

[田成有]乡土社会中的国家法与民间法

作者: [田成有](#) | [中国民俗学网](#) 发布日期: 2010-01-17 | 点击数: 1866

[内容提要]在传统乡土农村,国家法是萎缩的,民间法则显得活跃与兴盛。在社会的转型时期,国家法与民间法仍同时存在,共同发挥作用。本文将系统分析国家法与民间法在乡土农村的冲突与转化,立足于依法治国的大前提,从社会学的角度探讨民间法调控的范围、缺陷以及民间法存在的价值。

In traditional Chinese rural areas, the state law has been far outperformed by the folk law. In the current transitional period, the state law and the folk law co-exist and function together. This paper probes into the interactive relationship between the state law and the folk law, and tries to define the value, scope of validity and deficiencies of the folk law in light of the priority of the rule of law on the state level.

可以这么说,传统乡土社会从整体上讲是在疏离和削弱国家法,国家法是萎缩的,民间法显得活跃与兴盛。但进入80年代以来,以推行家庭承包制为开端,乡村的经济体制和社会状况发生了重大变化,商品经济的发展促进了人们权利意识、主体意识、平等意识、契约意识的觉醒和不断强化,激发了人们对自身合法权利寻求法律保护的内在要求,特别是依法治国方略的确立,“三五”普法教育的影响,各种法律、法规的出台与实施,现代农村正摆脱“纯粹”传统乡土的意味,法律这一神圣的外在的东西,在农村也不是“纯粹”的“不入之地”,因而,从总体趋势上讲,社会的转型变迁,农村现代化进程中对现代性因素的认同,“民间法”本身固有的缺陷,国家法制统一的必然要求,都必须确保国家法在乡土社会的全面控制,但是大量存在于农村的各种民间法又是客观存在的事实,是社会普遍共同认可的不成文的行为规范,它既简单又能帮助农民获得最大的效益,成为“内化”为村民心中非常管用的制约机制。显然,这些民间法,在短期内还不会按照我们学者推导的逻辑和理性需要,想当然地将其逼出农村这块领域,而完全让位于国家法的调控。面对社会呈现的二元对峙状况,我们该如何建立一套适合于乡土农村社会多元行为标准、多元秩序或多元社会文化形态的法律互动机制?如何看待和处理国家法与民间法的对峙与互动?国家法是给民间法留出相应的空间,还是通过国家强制力对其进行控制,以在短期内达到法治统一的目标?如何建构现代农村的法治秩序?这些问题,就是我在本文中需要加以探讨和深思的“真问题”。

一、什么是民间法?有无民间法?

严格说来,从马克思主义关于法律的国家立场看,民间法不是法律,而是一种规范。民间法这一提法是从社会学或人类学的角度分析的,本文中所述的民间法主要从这一角度分析,它只能限定为学者们分析问题时的一个分析性概念使用,而不能把它当成是一个与国家法相对应的分类概念使用,或者说,它只能限定在有价值上、学理上的意义,而没有功能上的和文字上的意义。对民间法这一提法要慎重。因为,(1)来自于西方社会语境中的多元法的思维、存在非国家法的认识是否非常适合和有利于中国的法制建设?(2)如国家法之外存在各种各样的非国家法,社会无疑被切割成无数的“法律碎片”,完整的法律无疑被肢解为各种各样的“零部件”,我们又如何来整合它们与国家法之间,“法律碎片”之间可能存在的冲突?(3)当一个社会存在两个或更多的法时,当发生国家法与民间法之间的冲突时,当纠纷纳入司法程序解决时,民间法到底还有多少合理的价值?或者说在多元的法律制度中,法院应持的立场是什么?他们如何理解和预料哪种法律可能对他们带来更好的结果?这些问题都是学术界有待探讨的,既然是探讨,为便于探讨,本文仍然使用民间法这一概念。

于是,我们把在乡土社会活生生存在的这种礼俗、人情、习惯、族规、族法等称为中国式的“民间法”,什么是民间法呢?借用梁治平先生的观点加以阐释,梁先生认为,在中国传统语汇中,与“官府”相对的是“民间”,因而在国家法之外,可用“民间法”的概念来作区别,他说国家法“可以被一般地理解为由特定国家机构制定、颁布、采行和自上而下予以实施的法律”,而民间法主要是指“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,因而具有自发性和丰富的地方色彩”。他指出国家法在任何社会里都不是唯一的和全部的法律,无论其作用多么重要,它们只是整个法律秩序中的一个部分,在国家法之外、之下,还有各种各样其他类型的法律,它们不但填补了国家法遗留的空隙,甚至构成国家法的基础。人们一旦有逾越行为,就会受到来自族长为代表的宗族势力和来自本村社会共同体的谴责、蔑视和惩戒,其方式有的是加以贬抑,使其名望下降,在乡邻中抬不起头;有的是加以制裁,使其利益受到损失,如重罚和多出劳役等,严厉的惩戒,有的还可以处死。这些人情、礼俗、宗法、习惯或有明文规定或相约俗而成,它具有多样的形态,“它们可以是家族的,也可以是民族的;可能形诸文字,也可能口耳相传;它们或是人为创造,或是自然生成,相沿成习;或者有明确的规则,或者更多地表现为富有弹性的规范;其实施可能由特定的一些人负责,也可能依靠公众舆论和某种微妙的心理机制”^①乡民们在对待和处理公共生活的冲突和纠纷时,宁愿求助于区域内的人情和礼俗,而不愿求助于国家的“王法”。梁先生关于民间法的阐释应是比较精辟和到位的。

二、民间法存在的范围与价值

在国家法与民间法的关系中,从理论层面上分析,国家法强调集中与统一,具有自上而下的特征,而民间法则表现出分散与不系统,具有由下而上发展的内生表现;国家法突出对国家政府权威的维护,而民间法更多地体现社会中个人或群体的自我利益;国家法强调对社会事务、国家事务进行控制和规范,民间法则与民众日常的事务、身边的劳作生活紧密相关。因此,国家法与民间法有和谐一致的一面,但也存在差异、对立乃至矛盾、冲突。从实际的经验生活层面分析,由于历史的、自然的、文化的等因素制约,不论我们今日的社会显得多么“现代化”,然而更多的乡土农村仍具有一定的分散性和封闭性,仍处于与中心城市相对应的边缘地带,加之国家法对乡土农村的调控还有一定的距离与难度,国家法自

身的存在缺陷和供给不足，因而，民间法也会在一定条件下成为国家法的替代而发挥作用，特别是在老、少、边、穷的农村就更是如此。

能否这样认为，在中国转型期“二元结构”的实际条件下，我们对国家法的理想期待还不能一下子拔高，也就是说我们不能完全指望通过国家法来解决农村问题。民间法的存在，代表或满足了一定区域、一定人员的法律需求，有其合理的价值和生存的时间、空间基础，在法律还不健全、不完善的初级阶段，允许民间法与国家法发挥作用是应当的。诚如R·赛登所说，“这些规则尽管从来没有被设计过，但保留它对每个人都有利”^②。从好的方面讲，习惯、民俗作为乡土社会自发秩序的规则系统，这套传统或地方性知识是经由不断试错、日益积累而艰难获致的结果，是人们以往经验的总结，是长期演进的产物。如哈耶克所讲的，“我们几乎不能被认为是选择了它们；毋宁说，是这些约束选择了我们。它们使我们得以生存”^③如此说来，善待一些好的、被大家公认的有效民间法就是任何一个国家都必须的、应当的。

善待民间法也是由我国的国情决定的。在我们对一些落后的乡土农村进行调查的过程中，我们发现各地普遍沿袭、保存、使用着大量的习惯，对习惯、习俗等民间法的遵循大大超过了对法的呼唤，国家法往往还处于次要的补充地位，人们接受、应用法律的能量、频率都比民间法低下，在一些农村，由于国家法宣传的面较窄，农民对习惯、民间法、村规民约等“家喻户晓，老幼皆知、人人信守”，因而有把民间法看成比国家法还重的现象，在一些极个别地方，甚至民间法有大过国法的倾向。可见，我国法制的统一，依法治国的推进和普法的宣传，并不能改变各地区的特殊性，并不能完全消除和抛弃人们心目中认可的习惯，民间法仍有自己存在的根基和土壤，我们还不能以我们所谓现代人和现代法治的眼光去指责和讥讽他们的“不法”行为。如此看来，在法律还不健全、不完善的初级阶段，重视一些好的民间做法，允许一些好的民间法与国家法一道并行发挥作用是很正常和应当的。具体说来民间法的存在有如下理由：

(一) 弥补性。人的理性是有限的，再精细的法律规章也不能做到对社会进行完全的涵盖，对市场化过程中的种种交易或者交换活动给以精确的规定，我们得承认社会结构存在弹性空间，法律规范存在着“真空”区域，因而民间法的存在能弥补现行国家法的不足。

(二) 转化性。民间法往往是根据习惯、传统等制定和创立的，它通过被人们反复适用、采纳而逐渐被人们认同，因而在一定条件下它很管用，民间法如使其合法化、成文化、规范化后，就能转变为国家正式法，推动和保障国家法的顺利实施，正所谓民间法是国家法的重要渊源。

(三) 共生性。任何刚性的成文法要产生作用，必须通过反复的适用与实践，人们普遍共同遵守形成惯例后才能真正生效，也就是说国家法是否成活和产生效用，不是也不能完全是依靠国家的强力就可了得，国家法得回溯民间，受到民间社会的检验与评判。在现实社会中我们就注意到，一个人往往不是通过对各种法令条文细节的熟悉与记忆来掌握法律，而是通过对法律、法规运作的效果和亲身的观察体会，从习惯上、心理上接受了它，才保障了法律的有效性。

三、民间法与国家法作用的领域与范围

既然国家法与民间法共同存在于乡土农村，那么对国家法与民间法适用领域进行划分与限定就很有必要。因为，没有一个基本的限定，泛法律主义的背后可能进一步造成和加剧社会的混乱。针对法律所调整的社会关系的性质不同，我提出如下国家法与民间法的限定范围：

(一)属于最基本、最主要的社会关系，必须要由国家法运用强制性规范予以确定和调整，如刑法所调整的社会关系就是如此，对这类社会关系，国家法必须不折不扣地站稳立场，归于国家法调控的范畴，如杀人、严重违法和犯罪等这类社会关系，民间法是无权干预与分享，更不能用民间法去规避、私了国家法。

(二)属于具有强烈的“地方性知识”和民间色彩的社会关系，可以依靠民间法，依靠地方性知识来处理，特别是当这类社会关系还没有诉诸于国家机关，没有纳入司法的调控机制时。这部分社会关系更多的是与民众的基本生活有关，它可以依靠人们在长期交往过程中形成的风俗、习惯、人情、伦理来解决，当然，在这类社会关系中，国家法并不是不在了，而是隐退的，它不强求干预和追寻主动出击，而是实行不告不理，把握住最后一道防线。

(三)属于国家法与民间法都可以涉及到的社会关系。这类社会关系既可以由国家法来确定和调整，也可由民间法来调整。其主要表现为在农民的生产、生活和经济交往中形成的各种民事法律关系，如损害赔偿。按照黄宗智先生的观点，由国家法与民间法互动适用的领域被称为“第三领域”，它是处于国家与社会、国家正式法律与农村非正式法之间的一个独立空间。因而“第三领域”，不能简单地将之归属于国家法或民间法的范畴，它是指由国家法与民间法通过互动，共同参与而形成的一种“制度空间”。具体说来主要表现为下列二种情况：(1)对这类纠纷，国家法与民间法都具有适用的可能和条件，如何适用，当事人拥有选择权；(2)对这类纠纷，应由国家法(通常是基本原则)与民间法(通常是当事人的意愿)互动适用，如我国调解制度所规定的人民法院或行政机关所主持的民事调解、行政调解以及司法助理员主持的人民调解。可见在“第三领域”空间，国家法与民间法两者具有适用的可能和条件，它们之间不存在价值判断上的高低之分，在保证国家法律制度对某些案件具有最终解决权地位下，到底选择适用何种机制，由当事人从本身利益出发作出决定。特别是在民事关系中，权利人才是自己私利的真正、唯一的享有者和支配者，我们所要做的只是为权利人行使权利创造条件，提供机制，而不是代替其行使权利。

四、国家法与民间法的冲突与学术界的争议

我们知道国家法具有普遍性特征，因为“法律的对象永远是普遍性的，……法律只考虑臣民的共同体及抽象的行为，而绝不考虑个别的人(地方)以及个别的行为”^④。国家法的普遍性、统一性和强制性是基本的常识，但在一个复杂的多元社会中，多元规范或多元秩序又是客观存在的基本事实，法律不是万能的，仅有国家法还不够，“即使是在当代最发达的国家，国家法也不是唯一的法律，在所谓正式的法律之外还存在大量的非正式法律”。^⑤吉尔兹甚至说：“我本人宁愿在‘法律多元’的名义下进行讨论，这主要是因为它似乎至少符合多样化的事实本身，而不是相反……”^⑥。如此说来，国家法与民间法的矛盾和冲突在多元化的社会中就是无法避免的现象。事实上，在一个主要以城市社会的交往规则为主导的国家法律体系被确定为标准的、现代的参照系之后，这本身就蕴藏着地方性规则与全国性规则，民间法与国家法的冲突的可能。这种矛盾，通过调查，我们看到和知道了。比如在农村就有很多诸如“牲畜下田，打死不赔”、

“祖业宅基，买卖由己”、“出嫁之女，继承无份”、“偷鸡摸狗，吊打屁股”“外来女婿，不得分红”等违反国家法的规定。那么，我们该如何来看待这些与国家法相矛盾的民间法呢？

针对这种现象，梁治平先生提出这样的认识：一个不同于正式制度所构想和构建起来的乡村社会的秩序是存在的，乡民所拥有的规范知识并不因它们是传统的就一定是落后的和不合理的。民间调解所依循的原则，更多地不是出于国家的法律和政策，而是乡土社会日常生活的内在逻辑，是乡民们所了解、熟习、接受乃至视为当然的知识。事实上，主要是通过宣传和普及等方式自上而下灌输给乡民的国家法律，远未内化为乡民自己的知识，而这些令乡民感觉陌生的新的知识，也未必都是他们生活和解决他们问题的有效指南。因此，我们重要的是去了解农民的生活世界，努力理解和尊重他们的自主选择。农民们……之所以尊奉一些长期流行的习惯，首先是因为这些习惯具有根植于社会生活中的合理性，因为它们为社区成员所能带来的好处更多于它们的害处^⑦。苏力先生也有同样的感叹：由于种种自然的、人文的和历史的原因，中国国家权力至少对某些农村乡土社会的控制是松弱的；国家司法权力在国家边缘地带试图建立起自己的权威，得要注意自然空间与人文空间的作用；一个权力要离开自己的权力基地或中心地区，以外来力量进入一个相对陌生的社区，本身就有风险，现代法律及其运作的前提是假设在一个陌生人社会或个体主义社会，在“熟人社会”，法学家所主张的法律的严肃性势必减弱，熟人之间一般无需法律，或只需要很少的法律。由于中国城乡的经济差别，现代化、工业化的生产方式还没有深入农村，因此即使是国家权力以“法治”的名义或方式进入乡土社会也是困难的。^⑧

两位先生的观点，遭到了学术界一些人的误解与严格国家“法治主义”的挑战。仔细思量两位先生的本意其实不是要恢复传统的民间法，更不是主张国家法应当从乡村社会中彻底退出。根本的用意，用他们的话说，“只是要揭示出在强烈的国家的、现代的和理性的取向向下被长期遮蔽的一些东西，并在此基础上重新看待正式制度与非正式制度之间以及国家与社会之间的关系”^⑨“重视治国社会中那些起作用的，也许并不起眼的习惯、惯例，注重经过人们反复博弈而证明有效有用的法律制度”^{10}。应当说这种重视与提醒对于提升中国法学的学术质量，实现从“书本上的法律”到“行动中的法律”的转化，推进中国法治的真正落实与实现是非常重要的。

在我国，存在着以立法为中心的建构主义烂漫病，他们往往基于这样的书本逻辑认识，一个国家只要制定了完美的法律制度，社会秩序就能自然形成和稳定，而有法可依，有了稳定的社会的秩序，经济就会有突飞猛进的发展。但这种以立法为中心的单纯理性建构认识，其背后所隐含的实际上是一套游离于人们的实际生活之外的，并且是由法学家所构想出来的法律规则，这套规则虽然很逻辑也很迷人，但其实际的效率并不一定比固有的民间法有用。在中国乡土社会中，天理、国法、人情并举的民间法适用体系告诉我们，在社会发生纠纷时并不是只是国家法在起作用，我们不能仅强调法的统一性、规则主义，法律的生命力在于生活，在于它能解决问题。当国家通过“送法下乡”、“送法上门”这样的举措，力图使民间社会接纳国家的法律观念，学会国家的一套法律知识系统时，我们的农民对国家所进行的这方面努力总是不很领情，对普法的宣传也很少关心，显然，法律并没有因为贴上了“国家”和“现代化”的标签就会自然而然生效。进一步说，国家法律之所以没有成为立法者所设想的取得在城市一样的效果，这多少也说明了我国所谓理想的精心设计的国家法律安排，在乡土社会实质还还没有切中要害，没有切实的生活意义。

五、国家法与民间法冲突的消解与转化

如何解决国家法与民间法的矛盾，目前可听到学术界的两种观点，一种观点认为，两者之间的矛盾主要是由民间法的“落后”造成的，民间法无论从形式内容上，还是从结构功能上、系统化的程度上等等都与现代国家法的要求相去甚远，因此，两者矛盾的解决应从根本上对民间法予以否定、摒弃，并用国家法取而代之，不如此，就无法实现依法治国；另一种观点则认为，不管国家法还是民间法，它们都代表了一定的知识传统和文化形态，因此，要以“规划”的方式进行文化移植和知识传统的新陈代谢，消除两者矛盾的最好方式是使民间法不断明确化、系统化，并使之纳入到国家法律体系之中。应该说，上述两种观点都很有启发性，但若我们仅停留在这一层面讨论国家法与民间法的相关性问题就变得很不合时宜。伯尔曼先生曾说：“法律既是从整个社会的结构和习惯自下而上发展而来，又是从社会的统治者们的政策和价值中自上而下移动。法律有助于以上这两者的整合。”^{11}依此观点，我认为在乡土农村，国家法与民间法的矛盾不是一个简单“吞并”、“改造”和“挤压”、“平均”的过程，换句话说，国家法与民间法的存在与限定，不能理解为把国家法简单地向乡土农村进行无限扩展与单向控制，也不能理解为国家法简单地“抛离乡土社会”，无情消灭与压制民间法，当然更不能将国家法与民间法进行地理上的疆界划分，强调两者在价值上和功能上的平起平坐，各自为阵。因为这样做，有可能造成国家法治资源与农村法治资源，特别是本土法治资源之间的对抗与紧张，正确的方法是要对国家法与民间法进行必要的互动与整合。那么，我们又如何进行整合呢？

依我之见，国家法与民间法的冲突是理想与现实的冲突，是现代与传统的冲突，是观念与实践的冲突。这种冲突反映了国家法与民间法追寻的法律价值取向是不同的。作为国家法来说，它注重和追求的是法理秩序，而民间法注重的是道德与人伦的礼法秩序。国家法代表的是一套国家装置，而民间法体现的是一套社会装置。我们必须承认在有些农村，农民心目中的法理秩序观、现代法治观并没有真正形成，村民们存在的礼法观念和民间秩序仍是支配其行为的主体，体现着乡村生活秩序的本质，所以，这种冲突从正反两方面提醒我们必须注意中国法治问题的复杂性、时间性和不平衡性。我大体认为，在我国现今社会中，在城市主要是以正式的制度主导型的国家法为主，而在农村——特别是偏僻农村则主要是以非正式的伦理主导型的民间法为主，在国家法中有“恶法”与“善法”之分，而民间法中也有“优秀”的民间法和“糟糕”的民间法之别。由此，国家法与民间法的互动关系就有可能出现有多种互动的可能性，当“优秀”的民间法与“善”的国家法结合在一起又协调一致时，既有利于国家法在农村的顺利运作，又有助于民间法顺利过渡到国家法，被国家所认可，成为一种正式的制度安排；而当“善”的国家法与“糟糕”的民间法结合，或者当“优秀”的民间法与“糟糕”的国家法相遇时，此时冲突就不可避免，各种尴尬和规避法律的现象就会由此发生，而当“恶”的国家法与“糟糕”的民间法走到一起时，法律就有可能无法深入人心，而且有可能被抛弃，重新寻求重组与转化。进一步说，国家法与民间法的冲突的结果，有可能，(1)导致民间法——特别是那些糟糕的民间法被改造或转化，与国家法律相谐；(2)导致民间法被破坏，而国家法又无法进入其退出的空间，这就是新的国家法无法发挥效用，而旧的民间法已经垮了的尴尬；(3)民间法仍我行我素，国家法权威下降，在实施中被冷落、搁置和规避。这三种结果在中国广阔的农村都有可能发生和出现。

从总的趋势和宏观角度讲，民间法向国家法的转换应是必然的事。因为一方面，依法治国已成为中国的治国方略，统一市场的冲击和国家集权主义的要求都会挤压着民间法的生存空间；另一方面，民间法的非正式性与分散性造成了人们遵守与不遵守的随意，增加了实施的混乱与交易成本增加的难度，因而民间法也有正规化的必要，建立理性化、制度化、统一化的制度安排，才真正有利于社会的进步，民间法无法与国家法抗衡，只能作为它的配合和辅助。具体说来，所谓的民间法存在很多弊端，需要小心使用。(1)

民间法的适用范围是有限的、有边界的。民间法出自特定的社会区域,它只对该地区的全体成员有效,作用范围非常有限,在一定的边界范围内,民间法是一套节约交易费用的有效装置,但超出一定的边界,民间法就作用不大了,或者说就可能需要采用另一种民间法,可见,民间法更多的只能在特殊类型的社会关系中,如亲缘关系、地缘关系、熟人交往圈、民间组织网络等这样的社会关系中才能起作用,脱离了一定的社会关系网络,超出了一定的边界,民间法也就自然失效。换句话说,民间法可以在相对封闭和相对熟悉的熟人社会里或者特殊主义的人际关系里很管用。显然,民间法的这种缺陷是与国家法的统一性、普适性相矛盾的,它不适应现代市场经济的发展需要和人与人交往复杂、频繁的现实,无疑是上不了大台面、见不了大市面的。(2)民间法本身是不成文的、非正式的。绝大多数民间法的产生是在长期的生产、生活中逐渐自然形成的,有些则是通过共同议定和约定而成,它没有什么外部力量的干预和敦促,其产生后,主要通过口头、行为、心理进行传播和继承,它的实施也主要靠情感、良心的心理认同和价值利益取向的共同性以及社会舆论的保障。民间法的这种特性,不象国家法那样具有严格的制定程序和文字表现形式,无疑也带来了一定的弊端。(3)民间法往往是围绕着特定地区、特定人员的生产、生活的日常事务、婚嫁丧娶、节日喜庆、人情往来进行规定,而且这些约定很多都是偏重于对财产、婚姻家庭及本社区的生产资料的保护,在内容上以朴实、简洁、方便、合理、易操作见长,告诉人们做什么、如何做,实体内容和程序内容混杂,甚至没有严格的程序手段可供遵循,民间法的这些优点也正好是它的缺点,比如民间法简洁、方便、成本低,它可能赢得了效率,却失去了正义,它可能在实体上赢得了正义,却在形式上变得极不合理,比如它可以解决简单的小型纠纷,却对大型的复杂的冲突与纠纷无能为力,甚至无权化解或代替国家法。显然,民间法的这些弊端显然是无法与国家法相比的,尽管国家法也有弊端,也有缺陷,也在某些方面不及民间法有效和管用,但从依法治国和社会发展的趋势讲,国家法应成为我们主打的目标和主攻的方向。

但是,从短期看,立足于现实和相对的合理主义,民间法还有存活的市场,指望国家法完全替代民间法发挥功能是不现实的。因为非正式的民间法之所以能在农村存在,其根本点是以民间法能有效地应付社会生活为前提的,如果民间法无法保障这一点,其自然淘汰就是必然的。在农村,靠民间法所建构出来的规范秩序是大家都愿意服从的约束性义务,如果村民服从了这样的规定,他可以从中受惠,如果谁冒犯了这些规定,他就会受到惩罚,显然,民间法建构的这种简单而又有效的规范秩序实际上已经构成了乡土社会结构的基础。正因为如此,在广袤的农村大地,我们不能忽视民间法的成长土壤与社会功能,不能忽视民间法曾经有效地调整着社会关系的事实。列宁就曾说过:“假使我们以为写上几百个法令就可以改变农村的全部生活,那我们就会是十足的傻瓜”{12}国家法律的实施运行是个复杂的内化过程,仅有法典是不能产生功能和效率的,强行推行法律往往也只能适得其反,这个道理大家都懂。勒内·达维德也反复说过,“为了使法律家喻户晓,常常需要习惯作为补充,因为立法者所用的概念要求借助习惯予以阐明”。{13}我们不难设想,当法律抛开来巩固社会、维持村民大众利益的民间法时,国家的正式法律也许就会失去了它本身的社会基础和权威,国家正式法律也许就潜伏着失去效能的可能性,这就是萨姆纳所主张的“立法必须在原有的民德中寻找立足点”{14}。在国家法与民间法的互动中,我们可把国家法(特别是宪法)看成是国家法律体系中的最高地位,把民间法看成是这个系统的“边缘”或最低层次,缺少了民间法而只有国家法,在我们这样一个幅员辽阔、城市与农村对立、文明与落后同在的国度,无助于国家法的推广落实。

这样说来，在国家法与民间法的对峙中，我们学会保守地、整合地思考问题就是必然的、应当的。因为如果我们只学会从落后的价值观出发，只站在民间法的立场上思考问题，使国家法屈从于民间法，那么法律有可能丧失其应有的价值，有可能代表和反映落后的利益要求，其结果有可能使现代法律滞后于社会的实际生活，导致国家法无法在农村扎根。同理，如果我们只站在现代法治的立场理性思考问题，把国家法当成“放之四海而皆准”的普遍性权利要求，试图用现代法律来改造、取代民间法，将理想、超前的法治模式向农村强行输入，却有可能对民间法构成太大的“挤出效应”，扩大和加剧现代法律与农村社会实际的差距，造成新的效果还没有充分发挥，而旧的已经垮了的“无规则”地带，最后因为这种法律不是他们所真正关心的实际生活本身，有可能更加激发国家法与民间法的冲突，从而使国家法无法实施，其结果可能是暴虐而不是保护。

因而，在社会变迁的过程中，国家应对民间法保持一定的相容，政府通过强行手段推行国家法在农村的实施时，必须注意到国家法与民间法的这种互动与相容关系，如果国家法完全偏离甚至背离了土生土长的民间法，没有接上“地气”，国家法将有可能成为“好看不中用”的“花瓶”。这种现象绝不是危言耸听，在一些农村出现的规避和拒绝适用国家法的情况就很好地说明了这个问题。比如，在一些乡土农村，由于历史的原因和社会发展的不平衡，国家法与民间法之间存在的差异与冲突还无法从根本上消除，如国家婚姻法禁止包办和买卖婚姻的规定并不能完全改变一些农村地区实行的早婚、订婚的婚俗问题；法律中明确的罚款标准和数额也不能完全取代农村自己规定的惩罚数额标准，从国家的计划生育政策和殡葬改革的具体落实中我们也可以清楚地看到国家法在贯彻中的阻力。再深入一步说，在农村，即便村民们真的走上了依靠国家法设计的现代法治之路，他们也会自觉不自觉地把民间法的一些做法掺杂带入到实际的国家法律运作中，骨子里还是保留太多的民间法的意识，有用民间法解构国家法的意味，或者说国家普适性的统一的法律变成了每个特殊的人各自利用自己能耐来为牟取私利的资源。

基于这种认识，国家法对民间法进行硬性的、不切实际的干预与压制，有可能适得其反，大大减少和削弱民间法的运用范围和领域，影响、干扰和限制民间法本来对农村社会秩序自然的维持和有效的管理，同时国家法强行介入和干预民间法，如苏力先生所说的有可能“破坏了这个社区中人们之间的默契与预期”，使它施展威力的范围失去合理的限制，既无效也在一般人心目中失去威信。在此情况下，国家法保持退隐的姿态，发挥制导和教育的功能，通过树立国家法的权威和尊严，使外在控制慢慢地转变为内在的控制，使心灵的控制慢慢转变为行为的控制，使农民慢慢地通过它自己的感受来习惯和服从国家法就很有必要和显得重要。显然，在国家权力在向下延伸时，我们不考虑到乡土社会结构中活生生有效的民间法，不管乡民的承受能力，盲目兜售和强制推行国家法，都有可能造成国家法的危机。

中国法治建设的渐进性、艰巨性，加之中国乡土农村发展的不平衡性与复杂性，决定了消解国家法与民间法的矛盾与冲突将是长期的、长存的，国家法与民间法这种共存共生关系极具张力的互动整合也将显得非常复杂。在转型时期的社会必然会是国家法与民间法共同发挥作用的互动社会，从社会学角度出发，法律规范中存在多元现象也将是一个不争的事实。当然，我必须强调，在国家法与民间法的互动关系中，依法治国是大前提，容忍民间法的存在是有一定范围和条件的。对于民事部分，对于与国家法冲突不是太大的部分，以及对于符合整个农村价值选择的合理部分可以保持妥协与放任，我这里所说的妥协与放任，不是迁就农村地区的落后，也不是允许农村实施国家法律时各行其事，另搞一套，而是在国家法制统一的

前提下，在不与宪法和法律相违背的基础上，照顾和考虑农村地区的特殊情况，作实事求是的变通和灵活有效的处理，或着说不是非得把一切问题都纳入国家法律程序内解决。

注释：

①参见梁治平，《民间法、习惯和习惯法》《习惯法和国家法》，载《清代习惯法、社会和国家》，中国政法大学出版社 96 年版。

②Robert Sugden 1986 ,The Economics of Rights Cooperation and Welfare, p54 oxford Blackw.

③哈耶克，《不幸的观念》，东方出版社，1991 年版，第 12-13 页。

④卢梭，《社会契约论》，商务印书馆，1980 年版第 50 页。

⑤梁治平，《清代习惯法、社会和国家》，中国政法大学出版社，1996 年版。

⑥[美]吉尔兹，《地方性知识》，载《法律的文化解释》，三联书店 1994 年版。

⑦梁治平，《乡土社会中的法律与秩序》，载《乡土社会的秩序、公正与权威》，中国政法大学出版社，1997 年版第 416 页。

⑧苏力，《为什么送法上门》，载《社会学研究》1998 年第 2 期。

⑨梁治平，《乡土社会中的法律与秩序》，载《乡土社会的秩序、公正与权威》，中国政法大学出版社，1997 年版第 467 页。

{10} 苏力，《为什么送法上门》，载《社会学研究》，1998 年第 2 期。

{11} 伯尔曼，《法律与革命——西方法律传统的形成》，中国大百科全书出版社 96 年版，第 664 页。

{12} 《列宁选集》，第 3 卷，第 801 页。

{13} [法]勒内·达维德《当代主要法律体系》，上海译文出版社，1984 年版第 487 页。

{14} [英]罗杰·科特维尔，《法律社会学导论》，华夏出版社，1989 年版第 22 页

作者简介：田成有，云南大学法学院教授(昆明 650091)