

民间法与国家法的关系探究

——一种基于法律渊源视角的考察

于语和, 刘顶峰

(南开大学 法学院, 天津 300071)

摘要: 通过法律渊源之视角,发现国家法与民间法的关系尤为密切。近代以前,不少国家的成文法典完全就是民间法的汇编;近代以后,虽然立法技术不断提高,立法群体专业化、组织化水平不断改进,但国家法中还是予以民间法一定的认可。民间法与国家法共生、共长于同质的文化土壤,二者有着共同的对于和谐秩序的价值诉求。因此,只有理性把握好二者的关系,才能更好地服务于中国的立法、司法实践。

关键词: 法律渊源; 民间法; 国家法; 关系样态; 文化土壤; 理性把握

中图分类号: DF0-052

文献标识码: A

文章编号: 1009-3370 (2013) 05-0122-07

当前我国的民间法研究主要是从如下四个进路展开的:民间法的本体、民间法与国家法的关系、民间法与法律方法的关联以及民间法的司法适用。在民间法与国家法的关系这一研究进路中,我们发现不少学人都是自国家与市民社会的二元架构出发^①,一味强调国家法与民间法的对立,认为二者在本质上就是两套不同的“规范”体系,一旦承认民间法在司法实践中适用的正当性就必然会阻碍国家法治秩序的建立,极力倡导“强国家法而弱民间法”或者“只有国家法而无民间法”的司法逻辑。这种对于民间法与国家法关系的“先验式”错误定位,明显是缺乏对于二者关系的历史性追溯及客观性分析。民间法与国家法的关系难道就是对立的吗?民间法与国家法有无文化上的同质性?民间法与国家法能否同时被适用于司法实践?

带着这些问题,在本文中,我们尝试以法律渊源为考察视角,首先,梳理出民间法与国家法在历史不同时段所呈现出来的真实关系样态;其次,以中国为具体样本,来分析形成此种关系样态的文化背景及原因;最后,从民间法与国家法的共同价值诉求——和谐秩序——出发,探究法官在司法实践中应该如何理性把握二者的关系。

一、法律渊源视域下民间法与国家法在历史上的关系样态

法律渊源(Source of law),拉丁文表述为“fons juris”,在古罗马时代,其意大体包括如下两个方面:其一指古罗马法中哪些规范可以作为法官的裁判规范;其二是指国家对于法官援引国家法之外的规范的允许。近代以来,西方学者对于法律渊源也进行过各种各样的解释,但其中最具代表性的应为沃克,其认为法律渊源共有五层含义(亦可理解为五种类型):一是指法的历史来源,指产生特定法律的原则和规则的过去的行为和事件;二是指影响法律、促进立法及推动法律变革的一些理论或哲学原则;三是指法律的形式渊源,如议会以立法形式发布宣告,高级法院的法律解释,权威性法学著作,习惯、公平、正义的法律观念等;四是指文件渊源,即对法律规则做出权威性说明的文件,人们从中找到对法律的权威性阐述。五是指文字渊源,也就是法律文献,人们可以从中找到有关法律的信息,发现一些关于法律的非权威性解说^②。

中国学者周旺生教授对于法律渊源颇有研究,他认为法律的渊源是由三项基本要素构成的概念和

收稿日期: 2013-03-16

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@163.com

^①对于在中国民间法研究中,特别是在关于民间法与国家法关系的问题上,能否直接套用西方政治社会学意义上的“国家—社会”二分框架,我们认为是值得商榷的。因为,“国家—社会”这种二分框架主要是建立在西方的民主、自由、宪政等观念及实践基础上的,而传统中国人却是以家国同构、集体本位为观念基础,以人人向内用力、躬身反省为实践方式。换言之,无论是在观念还是在实践的表达上,中国人与西方人对于“国家—社会”的理解是截然不同的。有关于此问题的详尽讨论可参见:侯瑞雪.“国家—社会”框架与中国法学——以“国家法与民间法”研究为切入点[J]. 法制与社会发展,2007(3):152-158。

事物。这三项基本要素分别为：资源、进路和动因。所谓资源，是指法和法律制度是基于什么样的原料形成的，是基于习惯、判例、先前法、外来法还是基于道德、宗教戒律、乡规民约、政策、决策、学说之类形成的。所谓进路，是指法是基于什么样的途径形成的，是基于立法、行政、司法，还是基于国际交往形成的。所谓动因，是指法是基于什么样的动力和原因形成的，是基于日常社会活动、社会发展的需要，还是基于经济、政治、文化、历史之类作用形成的^[2]。

与上述两位学者多向度地对于法律渊源予以阐释及分类形成鲜明对比，当前我国不少法理学教材中，对于法律渊源往往只从正式渊源与非正式渊源来进行界分，且各种渊源的表述亦显得含混不清，究其源头，不少是受博登海默《法理学：法律哲学与法律方法》一书中对法律渊源定义的影响^①。

于此，以沃克关于法律渊源的五种划分为基础，结合周旺生教授关于法律渊源的构成要素理论，将法律渊源界分为立法渊源与司法渊源两大类。

（一）立法渊源视域下，国家法与民间法的关系

立法渊源所探析的是国家所立之法的来源，其又包括两个层次：低层次的是指具有强制效力的被载入成文法典中的条文；更深层次的是指法典中的条文的终极来源。换言之，其不仅要考虑各种现成的资源，而且还得追溯现成资源的来源。

历史上，不少国家都有着将民间法视为国家法立法渊源的传统，此点，不仅体现在立法者所立的法典条文中，就是法学家的著作中也多有表述。

如查士丁尼的《法学总论——法学阶梯》即写道：“古老的习惯经人们加以沿用地同意而获得效力，就等于法律^[3]。”历史法学派代表人物萨维尼曾指出，“立法者在制定法律时，或会受到强有力的国家理性的影响，但是从根本上而言，习俗和民众的信仰是立法者所制定的法律的来源^[4]”。恩格斯指出：“在社会发展的某个很早的阶段，产生了一种需要；把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来，设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯，后来便成了法律^[5]。”法国的布律尔亦指出：“自

广泛的意义上言，“习惯法”在暗中制定新的法律，犹如植物和动物还未出生时的潜在生命，它是法律规则的生命力，它的应用范围是无限的，它并非法律各种渊源中的一种，可以毫不夸张地说，它是法律的唯一渊源^[6]。”

在立法实践上，公元前18世纪，迄今发现最早最完整的成文法典《汉谟拉比法典》，就是一部对于两河流域的习惯法的汇编。

例如，《汉谟拉比法典》第196条规定，“倘自由民损毁任何自由民之子之眼，则应毁其眼。”第197条规定，“倘彼折断自由民[之子]之骨，则应折其骨^[7]。”

这两条条文所涵括的意思，若用一句话概括即是“以牙还牙、以眼还眼”，一种典型的“同态复仇”观念。这种“同态复仇”的习惯早在《汉谟拉比法典》颁行前就通行于两河流域，一旦被法典所吸收，就由“习惯”而变成了“法律”。但无可否认的是，这些法律条文在本质上还是一种“习惯”，只是有了国家的强制力作为其后盾罢了。

在《汉谟拉比法典》中随处可见对于两河流域的“习惯”的吸收，这里再列举2条。如其第131条规定：倘自由民之妻被其夫发誓诬陷，而她并未被破获有与其他男人同寝之事，则她应对神宣誓，并得回其家^[729]。第102条规定：倘塔木卡（商人）以银贷与沙马鲁（为商人服务之行商）而不计息，而沙马鲁于所至之处遭受损失，则彼应以全部本金归还塔木卡^[722]。这两条其实就是对于当时古巴比伦人的敬神习惯、借贷习惯的采纳。

公元5世纪后期，法兰克王国墨洛温王朝的创始人克洛维在其统治后期，对萨利克法兰克人口耳相传的民俗、习惯进行了汇集和整理，经多次讨论后形成了《萨利克法典》，并于公元507年左右予以颁布，后又经多次删定修改。

《萨利克法典》共分为65章，内容涉及面较广，但是体系排列却较为混乱，主要是采用了列举法，其中盗窃就有很多罪名，如盗窃猪、盗窃牛、盗窃山羊、盗窃绵羊等。杀人罪也有很多种，如自由民犯杀人罪、团伙犯杀人罪等。

有学者在研究《萨利克法典》后得出结论认为：“《萨利克法典》根本上反映的就是法兰克人日常生

^①博登海默将法律界分为正式渊源与非正式渊源明显是受到格雷(John chipman Gray)的影响，格雷将法律渊源视为法官在司法过程中所引用的那些法律的或非法律方面的资料，其列举了五种法律渊源，分别是“立法机关颁布的法令”、“司法先例”、专家意见、习惯、道德原则等。博登海默是在批判继承格雷关于法律渊源理论的基础上，做出了如上的界分。这种分类方式明显不适合于我国立法的基本精神。于此试举一例，如我国《物权法》第85条规定：法律、法规对处理相邻关系有规定的，依照其规定；法律、法规没有规定的，可以按照当地习惯。试问，若当法律、法规有规定时，此刻的“习惯”到底是属于哪种渊源？正式渊源？非正式渊源？显然是难有定论了。关于博登海默对法律渊源的表述，详请参照博登海默《法理学：法律哲学与法律方法》[M]，邓正来，译。北京：中国政法大学出版社，2004：428-430。

活的一些片断,如杀人抢劫纵火、小偷小摸、邻里纠纷、争吵斗殴等,其民事刑事不分,相互杂糅,类似于某种集体使用的乡村调解手册,而不是引经据典的罗马式法律^[85]。”《萨利克法典》就是对于当时包括萨利克在内的汪达尔、勃艮第、伦巴第、西哥特等部族的民俗、习惯的汇编。

近代以来,随着立法技术的提高、立法群体的组织化水平的发展,尤其是在大陆法系国家,似乎很难找到类似于中世纪甚或中世纪以前那种纯粹意义上的习惯法汇编的法典。但是,我们还是可以清晰地看到,不少国家在成文法典中都予以了民间法一定的认可。

如《法国民法典》第6条规定:“任何人不得以特别约定违反有关公共秩序和善良风俗的法律。”《德国民法典》第138条规定:“违反善良风俗的行为无效。”《日本民法典》第92条规定:“有与法令无关公共秩序的规定相异的习惯,如果可以认定法律行为当事人有依习惯的意思时,则从习惯。”1907年的《瑞士民法典》第1条规定:“本制定法统管属于本法任何一条法令的文字或精神之内的所有事务。在缺乏可适用的法条时,法官应依据习惯法,并且在缺乏习惯时,依据若法官是立法者将会制定的规则来宣告判决。然而,法官应从得到学者的学说和法院的法理——学说和法理——验证并受到尊重的解决办法中汲取自己的启示。”

传统中国在社会结构、法律文化、经济基础等方面与西洋国家有着很大的差异,所谓小农经济盛行、家国实为同构、专制主义根深、法治主义不盛。但是肇始于百多年前的清末变法运动,一场意在建构现代政治、经济、法律文明共同体的对于西方国家“法律移植”的运动,伴随着梁漱溟先生的“中国问题”一波三折、一叹三唱。然而尤为吊诡的是,求诸历史,无论是官方还是民间,虽在移植西方法律之进程中,不断套用西方法律原则,照搬西方法律规则,即便如此,基于法律条文局限性之考量也好,立于法制体系之建立也罢,我们还是能发现在各时期法典中对于民俗习惯的认可。

如《大清民律草案》第1条规定:“民事本律所未规定者,依习惯法;无习惯法者,依条理。”1929年,民国政府公布的《民法总则》第1,第2条分别规定:“民法所为规定者,依习惯,无习惯者,依法理。”“民事所适用之习惯,以不背于公共秩序或善良风俗者为限。”新中国建立后,1950年颁布的《婚姻法》第5条规定:“男女为直系血亲,或为同胞的兄弟姊妹和同父异母或同母异父的兄弟姊妹者,禁止结

婚;其他五代内的旁系血亲禁止结婚的问题,从习惯。”1982年《宪法》第4条规定:“各民族都有使用和发展自己的语言文字的自由,都有保持或者改革自己的风俗习惯的自由。”1987年的《民法通则》中也明确规定:“民事活动应当尊重社会公德。”1999年《合同法》第61条规定,“合同生效后,当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的,可以协议补充;不能达成补充协议的,按照合同有关条款或者交易习惯确定。”2007年《物权法》第85条规定,“法律、法规对处理相邻关系有规定的,依照其规定;法律、法规没有规定的,可以按照当地习惯。”

(二)司法渊源视域下民间法与国家法的关系

所谓司法渊源,意指在司法过程中,法官究竟据何“法”而法,换言之,此乃重点关注的是法官在司法过程中对于“法律”——即究竟是考虑国家法还是民俗、习惯等民间法——的选择问题。

学者们对于中国古代县官在司法实践中究竟运用哪种“规范”断案一直存有争议,有学者认为中国古代县官是以民间法为唯一司法渊源的,也有学者认为中国古代县官是以国家法为唯一司法渊源的,还有学者认为中国古代县官的司法是一种糅合了国家法与民间法的“综合法”适用过程。

以清代司法为例,第一种观点以日本学者滋贺秀三为代表。滋贺秀三在《中国法文化的考察》一文中写道:“中国古代社会在解决民事纷争时,根据‘情理’,融通无碍地寻求具体妥当的解决就是地方官的职分^[9]。”之后,他指出中国清代的司法官基本都是靠情理这些民间法来断案的,特别是在民事纠纷的解决中,情理是司法官的唯一司法渊源。

第二种观点以黄宗旨教授为代表,他认为,清代的民事裁判基本上是以法律为准据的。他以淡新、宝坻、巴县三大档案为基本史料,通过研究后最终得出:“清代的县官们事实上是按照法律在审判案件的^[10]。”

与上述两位学者的观点不同,何勤华教授认为中国古代司法是个糅合了国家法与民间法的“综合法”的适用过程。他在研读《刑案汇览》、《驳案新编》、《汝东判语》、《吴中判牍》、《樊山判牍》、《徐雨峰中丞勘语》等一批有代表性的清代判例汇编的基础上提出:“在清代,不仅《大清律例》等国家正式法典在‘法院’审判活动中得到严格遵守,而且习惯、情理、民俗等也是司法官判案的重要依据^[11]。”

我们基本赞同何勤华教授的观点,因为通过大量的档案材料以及其他史料都可证明,在中国古代

的司法实践中,法官们不仅以国家法为准绳,而且还会适当参酌民间法。如下一则发生在清代的典型案例即是对此观点一个较好的证明。

张杨氏与丈夫年老无嗣,早年抱夫家胞侄张安孝承嗣,并为张安孝配妻王氏。张安孝不幸亡故,张杨氏再抱张安孝的堂兄张安平承嗣,继与王氏婚配。张杨氏之夫堂弟张德奇、张天奇等家族众人趁张杨氏之夫于二个月内亡故,图分其绝产,并逐安平出宗,族中调解和息不成,双方分别于光绪二十一年三月初二日、十七日互控在案。

四月十五日知县讯断后堂谕:张杨氏既抱张安平承嗣,不应与伊寡媳王氏成配。况张安平兄霸弟妇,实属乱伦颠配,大千例禁,即予笞责,以儆其非。且查张学奇、张安志均系亲属,不惟不劝阻,胆敢从中作媒,于例不合,亦即惩责。本应照律究办,姑念乡愚无知,均免深究。其王氏听其另嫁,免生事端。致于张杨氏,孤寡年老,乏人侍奉,着令张德奇等亲属另选昭穆相应之人承嗣^[12]。

在上述案例中,一方面,该县官肯定了“张安孝配妻王氏”再嫁王安平这一行为属于“乱伦颠配”,是应该大千例禁的。另一方面,县官又不得不考虑本地存在的“转房”习惯(有清一代,四川各地“转房”的民俗习惯较为普遍)。综合权衡后,县官判决,予以张安平、张学奇、张安志等人惩戒,这表明县官对于国家成文法的尊重以及依“律”断案的态度^①。同时,又通过“姑念乡愚无知,均免深究”的委婉措辞,暗中认可了民俗习惯,为民间法的适用留下了余地。其实,这种司法处理技巧在中国古代的县官司法中很是常见,他们似乎总是能在国家法与民间法之间寻找到一个有效的契合点,使得二者在司法实践中实现有机统一。

虽然当下中国已经初步建立起了中国特色的社会主义法律体系,至少从法律形式上看,我国与西方国家的差距已经明显缩小,但是,在司法过程中却始终还保留着不少传统的“中国特色”。2011年9月,我们在甘肃省南部县人民法院实证调查时,亲身体验了某法官审理的一起因赡养义务而发生的纠纷,其案情大致是:

原告刘至强、王雪梅生有两子两女,现均已结婚成家,两子分别在本村不同地方盖了二幢房子,生活条件较好。后来,原告刘至强半身不遂、王雪梅患上了心脏病,就在两原告向其大儿子刘宝阳、小儿子刘宝坤申请给付赡养费时,遭到了刘宝阳、刘宝坤的拒绝。两位原告无奈,只能诉至法院。原告诉称,被告大儿子刘宝阳、小儿子刘宝坤不履行赡养义务,请求判令二位被告承担两位原告全部的医药费、护理费,并要求两位被告分别每人每月给300元钱作为两位原告的生活费。

被告辩称,医药、护理费用不应只有他们两人承担,应该由包括他们在内的原告的四位子女共同分担。

某县法院经审理后认为:根据《中华人民共和国婚姻法》、《中华人民共和国老年人权益保障法》等法律的规定,本案两位被告应与原告的两个女儿一起对两原告承担赡养义务,但是鉴于当地存在着“嫁出去的女”就不是“自家人”的民俗习惯,两个女儿可以适当少承担一些赡养费用。判决后,原、被告皆表示服从判决。

事后,参与该案审理的马庭长向我们讲述了这样判决的理由,他说道,像这样的案例,在我们基层法院是非常常见的。在这个案例中,一方面,两位被告都认为,只有儿子才是自己人,女儿已经嫁出去了,就不是自家人了。因此,让儿子而不是女儿来承担赡养费是天经地义的。另一方面,儿子们其实也知道他们有着义不容辞的赡养义务,但又不愿承担这么多的费用。作为基层法官来讲,在这种情况下,完全按照国家法来判当然是可以判的,但是这样判的结果势必会两败俱伤。毕竟大家都是一家人啊,低头不见抬头见。所以,我们就必须以国家法为依据,适当考虑民间法。一方面,承认原告请求给付赡养费的行为是合法的,肯定被告提出的由原告四个子女共同承担赡养费的建议。另一方面,从本地的民俗习惯出发,要求儿子相应多承担一些费用。只有这样的通盘考虑,才能真正的解决纠纷。在我们基层社会,不少官司都发生在乡邻亲朋之间,因此,法官们不仅要考虑案结了事,而且还要争取使原先

^①当时的《大清律例》对“转房”是明确禁止的。《大清律例》“户律·婚姻”的“娶亲属妻妾”条规定:若收父、祖妾及伯、叔母者,(不问被出、改嫁)各斩。若兄亡收嫂、弟亡收弟妇者,(不问被出、改嫁、俱坐)各绞。

受伤的人际关系得到恢复。只有法律效果与社会效果都统一了,才能称得上是真正的好法官^①。

二、形诸民间法与国家法关系的文化土壤: 中国样本的解读

如上透过法律渊源之视角,厘清了民间法与国家法在立法渊源、司法渊源两种场域中的关系样态,从立法渊源上来看,无论古今、亦或中外,或者国家所立之法干脆就是当地习惯、民俗之汇编,或者国家所立之法中对于民俗习惯予以一定的认可;从司法渊源上来看,法官们往往会运用整体性思维,在严格恪守国家法之余,综合权衡法意与人意、法理与情理,灵活运用民间法,将民间法与国家法“并行不悖”地运用于司法实践。

其实,自法律发生学的角度审视,民间法与国家法作为法律的两个不同“面相”,其共同之源头则为初民社会的禁忌与习惯。进入文明社会伊始,一部分对于稳定社会秩序、规范成员行为功效颇大的原始习惯,往往就被统治者吸收抑或改造而成国家法;另有一部分习惯则继续“散落”在各部落单元,为其成员们所信奉、所恪守,最终汇集而成了民间法。因此,民间法与国家法虽作用范围不同、表现形式殊异,但都在稳定社会秩序、促进人际和谐等方面发挥着各自的功用。

以中国为例,民间法与国家法在立法、司法渊源上之所以会如此关系紧密,其根本在于民间法与国家法都内生于中国之传统文化中,都是自同质的文化土壤中孕育出来的“规范体系”。

(一)传统中国社会的家国同构——孕育民间法与国家法的社会基础

历史上的中国,高山巍峨、地大物博、风光秀美,优越的地理环境、多姿的社会生态,庶民百姓丰衣足食,乡里邻里一片井然。所有这些因素,使得传统中国在生产力较为低下、生产关系较为简单的阶段即迈入了文明时代。彼时,囿于对自然的认识有限,人们往往单独活动不多,群体依附蔚成主流。因此,即便在原始社会进入国家之际,中国之个体家庭和私有制也没能充分发展起来,家庭血缘关系在阶级社会中一直被存留,并和等级制度有机相连,演变而至宗法等级制度。这个制度与政治关系的紧密结合,形成了中国特有的家国同构的社会体系。

在家国同构之格局中,家族是家庭的扩大,国家则是家族的扩大和延伸,家是小国,国是大家。由此出发,传统中国社会注重人的社会义务,而忽视

个人的权利;重视集体、大局的利益,而要求作为社会成员、家庭成员的个人不计个体得失。处于这种社会环境下的个体成员之间的利益之争,必然会被家庭、家族、社会的责任重压,以及“家丑不可外扬”的集体荣誉观念所压抑^{[13][13]}。

这种由家国同构而衍生的宗法伦理,在中国传统民俗习惯中处处可见,《尚书·洪范》中有所谓“天子为民父母,为天下王。”大儒董仲舒也倡言“天子父母事天而子蓄万民”。心系家庭、服从家长,循守大宗小宗之准则,牢记尊卑长幼之关系,重孝悌、尊老幼,恪守孟子所谓的“长幼有序,夫妻有别,父子有亲,君臣有义,朋友有信。”不单民间,就是在传统中国法典之代表作《唐律疏议》中亦载道:“王者居宸极之至尊,奉上天之宝命,同二仪之覆载,作兆庶之父母。为子为臣,惟忠惟孝^[14]。”

无论是民间对于家国关系的认知,还是国家对于家国关系的定位,我们都不难看出,由家而出的“家法”与由国而出的“国法”,虽形式上为一种“二元法律体系结构”,但究其实质来看,家法视为国法的一个小的组成部分,国法是家法的整体概括与延伸。

近代以来,特别是一百多年前肇始于清末的变法运动,其意为传统中国罩上现代法律样衣,接续而至的民国、共和国也因应时势大规模地移植西方法律,但法制实践却一再证明了对于中国传统社会结构、传统社会基础的体认不深甚至不清,忽略国家法养成的社会结构基础,否认民间法与国家法之间的同质性,一味自西方国家移植法制、照搬法理,最终必然出现“关公战秦琼”,一种时间“错位”上的闹剧了。

当下中国,虽然正处于社会转型之中,传统“乡土社会”正在向“市民社会”迈进,民间法似乎在形式上有被国家法替代的“危险”,但是,所谓传统,并非意味着一成不变,也并非意味着完全改变。民间法作为一种传统,是不会因为社会转型而突然改变的,其中缘由一如伽达默尔所说:“传统确实是被存续的,但却是有选择地被存续,是在历史变化中主动地被存续的。这也就是为什么历史上有的东西历久弥新,而有的东西却很快就湮没无闻了。我们始终处在传统中,而传统始终是我们的一部分^[15]。”

(二)传统中国儒家的以礼为本——民间法与国家法的共同道德根基

民间法与国家法共生于家国同构的社会土壤之中,同时,若自思想之深邃视角洞察,民间法与国

^①2011年9月16日,甘肃省南部县马进武法官访谈录(依照法律社会学的惯例,对文中的地名、人名进行了化名处理)。

家法还共长于同质的“道德根基”之上,此道德根基非他,即“礼”也。

历史上关于“礼”的定义及本质历来众说纷纭、意见不一。较为具有代表性的是许慎在《说文解字》中对于“礼”的阐释,“礼”者,履也,所以事神致福也^[16];近代王国维先生通过对“礼”字的考察,认为“盛玉以奉神人之器,谓之若丰,推之而奉神人酒礼亦谓之礼,又推之而奉神人之事,通谓之礼”,对礼起源于祭祀予以了肯定^[17]。

“礼”原本只与祭祀有关,但自阶级社会出现后,人类便开始有了等级之分,宗教祭祀也随之出现了身份的限制,于是,作为宗教祭祀仪态的“礼”便有了身份等级制度的意蕴。后来,儒家“礼”的思想成为正统后,国家的典章制度越来越多地出现以弘扬道德、维护纲常为出发点和目的的内容。礼是社会公认合式的行为规范,礼的基本内容既是国家法的精神内核和道德取向,又是民间法产生的思想基础和价值内涵。“礼”是儒家学说的核心范畴,它是一种社会政治理想,也是一项伦理道德原则与规范。“礼”既在社会政治生活中具有普遍的大法和纲纪性质,又具有人伦道德属性,具有整饬、安定社会秩序、矫正人性的作用^[18]。中国传统上的成文立法,往往也会以礼为本,如《唐律疏议》卷首即指出:“德礼为政教之本,刑罚为政教之用,犹昏晓阳秋相须而成者也。”由“礼”之思想基础衍生出来的影响传统中国人至深的一个观念即“无讼”,孔子曰:“听讼,吾犹人也。必也使无讼乎?”,“无讼”不仅构成了中国传统民间法的一个目标指向,也构成了国家法的最高价值追求,如清代的《钦颁州县事宜》中曾记载:“州县官为民父母,上之宣朝廷德化,以移风易俗;下之奉朝廷法令,以劝善惩恶。……由听讼以驯至无讼,法令形而德化与之俱行矣^[19]。”

民间法与国家法都共生于中国传统文化土壤中,文化本来就是传统,不论哪一个社会,绝不会没有传统的^[20]。因此可以说,无论历史怎样演进、经济、政治如何发展,民间法与国家法在本质上始终具有同根性,也即二者都是传统文化土壤内部衍生出来的质同、形不同的“规范”体系。

三、民间法与国家法关系的理性把握: 以司法实践为例的说明

上述我们以历史为线索,描绘了传统民间法与国家法的关系“图谱”,并以中国为样本揭示了民间法与国家法共同的文化基因,但这只是一种客观层面的描述,从价值意义上看,民间法与国家法都以

“和谐”秩序的达致为最高诉求。如何才能让民间法与国家法在和谐秩序的建构中并行不悖地发挥最大效能,这离不开立法、司法实践中对于二者关系的理性把握,限于篇幅,下面我们仅以司法实践为例来对如何把握二者关系予以简单说明。

举凡涉及到公法关系的司法实践,如基本人权保障、刑事犯罪等,必须要树立国家法的权威性。法官在司法过程中,要不依不饶地以事实为依据、以国家法为准绳,防止当事人借口民间法来规避法律、逃避罪责,始终坚持国家法的优先性、唯一性。

在私法关系的司法实践中,往往存在着国家法与民间法都可适用的情形,黄宗旨教授将这种法的适用领域称之为“第三领域”。在第三领域内,国家法与民间法之间不存在价值判断上的高低之分,法官在保证国家法律制度对某些案件具有最终解决权的地位下,到底选择适用何种救济机制,可让当事人从本身利益出发作出决定^{[21][31]}。

此外,由于我国是个统一的多民族国家,民族风俗、习惯各异,区域性特色明显,有基于此,我国《宪法》、《立法法》、《民族区域自治法》中对于少数民族地区在立法权上的变通权都予以了一定的认可。具体到司法实践中,法官首先还是要厘清案件性质到底是公法关系还是私法关系。在私法关系的案件审理中,如婚姻彩礼、相邻关系、继承等,法官一般要优先考虑适用民族习惯法,但不能忽视的是,务必要确保该习惯法与国家宪法及基本法律的原则或精神不相抵触。在公法关系的案件审理中,如盗窃、抢劫、杀人等,法官们一定要从国家法的基本规定出发,恪守罪刑法定、罪责刑相适应以及适用法律一律平等的原则,准确定罪量刑。

综上所述,纵观百年来的中国法制化进程,其实质就是一场由国家主导的移植西方法制的“运动化”进程。客观而言,该“运动”对于国家法律体系的建构以及民众法治思维的树立都大有裨益。但如果仅仅以为中国法制体系的建构即是一个形式意义上的成文法体系的建构,中国理想法制秩序的达致仅靠适用国家法即可实现的话,那只能说,我们还没有真正的理解民间法与国家法的渊源关系及共同价值追求。

民间法生于传统、长于传统,在中国传统秩序的维持中起着尤为重要的作用。当下中国正处在社会转型之中,现代与后现代接续而至,且正在上演着一幕“共时性交集”的活剧,但是,通过上述对于民间法与国家法关系的清晰梳理,我们发现,无论什么时代、社会怎样转型,民间法与国家法都不是

截然对立的,二者有着共同的文化根基、共同的价值诉求。问题的关键是,怎样才能从民间法与国家法的现实关系出发,设计出一套优良的制度体系来

保证民间法能更有效地服务于中国未来的立法、司法实践,相信这离不开我们所有学人的努力。

参考文献:

- [1] 戴维·M·沃克. 牛津法律大辞典[M]. 李双元,郭玉军,张茂,等,译. 北京:法律出版社,2003:1048-1050.
- [2] 周旺生. 重新研究法的渊源[J]. 比较法研究,2005(4):3-4.
- [3] 查士丁尼. 法学总论——法学阶梯[M]. 张企泰,译. 北京:商务印书馆,1997:11.
- [4] 萨维尼. 论立法与法学的当代使命[M]. 许章润,译. 北京:中国法制出版社,2001:11.
- [5] 恩格斯. 论住宅问题[C]//马克思恩格斯选集(第2卷). 北京:人民出版社,1972:538.
- [6] 布律尔. 法律社会学[M]. 许钧,译. 上海:上海人民出版社,1987:39.
- [7] 世界著名法典汉译丛书编委会. 汉谟拉比法典[M]. 北京:法律出版社,2000.
- [8] 汪丽红. 萨利克法典与法兰克早期社会[J]. 历史教学问题,2010(5):47-53.
- [9] 滋贺秀三,寺田浩明,岸本美绪,等. 明清时期的民事审判与民间契约[M]. 王亚新,范愉,陈少峰,等,译. 北京:法律出版社,1998:13.
- [10] 黄宗智. 清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践[M]. 上海:上海人民出版社,2007:189.
- [11] 何勤华. 清代法律渊源考[J]. 中国社会科学,2001(2):116-125.
- [12] 刘昕杰. 引情入法:清代州县诉讼中习惯如何影响审判[J]. 山东大学学报:哲学社会科学版,2009(1):18-23.
- [13] 于语和. 试论“无讼”法律传统产生的历史根源和消极影响[J]. 法学家,2000(1):113-117.
- [14] 长孙无忌,李绩,于志宁,等. 唐律疏议[M]. 刘俊文,点校. 北京:中华书局,1983:3.
- [15] 汉斯·格奥尔·格伽达默尔. 诠释学 I: 真理与方法——补充和索引[M]. 洪汉鼎,译. 台北:台湾时报文化出版有限公司,1993:382-387.
- [16] 许慎. 说文解字[M]. 北京:中华书局,1963:7.
- [17] 黄宛峰. 礼乐渊薮:礼记与中国文化[M]. 开封:河南大学出版社,1997:21.
- [18] 于语和. 寻根——民间法絮言[M]. 北京:清华大学出版社,2012:158.
- [19] 张中秋. 中西法律文化比较研究[M]. 南京:南京大学出版社,1999:336.
- [20] 费孝通. 乡土社会[M]. 北京:北京出版社,2009:75.
- [21] 田成有. 乡土社会中的民间法与国家法[J]. 开放时代,2001(9):28-34.

The Research on the Relationship between Folk Law and State Law

—A Study Based on the Perspective of Sources of Law

YU Yuhe, LIU Shunfeng

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

Abstract: Through the perspective of the sources of law, we find that the relationship between the state law and the folk law is particularly close. Before modern times, the state law in many countries was entirely a collection of folk laws. Since modern times, although legislative techniques, levels of specialization, organization of the legislative body have been improving all the time, folk law is still recognized by state law to a certain degree. The state law and folk law have coexisted in homogeneous and symbiotic culture soils. They share the common value in the pursuit of harmonious social orders. Therefore, only if we have a rational understanding of their relationship, can we serve China's legislation and judicial practices better.

Key words: sources of law; folk law; state law; relationship style; culture soil; rational understanding

[责任编辑:孟青]