. 西南民族大学学报(人文社会科学版), 2013(7).

活智慧的累积,与人们的生活逻辑和规范知识相符,易于得到人们内心的认同。同时,由于它生长和存在于具有“熟人社会”形态的社群范围中,权利、义务的是与非思维在社群成员中已经根深蒂固,违法成本较高,彼此督促遵循民间法规则较为便利。在这些因素的综合作用下,民间法实效性的实现既可以表现为外在的行为规制,又可以表现为内在的道德约束。然而,我们应当承认,民间法内生于社会生活,对于这样的规范和秩序而言,其得以具有实效的重要条件在于社会较少变迁、整个内部社会结构较为稳定的情况,对于变迁较为明显和剧烈,社会关系、生活方式、社会观念都经历着较大变化的社会而言,民间法的实效性将会大打折扣。但是,具体到我国,在当前现实条件之下,以道德为内核,以义务为本位,以和谐为旨归的民间法,在各种纠纷解决的过程中,其往往可以发挥国家法无法达致的实效作用。

四、中国传统民间法的现实功能: 一种基于秩序理性的分析进路

秩序是社会存在与发展的基本条件之一,只有在良好的社会秩序中,社会公平、社会正义等社会理念才有得以实现的可能,良好和谐的社会秩序一直是人们孜孜追求的目标。何为秩序?所谓秩,常也;秩序,常度也。秩序也作秩叙,犹言次序,指人或事物所在的位置,含有整齐守规则之意^[5]。

在诸多社会规范中,民间法作为一类特殊的规范形式,以其独特的作用性调整着人们的行为,影响着人们的心理活动和行为模式。民间法具有诸多的现实功能,限于篇幅,如下笔者就以秩序理性为进路,来对其做一番简要的概述。

(一) 民间法的秩序生成功能——产生秩序的规则本身

“文化既不是自然的也不是人为的,既不是通过遗传继承下来的,也不是经由理性设计出来的。文化乃是一种由习得的行为规则构成的传统”^[6],著名学者哈耶克的这一观点同样可以解释民间法与秩序的关系,当作为调整人们行为的民间规则为人们习得并沿用,为人们认同并遵从时,这一特定的社会秩序便顺而生成。民间法作为一种社会秩序,其形成从初始状态上来说一定程度上是自生自发的结果。哈耶克在概括西方社会发展时提出了“自生自发秩序”的概念,他认为:对一些习惯性惯例的普遍遵守,乃是人们生存于其间的世界得以有序的必要条件,也是人们在这个世界上得以生存的

必要条件”^{[7]133-136}。民间法作为此种自发生秩序,在形成中首先表现为规则,而规则的产生原始上是自发生自发的,人类的社会生活是依照某些规则来行事,随着知识的增长和经验的积累,这些规则从无意识的习惯渐渐发展成清晰明确的论述。“它就如同社会生活赖以为基础的语言、货币或大多数习俗和惯例一样,其不可能是任何人的心智发明所致”^{[7]185}。从习惯性规则发展至一套细致的民间法体系,是一个给予民间规则不断肯定与否定的抽象总结的过程。一般而言,抽象是从习惯而生成秩序的一种连结点,通过抽象,把习惯性行为加以肯定,把违反习惯性行为的行动加以否定。这样,我们就得到一种自发秩序的机制^[8]。

对习惯性的普遍恪守,排斥对于其他规范性的非理性运用,此即是民间法的秩序性。民间法作为一种特定的社会秩序,有其显著的特质,它出自“民间”,脱胎于乡土社会丰富的实际生活中,虽然它的传承、发展不得不要受到包括国家法在内的其他正式、非正式法律制度的“干涉”,但它毕竟是一种迥异于国家法,植根于生活实践的圆融自洽的规则体系,是民众生活经验的抽象总结与外化表现。它没有制定法的形式完整和逻辑严密,但它朴实、简明、合理、易操作,在特定的地理区域内符合乡民的心理期待。因此,它作为一套规则体系,规制着乡土社会中农业生产、买卖交易、婚丧嫁娶等日常生活的各个方面,营造了一个和谐有序的氛围。在此借用美国学者埃里克森在《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》书中的一语:“法律制定者如果对那些会促成非正式合作的社会条件缺乏眼力,他们就可能造就一个法律更多但秩序更少的世界。”^[9]当下中国的法治建设主要是政府推进型的法治,在中国法治现代化过程中,法律移植措施使我们的法律制度和法律体系得以迅速建立和完善,在多数人看来,这也是后发国家所必须采取的路径。但正是在国家法主导这一强势话语之下,在法治建设中表现出了一种强烈的建构意向性,不可否认,我们往往忽略和否认了那些自生自发的社会关系以及内生于这种关系和秩序中的民间法。

总之,民间法作为一种生存经验和文化积淀,一方面以价值理性的面孔凸显于现代社会的法律秩序中,另一方面在某些地区实际上发挥着维系社会秩序的实践理性功用,在它所赖以存在的社会生活条件未被根本改变之前,它仍将长期存在。民间法不仅通过影响人们的外在行为模式,也通过深刻地影响人们的内在思维,以促成民间社会秩序的生

成和维系的目标。民间法就是这种通过指引、约束特定群体并以生成进而维系该群体领域内秩序为使命的规则。从纠纷解决角度而言,尽管在现代社会国家法被认为是最为主要和权威的纠纷解决方式,但各领域仍然存在着习惯性的民间法思维,权利与义务、损害与赔偿等诸多法学问题,还是无法抛却民间法的思考范式。

民间法是生成民间社会秩序不可或缺的本土资源,在当代中国社会,尤其是农村社会,没有民间法的存在,就没有正常社会秩序的存在,民间法的纠纷解决,其目的在于促使当事人的定纷息讼,维护一方的秩序稳定,并期望对其他人起到一种教化的作用,并为后人处理相关问题提供参照。因此,从本质宗旨上讲,民间法是以秩序生成为其功能使命的。

(二) 民间法的秩序维系功能——影响主体的行为模式

在“社会秩序”的界定中,从主体的角度观察,哈耶克认为它是“个人能够执行一项一以贯之的行动计划,然而,这种行动计划之所以能够得到执行其原因是他几乎在执行此计划的每一个阶段上,都能够预期其他的社会成员做出一定的贡献”^[10]。由此,申言社会秩序,必然要考虑到个人行动与他人行动之间的关系,个人与他人之间的合作。民间法恰当地提供了人们之间交往过程中产生信任与合作的桥梁,在特定的区域中,作为经验产生并世代沿袭的民间法深刻地影响着人们的心理活动和行为模式,在特定场域中,人们可以根据民间法的规则近乎准确地预料和推测到对方的行为结果,并在此基础上采用适合的对策或以此为基础做出决定,在这些预期中,他们所运用的知识体系正是祖辈遵行、了然于心的规矩、习惯、风俗等民间规范。人是社会关系的产物,人的生存与发展离不开与社会、他人的交往。正如马克思指出:“人的本质是一切社会关系的总和”^{[11]60}，“社会关系的含义是指许多个人的合作,至于这种合作是在什么条件下,用什么方式和为什么目的进行的,则是无关紧要的”^{[11]66-67}。从这个角度来审视,不难得出,社会关系的核心本质即在于一种实践经验中的人与人之间的合作,此种合作既可以是直接的,亦可以是间接的。例如,通行于我国西北不少地区的“打平伙”习惯法制度。起初,“打平伙”只是人们之间为了增强友谊而发展出的一套相互交往的习惯,其由参与“打平伙”中的一人去附近村店买上一只全羊,而后,把羊价按在场的人数平均分开,每人在吃之前要交出一份相应的

份子钱。在这种类似于民法上的“按份共有”的权利的行使过程中,人们之间的交往活动便会渐渐地形式化、固定化、常态化,最终此种习惯法对于形塑社会成员间的共同社会秩序就开始发挥积极作用了,习惯法的这种秩序维系功能亦就渐渐凸显出来了。

人先天就有着一一种对于和谐秩序的诉求,此种诉求根植于人类生活本身的规定性,毕竟,人性是历史的一个组成部分,而历史的本身总是趋向于一种理性的秩序安排。人类为什么对于规则如此具有需要,一言以蔽之,其不仅是秩序本身继续的不得不然,而且亦是人性本性诉求的不得不然。民间法作为一类特殊的社会规范其秩序维系功能主要通过人们对人们信任关系的维系,对人们价值观念的影响而表现出来,而习俗、伦理道德观念等民间规范则是其主要作用方面。社会习俗和道德是以社会成员对一贯的、普遍的生活秩序、交往秩序、行为秩序的共同认知为根底的,其直接作用于人们的生活实践,在塑造秩序的过程中具有重要的作用。

习俗、习惯这样的民间社会规范是人们长期共同生活的必然产物,是人类群体组织相互间和与自然界各种物质条件发生关系后所形成的群体习性或习惯。这些规则一旦正式形成,便通过成文亦或不成文的方式作用于人们生活实践中,公共理性与秩序形态渐渐成形,随之,此种习俗、习惯也就成为了一定区域上、特定文化背景下某一群体的行为模式,它对人们行为的约束往往具有自发意识的成分。其产生于诸多并未明确意识到其所作所为有如此结果的人们的各自行动,因而它是无意识的人类行为的积累结果,是通过学习和模仿而传播沿袭下来的整个文化遗产^[12]。这些习俗、习惯包括共同的信仰,共同的祖先崇拜或共同的禁忌,共同的节日,共同的仪式礼节,共同的传说故事,甚至有共同的标志,共同的语言,即使在异乡,只要人们见到对方也遵从着他们十分熟悉的社会风俗,相互间就会产生强烈的认同感。这种秩序维系的功能已经不仅仅停留在民众的行为方式层面,而是进入到了群体成员的心理层面。

(三) 民间法的秩序保障功能——对伦理秩序的传承

我国自古以来是一个注重伦理的国度,通过不断的社会实践活动和发展,民间法在人们长期地改造主客观世界进程中,形成了以经验为基础的智慧积累成果,凝聚了各民族观念、意识的发展过程。作为民间法的表现形式之一的伦理规范,在传统社会中其内容最主要是关于家庭伦理方面的规范,主要

来源于宗教神谕、风俗习惯、血缘纽带和特权等级关系,是对人们在血缘、辈分方面的规定,也是评价人们行为是否得体的标准^[13]。

人自一出生始,就陷入了一个由地缘、血缘等质素共同形塑的关系网,该网也即基本圈定了一个人的生活习惯、价值追求,而这个网往往是难以被世俗理性所冲破的。传统民间法维系着宗法社会中的伦理秩序,但是即使在现代法治秩序中也不能忽略民间法及民间秩序的功用。现代法治秩序作为一种国家强制性秩序,是通过将外在性的行为规范具体地实施到现实生活中的行为来表达的,然而,要想使这种行为规范真正得到恪守与遵行,则脱离不了人们自身对其产生的一种自觉的信仰情怀,相较而言,作为以秩序生成为使命的民间法就显得必不可少,作为伦理、道德、习惯规范的表现形式,民间法蕴含着丰富的内涵,它的缺席可能会使我们的政治法律制度缺乏深厚根基而变得“不能承受之轻”,也可能使法治因缺乏亲和力而无法形成信仰基础^[14]。现代秩序的构建仰赖于道德、习惯、伦理秩序的强有力支撑和互动,当代社会秩序是无法离开自生、自发的民间法秩序而存在的,民间法讲求道德、关注人伦,正如民众的政府及其法律必须依赖于某种先于国家和人为的法律而存在的基本的道德秩序一样,只有在一种道德、人伦的理性秩序基础上,社会稳定的秩序才能有效地建立起来。

2012年11月份,笔者前往河北省沧州、衡水

等地就民俗习惯的司法适用情况进行了田野调查,并在该两市的12个村,对共计106位村民进行了访谈,当在问及“为什么你会遵循民俗习惯时”,基本上大家的回答都是“因为那是上一辈子传下来的。”为什么会如此回答,倘若从一个民间法的视角来解读并不难。民间法是一种生活经验,伦理、道德、习惯、风俗是其重要的表现形式,而伦理、道德、习惯本身就是一种秩序,民间法的内在规制力使得伦理、道德、习惯始终不脱离生活经验、地方性知识的框架,其为伦理秩序的传承提供了一种制度性保障。

与此同时,民间法所积累的经验与共识受到民众的认同,成为民众生活的一部分,得到群体性的遵守,同时对违反者加以制裁和处罚。它就是利用这种群体共同默认和遵守的民间法意识和规则去规范人们的思想和行为,调整群体中的人与人之间的关系,维系生产、生活秩序。从而使这些地区社会秩序井然,达到一种秩序的平衡状态。

当下我国在建构中国特色社会主义法治的秩序进程中,往往更多的是从国家法治秩序的视角来展开求思与求索,一种典型的政府推进型秩序塑造模式。通过上述对于中国传统民间法文化特质及现实功能的简要概述,我们深信,认真对待中国传统民间法,把握其精髓、体认其内核,不脱传统、兼顾现代,是我们建构中国特色的社会主义法治秩序、实现伟大中国梦的不二法门。

参考文献:

- [1] Adamson Hoebel E. The law of primitive man[M]. Boston: Harvard University Press, 1967: 26.
- [2] 曹锦清. 黄河边的中国[M]. 上海: 上海文艺出版社, 2000: 40-41.
- [3] 田成有, 李懿雄. 乡土社会民间法与基层法官解决纠纷的策略[J]. 现代法学, 2002(1): 121.
- [4] 凯尔森. 国家与法的一般理论[M]. 沈宗灵, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1996.
- [5] 卓泽渊. 法理学[M]. 北京: 法律出版社, 1998: 106.
- [6] 哈耶克. 法律、立法与自由[M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 2003: 500.
- [7] 哈耶克. 自由秩序原理[M]. 上海: 上海三联书店出版社, 1997.
- [8] 邓正来. 法律与立法的二元观[M]. 上海: 上海三联书店出版社, 2000: 17.
- [9] 埃里克森. 邻人如何解决纠纷[M]. 苏力, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1991: 286.
- [10] 邓正来. 自由与秩序——哈耶克社会理论的研究[M]. 南昌: 江西教育出版社, 1999: 22.
- [11] 马克思, 恩格斯. 马克思恩格斯选集(第1卷)[M]. 北京: 人民出版社, 1995.
- [12] 韦森. 社会制序的经济分析导论[M]. 上海: 上海三联书店出版社, 2001: 180.
- [13] 马长山. 法治进程中的民间治理——民间社会组织与法治秩序关系的研究[M]. 北京: 法律出版社, 2006: 131.
- [14] 马长山. 社会转型与法治根基的构筑[J]. 浙江社会科学, 2003(3): 13-15.

The Outline of the Chinese Traditional Folk Law

—Based on the Perspective of Legal Characteristics , Cultural Quality and Functions

YU Yuhe

(Law School , Nankai University ,Tianjin 300071 ,China)

Abstract: The origination history of the legal characteristics of folk law comprises the process of the development of legal thoughts from simplicity to pluralism.Involving the epitome and summary of life experience and with its multiple effective paths, Chinese traditional folk law has the special cultural quality that the state law does not possess. In the construction of the order of modern society, traditional folk law has three actual functions: first, in the generation of order, the folk law is the rule itself; second, in the aspect of maintaining order, the folk law affects the behavior of the people; third, in the aspect of protecting the order, the folk law inherits and develops traditional ethics as its historical mission. The construction of modern legal order needs to take into account Chinese traditional folk law.

Key words: legal culture ; folk law ; legal character ; culture character ; rational order

[责任编辑：孟青]



(上接第 109 页)

The United States’ Cyberspace Policy under International Law

ZHU Lu

(Department of International Relations ,Tsinghua University ,Beijing 100084 ,China)

Abstract:The United States’ cyberspace policy is mainly reflected in the documents from the government and the military. It has been almost 20 years since Executive Order 12864 of 1993 related to the development of the National Information Infrastructure was promulgated. Most government documents on cyberspace were issued by the White House, which barely touched upon international law. Their military counterparts range from documents from Department of Defense, the Army, the Navy and the Air Force to judge advocates’ references. Although these military documents did mention about international law, in-depth analysis were scarce. The United States’ cyberspace policy has experienced a long-term evolving process during which four tactics were employed and four characteristics were formed. International Strategy for Cyberspace, issued by the White House in May 2012, finally made it clear that the United States would adopt a radical cyberspace policy via connecting certain acts in cyberspace with using force in the real world. It will pose grave challenges to international law and international legal order for not only would the traditional concepts of territory and sovereignty be overthrew and the meaning of using force be expanded, but also the right to self-defense would be further abused and the international society be more reluctant to accept the definition of aggression. Moreover, the neutral institution in international law would be nullified, the responsibility settings in international law would be challenged, and the foundation of law of war would be destroyed.

Key words: the United States’ cyberspace policy; rights to self-defense; international law; law of war

[责任编辑：孟青]