

论民间规范与地方立法的融合发展

石佑启*

谈 萧**

摘 要 在“法治国家、法治政府、法治社会一体建设”和《立法法》修改后地方立法主体扩容的背景下,应充分关注民间规范与地方立法的融合发展问题。基于对立统一关系的原理,民间规范与地方立法存在融合发展的基础;民间规范的社群性、传承性和经验性分别能沟通地方立法的地方性、固有性和执行性,又使得二者具备融合发展的可能。当然,二者融合发展也面临一定的障碍,如民间规范守成,地方立法却创新;民间规范自发,地方立法却建构;民间规范自下而定,地方立法却据上而立等。但这些障碍并非不可消解,亦即二者不能融合发展的命题是可以被“证伪”的。民间规范与地方立法融合发展的具体路径为:民间规范先导地方立法,地方立法吸收民间规范,民间规范补充地方立法,地方立法规引民间规范,呈现出双向互动的循环态势,助推全面依法治国及国家治理现代化的进程。

关键词 民间规范 地方立法 对立统一 双向互动 融合发展

引 言

20世纪九十年代以来,有关民间法的研究在国内形成了一场声势浩大的法学知识运动。这一知识运动大致可以分为三大流派:一是以苏力教授为代表的本土资源视野下的民间法研究;二是以梁治平教授为代表的法律文化视野下的民间法研究;三是以谢晖教授为代表的规范

* 广东外语外贸大学法学院教授。

** 广东外语外贸大学法学院教授。本文系国家自然科学基金重大项目“民间规范与地方立法研究”(项目编号:16ZDA069)的阶段性成果。

法学视野下的民间法研究。^{〔1〕}本土资源视野下的民间法研究关注的是晚清以来西方法律移植在中国所遭遇的本土化困境以及本土法与移植法的冲突;法律文化视野下的民间法研究关注的是精英文化所代表的大传统即国家传统与大众文化所代表的小传统即民间传统在法律文化选择上的困境;规范法学视野下的民间法研究关注的是民间法在规范上如何导入国家立法和司法活动。尽管如此,这三种研究视野有一点却是共同的,即更多地从与作为中央立法的国家法对应的角度来考察民间法。也就是说,从立法学上看,这些研究主要关注的是民间规范与中央立法是否会产生交集以及如何产生交集。然而,仅凭直觉,我们不难发现民间规范更容易与地方立法以及地方法治建设发生关联。

作为一种学术话语的知识运动,也许最初的民间法研究更注重的是理论阐释力和思想冲击力,^{〔2〕}而并不刻意追求这一知识运动在国家治理政策和制度设计中如何落地,显然,对中央立法与民间法关系的阐释更具有理论阐释力和思想冲击力。“民间法”“习惯法”“习惯”“惯例”“民间习惯”“民间规范”等概念在众多民间法研究文献中界分不清或交叉使用,也表明民间法研究尚停留在知识运动层面。^{〔3〕}2014年10月党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(以下简称十八届四中全会《决定》)将民间规范一举纳入推进法治社会建设措施之中,明确提出要“发挥市民公约、乡规民约、行业规章、团体章程等社会规范在社会治理中的积极作用”。尽管十八届四中全会《决定》使用的是“社会规范”概念,但其所列举的社会规范与民间法研究中的民间规范基本是一致的。该《决定》显然是站在规范法学立场上的。民间法、习惯法在法社会学、法人类学意义上,我们可以称之为“法”,但在为国家立法和司法提供法学理论——也是最纯粹的法学理论的规范法学意义上,“民间法”“习惯法”并不是“法”,只能称之为与国家立法或司法活动发生交互关系的社会规范。因此,有必要用“民间规范”概念统一民间法研究概念使用上的混乱。^{〔4〕}前述执政党的纲领性文件旗帜

〔1〕 参见魏敦友:“民间法话语的逻辑——对当代中国法学建构民间法的三种理论样式的初步探讨”,《山东大学学报(哲学社会科学版)》2008年第6期,第2—7页。

〔2〕 正如有学者指出,民间法研究给长期以来笼罩着“形而上”甚至“空洞”色彩的理论法学研究带来了现实主义关怀。参见胡平仁、陈思:“民间法研究的使命”,《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2012年第2期,第34页。

〔3〕 有学者分析,造成民间法研究在基本概念界定与使用混乱的原因有二:一是学术研究立场不清晰,学者们在法社会学、法文化学、法人类学、规范法学等完全不同甚至相互混杂的立场上从事民间法研究;二是所使用的分析方法和文献资料不足以胜任将这一系列概念区分开来的学术任务。参见魏治勋:《民间法思维》,中国政法大学出版社2010年版,第181—182页。

〔4〕 有学者已认识到这一点,提出“从规范法学的视角出发,坚决主张在民间法研究中以‘民间规范’的提法来进一步丰富传统‘民间法’之概念内涵。规范法学视野下的民间法严格指称应为民间规范,它是某一特定区域内的社会主体在长期生产、生活过程中形成的,用以规定主体间权利义务关系、调节各类纠纷,具有强制性、权威性、规范性和一定约束力的行为规范体系。规范性是理解民间规范的关键:首先,规范性将民间规范同一般的民间习惯区分开来,民间规范是从民间习惯中生成的,但并非所有的民间习惯都具有规范性因素;其次,民间规范虽然同法律规范一样同属‘规范’之范畴,但民间规范不是法律规范,这也将民间规范同法律规范做了严格的区分(民间规范必须获得公权力机关的确认或认可才能成为严格意义上的法律规范)”。周俊光:“规范法学视野下的民间法研究”,《河南大学学报(社会科学版)》2017年第2期,第51页。

鲜明地采用规范法学立场,使得民间规范不再仅仅是一种学术话语,而是进入到作为国家治理重要一环的法治社会建设实践之中。而在此前党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中,将“法治社会与法治国家和法治政府一体建设”作为法治中国建设的基本内容。执政党的纲领性文件在当代中国的重大实践意义是不言自明的,由此我们可以充分相信,民间规范已毫无疑问从法学界的知识运动进入到全面推进依法治国的实践之中。

根据执政党纲领性文件所作的顶层制度设计,民间规范是从法治社会建设切入法治实践的,而法治社会建设的关键在地方、在基层,作为地方性知识和基层生活规范的民间规范也必然最先、最多地与地方立法和地方法治建设发生关联。为此,民间法研究在立法学上必须实现一个转向,即从研究民间法与中央立法的关系转到研究民间规范与地方立法的关系。这当中,民间规范与地方立法为何要融合发展、能否融合发展、如何融合发展等问题,是需要回答的重要命题。

一、民间规范与地方立法融合发展的基础

在法治国家、法治政府、法治社会一体建设的实践中,民间规范与地方立法是否存在融合发展的基础,对这一问题的回答是讨论二者融合发展的逻辑起点。恩格斯在描述逻辑意义上的“辩证图景”时说:“当我们通过思考来考察自然界或人类历史或我们自己的精神活动的时候,首先呈现在我们眼前的,是一幅由种种联系和相互作用无穷无尽地交织起来的画面。”〔5〕根据万物普遍联系的辩证逻辑,民间规范与地方立法必然是互相关联的。全面总结了对立统一辩证规律的哲学大师黑格尔认为:“一切事物本身都是自在地矛盾的”;“事物只是因为自身具有矛盾,它才会运动,才具有动力和活动”。〔6〕民间规范和地方立法是必然会发生联系而又彼此矛盾的两个规范系统,我们可以从对立与统一两个维度来考察二者是否存在融合发展的基础。

(一)对立基础:民间规范与地方立法的分离

从规范属性上看,民间规范和地方立法是彼此分离和独立运行的两种规范体系。法社会学者和法人类学者很早就通过法律多元理论将法律分成不同的子系统予以考察。埃利希认为,法律的形态包括社会法、国法、法学家法和习惯法,“法条根本没有意图去呈现一幅法律状态的完整图景”,“活法不是在法条中确定的法,而是支配生活本身的法”。〔7〕千叶正士认为“人类社会中的法律是由三个结构层次组成:法律原理、官方法和非官方法,它们构成了一个国

〔5〕 (德)恩格斯:《马克思恩格斯选集》第3卷,中央编译局编,人民出版社2012年版,第395页。

〔6〕 (德)黑格尔:《逻辑学》(下卷),杨一之译,商务印书馆1976年版,第65、66页。

〔7〕 (奥)埃利希:《法社会学原理》,舒国滢译,中国大百科全书出版社2009年版,第540、545页。

家现行法律的整体结构”。〔8〕昂格尔认为有三种法律概念,即习惯法或相互作用的法律、官僚法或规则性法律、法律制度或法律秩序。〔9〕综合上述观点,可以发现法社会学和法人类学意义上的法律多元,是指两种或多种法律制度在同一社会中并存的状态,国家法并非法律规范体系的中心,而只是其中未必最为重要的一部分。

一般认为,规范法学秉持分析实证主义的“分离命题”,将应然的法律和实然的法律区分开来,仅承认制定法为实在法。因此,在规范法学那里,法律多元是不被承认的。但是,新分析实证主义早已超越了传统法律实证主义,主张法律虽“仍然被认为是一个相对独立的规则体系,但是法律体系的概念具有更大程度的开放性。适用法律制度现有规则是法官的职责和义务。但是,由于法律体系存在着一定的空缺,在法律不明确和不确定的情况下,法官就不能仅仅依赖于现有的法律规则来解决出现的争端”。〔10〕也就是说,在新分析实证主义看来,规范法学只是在法律概念意义上不承认制定法以外的“法律”多元,在法律渊源和法律方法意义上,规范法学从来不否认规范多元,因此,法律多元不过是规范多元的一种。普通法系“法官每每以习惯规则限制成文法的适用范围,甚至在某些案件以习惯规则取代成文法”;“民法法系法官在司法过程中运用习惯规则弥补制定法的不足”。〔11〕民间规范作为独立于包括地方立法在内的国家制定法的一种规范系统,即使不借助法律多元理论,在规范法学立场上,也是能够得到证明的。

从规范法学的角度分析,民间规范与地方立法分属不同的规范体系。民间规范属于社会规范体系,地方立法则属于国家法律规范体系。广义的社会规范是指一个社会所有成员的行为规则和标准,包括道德规范、宗教规范、法律规范、乡规民约、社区公约、社团章程等。规范法学视角下的社会规范,仅指“一般性行为规范,不包括以体现公共意志的、由国家制定或认可、依靠公共强制或自律机制保证实施的为主体的制度规范和以宗教、道德、伦理规范为主体的价值规范”。〔12〕站在规范法学立场界定的社会规范,与我国目前官方文件界定的社会规范是一致的,也与法学界大部分学者所使用的民间规范概念是一致的:“如果从国家的角度界定‘法律’(rule),则法律以外的社会规范可以统称为民间社会规范或社会规范”。〔13〕波斯纳也认为:“社会规范是一种规则,这种规则既不是由官方信息来源——比如法院或立法机关——颁布的,也不是以法律制裁为威胁来强制执行的,然而却是作为惯例被遵守的。”〔14〕尽管在法社会学和法人类学上,我们可以将民间规范比喻成“法”,用“民间法”“习惯法”“活法”等概念来分

〔8〕(日)千叶正士:《法律多元——从日本法律文化迈向一般理论》,强世功等译,中国政法大学出版社1997年版,第149页。

〔9〕参见(美)昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,译林出版社2001年版,第45—51页。

〔10〕李桂林、徐爱国:《分析实证主义法学》,武汉大学出版社2000年版,第4页。

〔11〕陈文华:“民间规则与法律方法——以比较法为视角”,《甘肃政法学院学报》2012年第2期,第35页。

〔12〕刘颖:“论社会规范在法治建设中的作用”,《暨南学报(哲学社会科学版)》2016年第3期,第2页。

〔13〕范愉:“民间社会规范在基层司法中的作用”,《山东大学学报(哲学社会科学版)》2008年第1期,第13页。

〔14〕(美)理查德·A.波斯纳:《法律理论的前沿》,武欣、凌斌译,中国政法大学出版社2003年版,第299页。

析民间规范,但在严格的法学立场即规范法学上,民间规范与法律规范是截然分开的、相对而行的两种规范。民间规范具有法律规范所不能包含的属性和优势,法律规范也具有民间规范所不能包含的属性和优势。

属于法律规范系统的地方立法在事实上最容易与民间规范发生关联,但二者同时也因此是最容易对立的。作为两种彼此独立的规范系统,二者的差异主要体现在:在历史起源上,民间规范更强调社会性,而地方立法更强调国家性;在适用范围上,民间规范更具有特定性,而地方立法更具有普遍性;在强制措施上,民间规范更具有内控性,而地方立法更具有外控性。这些差异导致二者在运用于社会治理和地方治理时,对立倾向十分明显。例如,在当代中国社会治理和地方治理实践中,我们不难发现:民间规范追求实质正义,地方立法却注重形式正义;民间规范维护礼治秩序,地方立法却建构法治秩序;民间规范讲究社会效果,地方立法却坚守法律效果。^[15]

然而,正是民间规范与地方立法的差异和对立,为二者的融合发展创造了现实条件和逻辑基础。这一点在辩证逻辑上是十分明显的。“它们通过这种彼此分离,只是扬弃了自己。”“比较者从等同走到不等同,又从不等同回到等同,使一个消失于另一个之中,事实上就是两者的否定的统一。”“差异,其漠不关心的方面同样只是一个否定的统一的环节,便是对立。”^[16]民间规范与地方立法的对立孕育着二者的融合基础,这是二者对自身的扬弃,通过否定的融合,二者克服了各自的局限性,能够实现自我升华。这种辩证逻辑分析,完全可以应用于现实中民间规范与地方立法的规范运行解释上。

在当代中国,民间规范的局限性日益明显。一是民间规范在回应社会急剧变革上严重滞后,传统中国民间规范生存的环境是以乡土本色、差序格局、礼治秩序、血缘和地缘等为基本特征的乡土社会。^[17]乡土社会的民间规范已难以适应城镇化快速推进、人口频繁流动、经济高速发展、社会高度开放的当代中国。二是民间规范在适应国家诱导的制度变迁上不断失灵。传统中国民间规范以熟人社会为基础,依靠社会成员内心确信的规则来运行,而现代中国越来越走向陌生人社会,社会控制制度更多是通过国家权力来推动和重塑的,传统民间规范在国家诱导的制度变迁过程中已很难形成社会成员的内心确信规则。三是民间规范的话语权在当代中国逐渐暗淡。

近代以前,中国民间规范和国家法的话语体系基本是一致的,二者都强调“家国一体”“礼治规则”和“宗法文化”,因此在实践中,民间规范与国家法不仅相处融洽,且能彼此促进。而近代以来,中国国家治理和社会治理的话语逐渐转向平等、自由、法治等现代性法律概念,在话语权竞争中,仍恪守传统治理话语体系的民间规范已然处于下风。作为民间规范对立面的地方立法,也同样存在局限性:一是地方立法受制于中央立法及其上位的地方立法。地方立法大多

[15] 参见谈萧:“论民间规范与地方立法的冲突及协调”,《暨南学报(哲学社会科学版)》2017年第9期,第98页。

[16] 黑格尔,见前注[6],第41、42、43页。

[17] 参见费孝通:《乡土中国 生育制度》,北京大学出版社1998年版,第6、24、48、69页。

数是执行性立法,必须强化对上位法尤其是中央立法的贯彻执行,这导致地方立法的回应性和创新性不足。二是地方立法受制于地方民意和地方治理政绩的需求。地方立法必须重视地方民众的利益和心理需求,同时也会受到地方治理的政绩要求的导控和干扰,因此往往具有临时性、应急性、对策性,难以稳定化、逻辑化、体系化。三是地方立法往往难以进入司法适用。地方立法在法律体系中的位阶较低,大部分地方立法在法律适用上处于最低层次,这导致其很少得到适用而成为“纸面上的法”。

鉴于民间规范和地方立法分属不同的规范系统,彼此对立,均具有自身无法克服的局限性,根据辩证逻辑的否定统一和自我扬弃规律,无论是民间规范还是地方立法,在发展过程中,都必须保持开放的态度,向外寻找克服自身局限性的资源。因此,民间规范与地方立法需要融合发展,相互吸收对方优点,取长补短。

(二)统一基础:民间规范与地方立法的同构

将民间规范和地方立法视为两种规范系统,很容易得出二者是平行与自治的关系的结论。早期的经典法律多元主义就认为多元规则仅存在于殖民地和后殖民地国家的本土法和欧洲法之中,它们注定是冲突和矛盾的。^[18] 20世纪七十年代中后期,法律多元主义开始将研究视野扩展到非殖民国家,主张所有社会都存在法律多元现象,这被称为新法律多元主义。新法律多元主义“强调了国家法与非国家法之间存在辩证、互构的关系”,其“发展方向不是将国家法与非国家法作为两个分离的实体,而是认为它们处于同一社会领域中,在此基础上探察二者更为复杂的互动关系”。^[19] 在千叶正土的官方法、非官方法、法律原理之“三层结构”法律多元理论中,法律原理是指“在确立、论证和指导官方法与非官方法中,与官方法和非官方法具体相关的价值和理想体系”;“一个国家的法律原理是它同样论证和指导的该国官方法与非官方法的基础”。^[20] 因此,官方法和非官方法是能够通过法律原理沟通的。这些法律原理可能是自然法、正义、衡平之类的法律观念,也可能是神灵、先知等启示的宗教教义,还可能是民族传统中的文化共识以及政治哲学中的意识形态。这种法律原理的概念无疑是法人类学意义上的,它通过提炼一定范围的人类法律生活和法律文明的普遍价值来沟通官方法和非官方法。

法社会学的考察,则通过白描的方式指出民间规范在形成与运作机制上与官方法律的一致性。美国法社会学者瑞斯曼就借用国家法体系下“合宪性”和“有效性”概念描述非国家法体系的制定过程和执行机制。“这些法律,即我所称的微观法律(microlaw),也表现出其合宪性的风貌,更具体地说,是具有合宪性的制定过程:体系中每个部分,都不是源于随意而即时的决定,而是出于体系自身的意思决定机制。虽然人们还无法找出诸如微观法律体系下的军队、警察、监狱等与传统法律理论类似的法律执行机制及检验方法,但是这并不影响微观法律的有效

[18] Sally Engle Merry, “Legal Pluralism”, *Law & Society Review*, Vol.22, No. 5, 1988, pp.869-896.

[19] 张均:“法律多元理论及其在中国的新发展”,《法学评论》2010年第4期,第6页。

[20] 千叶正士,见前注[8],第160页。

性与被人们所认可的事实。因为,人们终究会在这些法律体系下找到相对应的机制。”〔21〕在法人类学和法社会学意义上,民间规范和地方立法绝非简单的平行与自治关系。法人类学的考察表明,通过一定的法律观念、宗教教义、文化观念和意识形态,民间规范与地方立法能够建立起勾连;法社会学的考察表明,民间规范与地方立法有着相似甚至相同的制定程序和执行机制,在合宪性和有效性上能够建立起勾连。

但是,相对于纯粹的法理学,法人类学和法社会学的考察毕竟是描述性的,而不是分析性的。如前所述,这些描述往往借助现象对比或形象比喻展开,而缺少法律概念和法学语言上的精准分析。从规范主义的分析法学立场出发,民间规范与地方立法是否存在规范上的同构性呢?国内民间法研究的积极倡导者谢晖教授坦言:“把民间法研究置于法学的视野中,或者以法学视野而不是以人类学或社会学视野来探究民间法,是本人一直怀想的学术追求,所谓法学视野,在本质上是规范研究的视野。法律学术倘若失却对规范问题的自觉关注和把握,则必然逃离其本有的学术境界或专业槽,而遁入其他学术的专业槽。”〔22〕

从规范法学上分析,民间规范与地方立法至少在三个方面存在同构:

第一,在规范内容和规范结构上,民间规范和地方立法都以“权利—义务”“权力—职责”的形式存在。在具体内容上民间规范不管如何表述,但记载习惯权利是其最为重要的规范内容。“民间规范乃是习惯权利的基本载体。”〔23〕“民间规范具有明确的权利和义务分配功能”,〔24〕具有记载习惯权利、分配权利与义务(或者权力与职责)的规范结构,是将民间规范与其他社会规范诸如宗教规范、道德规范等区别开来的关键特征。地方立法作为法律规范的产生机制之一,其规范形式表现为权利义务内容及结构,毋庸多言。权利一般遵从自然权利到习惯权利再到法定权利的演进历程,自然权利很难直接被纳入法定权利,而往往是通过习惯结构进民间规范,再通过地方立法结构进法定权利,进一步可以通过中央立法上升到更高层次的法定权利。由此可见,在最为基础的规范分析即权利义务分析上,民间规范和地方立法最容易发生同构。

第二,在纠纷裁判和公共行政上,民间规范和地方立法都能作为司法者和行政者的规范准据。民间规范和地方立法都是为一定区域内社会关系之定纷止争或调适所预设的规范,因此必须具备法律渊源的特征,才能成为司法者和行政者的规范选择。司法者通过严密的法律论证,令民间规范和地方立法建立起关联,自不待言。尽管行政者应恪守依法行政,其仍然可以通过公共治理、合作治理等行政手段让民间规范和地方立法建立起关联。这样的关联,要么使得民间规范结构进地方立法,要么使得地方立法结构进民间规范,从而在一定范围实现二者的同构。

第三,在价值理念和规范原则上,民间规范与地方立法具有趋同性。这里所说的价值理

〔21〕 (美)迈克尔·瑞斯曼:《看不见的法律》,高忠义、杨婉苓译,法律出版社2007年版,第4—5页。

〔22〕 谢晖:“民间法、民族习惯法专栏主持人手记(三十九):民间规范的法学视野与民间调解的自治性”,《甘肃政法学院学报》2012年第3期,第24页。

〔23〕 谢晖:“民间规范与习惯权利”,《现代法学》2005年第2期,第5页。

〔24〕 尚海涛、龚艳:“法规范学视野下习惯规范的界定——以雇佣习惯规范为例说明”,《甘肃政法学院学报》2012年第3期,第28页。

念,并非道德哲学或自然法学上的价值理念,而是指具有规范性的价值导向,亦即能够规范社会成员的行为、具有权利义务内容的价值理念。至于规范原则,是指作为规范体系中最为内核的基础性规范即元规范。在传统社会,民间规范的血缘价值理念、族群规范原则与国家法的家国一体价值理念、中央集权规范原则实际上是同构的。在现代社会,民间规范的个体自治价值理念、社会参与规范原则与国家法的个人自由价值理念、平等公开规范原则实际上是同构的。在社会治理现代化的背景下,民间规范和地方立法在价值理念、规范内核、治理目标上更是有许多共同的元素,例如最为典型的是,二者都以良法善治为皈依。

既然民间规范与地方立法在规范内容和规范结构、纠纷裁判和公共行政、价值理念和规范原则等方面是同构的,二者的融合发展也就是必然的。基于同构的融合发展,完全符合辩证逻辑。

民间规范与地方立法的同构实际上是对立统一辩证逻辑的同一性的具体表现,前文在规范法学上是对二者三个方面同构的最一般意义抽象,也是二者融合发展的具体条件。“最一般的抽象总只是产生在最丰富的具体发展的场合,在那里,一种东西为许多东西所共有,为一切所共有。”^[25]也就是说,民间规范与地方立法的同构,奠定了二者融合发展的又一逻辑基础。但是,民间规范与地方立法基于同构的融合发展,是超越了“同构”与“差异”的“统一”。“真理只有在同一与差异的统一中,才是完全的,所以真理唯在于这种统一。”^[26]或者说,民间规范与地方立法基于同构的融合发展,是超越了“同”与“异”的“和合”。在中国传统哲学里,“同”与“和”是两个不同的概念。“和而不同”,^[27]“执其两端,用其中于民”。^[28]“和”是有差别的对立事物之间的和谐统一,“同”则是不包含差别的事物之间的绝对统一。“和实生物,同则不继。”^[29]“道生一,一生二,二生三,三生万物。万物负阴而抱阳,冲气以为和。”^[30]“和”翻译为现代哲学语言即是“融合”,它是万物生存和发展的必要条件。民间规范与地方立法的融合,也是二者各自生存和发展的必要条件。民间规范与地方立法在规范的内容与结构、价值与原则、方式与目标等方面的不断同构,要求二者必须走上融合发展的道路。

二、民间规范与地方立法融合发展的可能

民间规范与地方立法具有融合发展的逻辑基础,并不意味着二者就一定能够融合发展。二者融合发展的可能性,是基于二者在规范特征上存在可以沟通之处。为此,有必要对民间规范和地方立法能够相互沟通的规范性质展开分析,以“证实”民间规范与地方立法具备融合发展的可能。

[25] (德)马克思:《马克思恩格斯选集》第2卷,中央编译局编,人民出版社1995年版,第22页。

[26] 黑格尔,见前注[6],第33页。

[27] 语出《论语·子路第十三》,参见[宋]朱熹:《四书集注》,陈戌国标点,岳麓书社2004年版,第167页。

[28] 语出《中庸》,参见[宋]朱熹:《四书集注》,陈戌国标点,岳麓书社2004年版,第24页。

[29] 语出《国语·郑语》,参见徐元诰:《国语集解》,王树民、沈长云点校,中华书局2002年版,第470页。

[30] 语出《道德经·第四十二章》,参见库流正:《老子正解》,湖北人民出版社2005年版,第104页。

(一)民间规范的社群性与地方立法的地方性融合之可能

民间规范是自发生成的、调整一定范围内社会群体权利义务关系的社会规范,因而具有较强的社群性。人类学者认为,“人就是社会,社会就是风俗。”“‘社会’是由一个民族、一个地区、一个地方的风俗和习惯构成的。”^[31]根据民间规范调整社会群体范围的大小,其社群性可以化约为民族性、区域性或地方性。从规范法学立场出发,民间规范正是以其形成方式、效力范围、实施机制等方面的社群性与法律规范的国家性区分开来的。

通过对不同民族、族群的习惯、风俗等社会规范以及法律规范的考察,法人类学者进一步指出,法律就是地方性知识(local knowledge),而不是无地方界限的规则。“地方在此处不只是指空间、时间、阶级和各种问题,而且也指特色(accent),即把对所发生的事件的本地认识与可能发生的事件的本地想象联系在一起。”^[32]作为地方性知识,法律“赋予特定地方的特定事务以特定意义”。^[33]据此,即使是国家制定的法律,也具有地方性,必须通过地方性知识予以认识,地方立法就更不必说,更需要运用地方性知识来理解。我国《立法法》(第七十三条)直接以“地方性”来描述地方人大立法(“地方性法规”),并将其作为该类地方立法权的一个限定条件(“地方性事务”)。地方立法在诸多方面表现出鲜明的地方性:地方立法主体只能是地方政权机关;地方立法的任务必须是解决地方问题;地方立法的内容可以或应当具有地方特色;地方立法的形式可以或事实上具有地方特色;地方立法的效力范围限于一定的地域内。^[34]

以地方性为概念工具,地方性知识构成了法治建设的一个重要方面。在法治建设过程中,地方立法所具有的地方性特征是理解统一与分散、权力与权利、中央与地方、中心与边缘、自上而下与自下而上等关系的一个知识进路。^[35]地方立法比中央立法更懂得利用地方性知识,而民间规范基于其社群性,又比地方立法更接近地方性知识,这为二者的融合发展提供了一个可能性。民间规范的社群性,虽源于其所产生的社会群体,但更深刻的根源是该社会群体生存的自然地理环境。对此,中国传统政治哲学早有认知:“凡居民材,必因天地寒暖燥湿,广谷大川异制。民生其间者异俗,刚柔轻重迟速异齐,五味异和,器械异制,衣服异宜。修其教,不易其俗;齐其政,不易其宜。”^[36]地方立法的地方性,虽源于其所依赖的自然地理环境,但也与其所意欲规制的社会群体生活方式有着密切关系。法律规范的地方性与民间规范的社群性的融合,甚至是孟德斯鸠所说的“法的精神”来源之一:“法律应该和国家的自然状态有关系;和寒、热、温的气候有关系;和土地的质量、形势与面积有关系;和农、猎、牧各种人民的生活方式有关系。……和居民的宗教、性癖、财富、人口、贸易、风俗、习惯相适应……这些关系综合起来就构

[31] 王铭铭:《人类学是什么》,北京大学出版社2002年版,第118页。

[32] (美)克利福德·吉尔兹:“地方性知识:事实与法律的比较透视”,邓正来译,载梁治平主编:《法律的文化解释》(增订本),三联书店1994年版,第126页。

[33] 吉尔兹,见前注[32],第145页。

[34] 参见周旺生:“关于地方立法的几个理论问题”,《行政法学研究》1994年第4期,第31—32页。

[35] 参见葛洪义:“作为方法论的‘地方法制’”,《中国法学》2016年第4期,第116—121页。

[36] 语出《礼记·王制》,参见[清]孙希旦:《礼记集解》,沈啸寰、王星贤点校,中华书局1989年版,第358页。

成所谓‘法的精神’。”〔37〕

康德则从实践理性上论证了地方性对于法的重要性,他认为:“法学必须回答的是,在特定的地方和特定的时间,法是什么,而不是回答‘法是什么?’这个普遍性的、一般性的问题。”〔38〕民间规范是什么?地方立法是什么?这样的问题很难给出一般的答案,而必须从地方性和社群性的角度予以回答。“如果想要知道法律是什么,便应在‘地方化’的语境中理解法律的具体内容。不论人们是否承认,无论是一般性的法律概念还是具体性的法律知识,都不可避免地‘地方化’。”〔39〕既然地方性和社群性能够相融通、相化约,且是理解地方立法和民间规范的两把重要钥匙,民间规范和地方立法就可以利用这两把钥匙打开融合发展的大门。

(二)民间规范的传承性与地方立法的固有性融合之可能

民间规范具有很强的历史、文化传承性,其发展变迁是一个社会历史、文化延续和传递的过程。即使受到外来文化的冲击,民间规范也不会脱离其所赖以生存发展的政治、经济、文化条件急剧变化,而是在代际之间以“继承——创新——再继承——再创新”的方式渐进变迁。

新制度经济学将制度分为非正式制度、正式制度、治理模式和常规经济活动四个层次。民间规范属于非正式制度范畴,它处于制度的最高层也是最基本层,“它们变化缓慢,历经世纪千年依然延续”;法律规范属于正式制度范畴,处于制度的第二层次,它们的演进可能只有数十年。〔40〕历史法学派代表人物萨维尼甚至坚定地认为,一国实在法与其语言一样,没有绝然断裂的时刻,以其民族的共同意识为特定居所。“法律首先产生于习俗和人民的信仰(popular faith),其次乃假手于法学——职是之故,法律完全是由沉潜于内、默无声而孜孜矻矻的伟力,而非法律制定者(a law-giver)的专断意志所孕就的。”〔41〕即使用严格法学意义上的合法性、规范性、实效性概念考察民间规范,我们也会发现,民间规范在规范形式、内容、实施方式等方面,都有着鲜明的历史传承性。以近代以来中国商会的自治规范变迁为例,具有现代性的商会自治规范依然在规范法学意义上传承着中国传统行会、会馆制度的某些规范元素。“中国传统制度中的家长制和集权制依然会凌驾于具有现代性的自治契约之上”;“有些自治契约以义务来表述权利,只言义务,不言权利”;“建立在自治契约规范上的自治秩序,在某些方面还对官府存在依赖性”。〔42〕

与民间规范的传承性相类似的是,地方立法有着典型的固有性。所谓地方立法的固有性,是指相对于中央立法而言,地方立法更注重选取固有法作为法源的特性,而较少有继受法或移植法的特性。固有法是指“渊源于一个民族固有文化的法”,继受法是指“一个国家从一个或多个

〔37〕 (法)孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1995年版,第7页。

〔38〕 (德)伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第31页。

〔39〕 刘星:《法律是什么:二十世纪英美法理学批判阅读》,中国政法大学出版社1998年版,第257页。

〔40〕 参见(美)阿维纳什·迪克西特:《法律缺失与经济学:可供选择的经济治理方式》,郑江淮等译,中国人民大学出版社2007年版,第7页。

〔41〕 (德)弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第11页。

〔42〕 谈萧:《中国商会治理规则变迁研究》,中国政法大学出版社2011年版,第271、284、298页。

个外国继受的法”。〔43〕法的继受或移植一般发生在中央立法领域,对于中国这样面临法制现代化转型的国家尤其如此。“法律移植无疑是我们建构民族国家中必须面对的选择,我们的法学也因此打上移植的品格。”〔44〕从清末到民国,我国很多中央立法大量移植了西方法律制度,以至于“西法东渐”一度成为一个时代的主题词。

改革开放以来,全国人大常委会几任委员长也多次强调可以进行法律移植或借鉴,“外国、香港一些有关商品经济发展的成熟法律,我们也可以移植和借鉴,不必事事从头搞起。”〔45〕“凡是国外立法中比较好的又适合我们目前情况的东西,我们都应大胆吸收……有些适合我们的法律条文,可以直接移植。”〔46〕“我们还注意研究借鉴国外的立法经验,从中吸取那些对我们有益有用的东西。”〔47〕与中央立法不同,地方特色是地方立法的核心与灵魂,是衡量地方立法质量的重要标准,而地方特色通常存在于本地固有文化之中,所以地方立法很难从异域文化背景中移植或继受法律制度,而必须从本地固有文化中寻找立法资源。法律文化学者的考察甚至表明,一个地方所固有的法律文化不仅深刻地影响着该地方的立法,也深刻地影响着该地方的司法。〔48〕因此,在法律文化上,相较于中央立法,地方立法有着更强的固有文化属性。而民间规范传承性的一个主要表现就是传承一定区域内的固有文化和传统文化,由此就与地方立法的固有性是吻合的。民间规范的传承性和地方立法的固有性能够吻合,这为二者的融合发展提供了又一可能。

(三)民间规范的经验性与地方立法的执行性融合之可能

如果将民间规范比喻成“法”,那么透过民间规范最能理解霍姆斯那句广为传颂的名言:“法律的生命不是逻辑,而是经验(The life of the law has not been logic; it has been experience)。”〔49〕民间规范形成于特定社会群体的日常生活,并通过社会成员在代际之间口耳相传,因此具有显著的经验性特征。霍姆斯关于“法律的生命是经验”的判断,正是基于英国普通法的主要来源就是各个地方的民间习惯。英国普通法最初就是巡回法官在司法实践中,根据国王的敕令,又糅合各地的习惯法,创造出的法律原理、原则和制度。“普通法的原则是一种致力于经验的理性原则。它体现出经验将为行为的标准和判决的原则提供最满意的基础。它认为法律不是由君王意志的诏令武断地创制,而是由法官和法学家从过去实现或没有实现正义

〔43〕 千叶正士,见前注〔8〕,第188页。

〔44〕 强世功:“迈向立法者的法理学——法律移植背景下对当代法理学的反思”,《中国社会科学》2005年第1期,第121页。

〔45〕 万里:“万里委员长在人大常委会召开的座谈会上作重要讲话:完善代表大会制度,加快人大立法步伐”,载《人民日报》1988年12月8日,第1版。

〔46〕 乔石:“乔石谈社会主义市场经济体制建立和完善:必须有完备的法制规范和保障”,载《人民日报》1994年1月15日,第1版。

〔47〕 吴邦国:“在形成中国特色社会主义法律体系座谈会上的讲话”,《中国人大》2011年第2期,第13页。

〔48〕 Thomas W. Church, Jr., “Examining Local Legal Culture”, *American Bar Foundation Research Journal*, Vol.10, No. 3, 1985, pp.449—518.

〔49〕 O. W. Holmes, Jr. *The Common Law*, Boston: Little, Brown, and Company, 1881, p.1.

的法律原理、法律原则的经验中发现的。”^[50]

民间规范显然是经验性的,普通法学者甚至用经验命题(experiential propositions)即“描述社会次级群体中所遵循的日常行为模式的命题”来指称习惯(usage):与法律规范倾向于描述人们应当怎样做不同,习惯本身只是描述人们实际怎么做。^[51]与普通法相类似,“民间法也是根据经验创造出来的,只不过是根据民间社会主体的经验而不是法官的经验。”^[52]民间规范的经验性并不意味着它就是模糊的、粗陋的。换言之,民间规范并不因为其经验性就丧失了规范法学意义上的规范性。这一点在商事习惯上体现得较为明显。商事习惯的经验性与规范性的并行不悖,成为塑造近现代商法体系的核心元素。伯尔曼在考察西方商法传统时指出,“商法最初的发展在很大程度上——虽不是全部——是由商人自身完成的;他们组织国际集市和国际市场,组建商事法院,并在雨后春笋般出现于整个西欧的新的城市社区中建立商业事务所。”“在1050年和1150年之间,商法中的各种权利和义务实际上也变得更加客观、准确,而较少任意、模糊。商法体系中存在着一种从习俗(行为模型)意义上的习惯到更为细致地加以界定的习惯法(行为规范)的运动。随着商法规范日益变为成文的东西——部分采取的是商事立法的形式,但首先采取的还是那种多少有点陈旧旧习性质的成文商业文件的形式——它们的专业性也越发增强。”^[53]

经验是为复杂社会提供了一种可重复执行而又不失精确性(规范性)的行为模式。而地方立法,一个重要的功能就是为地方执行上位法提供更为具体、更可操作的行为模式。对此,我国《立法法》的表述是:地方性法规可以就“为执行法律、行政法规的规定,需要根据本行政区域的实际情况作具体规定的事项”作出规定(第七十三条);地方政府规章可以就“为执行法律、行政法规、地方性法规的规定需要制定规章的事项”作出规定(第八十二条)。地方立法的这一功能可以被称为执行性,执行性地方立法“是对法律和行政法规中的法律规范的确切含义和适用范围予以明确规定,是将法律和行政法规的一般性规定适用于个别的、具体的情况。”^[54]也有学者用“实施性”描述地方立法的执行性。^[55]地方立法的执行性意味着根据本地情况制定执行上位法的具体实施规范,这表明它不能简单复制上位法的规范,我国《立法法》明确规定地方性法规“对上位法已经明确规定的内容,一般不作重复性规定”(第七十三条)。由于民间规范的经验性来源于一定范围的地方日常生活,执行性地方立法就可以从民间规范的经验性中汲取规范资源。

此外,地方立法的执行性是相对于创制性而言的,一般而言,地方立法要么是根据地方实际创制性地制定上位法所没有规定的法律规范,要么是根据地方实际制定具体的执行上位法

[50] (美)罗斯科·庞德:《普通法的精神》,唐前宏等译,法律出版社2000年版,第129页。

[51] 参见(美)迈尔文·艾隆·艾森伯格:《普通法的本质》,张曙光等译,法律出版社2004年版,第45页。

[52] 陈文华:“规范法学视野下的民间法”,《广西社会科学》2010年第7期,第78页。

[53] (美)哈罗德·J.伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第414、415—416页。

[54] 崔卓兰、于立深等:《地方立法实证研究》,知识产权出版社2007年版,第8页。

[55] 参见许俊伦:“地方立法的特征”,《法律科学》1996年第5期,第24—25页。

的规范。“执行性地方立法并不创制新的权利义务规范。”^{〔56〕}从非创制性的角度看,地方立法的执行性与民间规范的经验性也是能够相互融通的。因为民间规范的经验性是对较长历史时段内已有行为模式的反复运用,执行性地方立法对其予以吸收,一般不会创制新的权利义务规范。地方立法在发展执行性规范时,也会为民间规范的经验演进提供诱致性变迁的可能,因为法律规范的权威性更容易被地方民众认可,由此民间规范的经验性也能从地方立法的执行性中获得发展资源。

三、民间规范与地方立法融合发展的障碍及其消解

前文对民间规范与地方立法融合发展之可能的论证,只是对二者融合发展命题的证实。归纳逻辑要求除了证实,还必须证伪。“所有的经验科学的陈述(或所有‘有意义的’陈述)必须能够最后决定其真伪的;……这意味着,它们的形式必须是:证实它们和证伪它们在逻辑上都是可能的。”^{〔57〕}当我们陈述“民间规范与地方立法能够融合发展”这一命题时,它必须是可证伪的,也就是导致二者不能融合发展的因素是可以消除的。对于归纳逻辑,证伪比证实更为重要。波普尔尤为强调可证伪性:“应作为分界标准的不是可证实性,而是可证伪性,……我不要求一个科学体系能一劳永逸地在肯定的意义上被选拔出来,我要求它具有这样的逻辑形式,它能在否定的意义上借助经验检验被选拔出来:一个经验的科学体系必须可能被经验反驳。”^{〔58〕}

(一)民间规范守成,地方立法创新

民间规范与地方立法融合的首要障碍,来自于二者有着明显不同的规范发展倾向:民间规范倾向于守成,地方立法却倾向于创新。民间规范受传统文化和社会习俗影响较深,因而在规范发展上更注重守成。哈耶克从文化进化和拓展秩序上论证了民间规范为何更注重守成:在逻辑上、心理上和时间上,本能比习俗更久远,习俗又比理性更久远。习俗不是出自无意识的因素,不是出自直觉,也不是出自理性的理解力,而是建立在人类经验基础上通过文化进化的过程形成的。人通过学习获得的习俗日益取代了本能反应,这并非人利用理性认识到习俗的优越之处,而是因为习俗使得超越个人视野的拓展秩序发展成为可能。这种秩序能够促进即使是盲目的社会成员之间更为有效的相互协调,从而维持更多的人口,并取代其他社会群体。^{〔59〕}新制度经济学者进一步通过制度演化博弈分析指出,习俗是“人们社会活动与交往中的一种演化稳定性,一种博弈均衡”。^{〔60〕}在制度演化过程中,民间规范的守成,是一种能够形成博弈均衡的策略,一旦某一民间规范的守成作为演化稳定策略在一个社会群体形成,每个社

〔56〕 崔卓兰、于立深等,见前注〔54〕,第9页。

〔57〕 (英)波普尔:《科学知识进化论:波普尔科学哲学选集》,纪树立编译,三联书店1987年版,第27页。

〔58〕 波普尔,见前注〔57〕,第28页。

〔59〕 F. A. Hayek, *The Fatal Conceit: The Errors of Socialism*, Padstow, Cornwall: T.J. Press (Padstow) Ltd., 1992, p.23.

〔60〕 韦森:《制度分析的哲学基础:经济学与哲学》,上海人民出版社2004年版,第156页。

会成员都会黏附于这种策略。

与民间规范的守成相反,地方立法特别强调创新。在联邦制国家,地方立法的创新是实现地方自治的一个重要手段,也是各地方通过法治进行竞争的重要手段。例如,美国特拉华州非常注重公司法立法方面的创新,通过与华盛顿、新泽西等州的公司法立法竞争,特拉华州创造了良好的公司法制环境,吸引了美国超过半数的大型公众公司注册在该州。^[61]在单一制国家,地方立法承担着为中央立法提供经验和基础的探索性功能,因而也强调创新。我国《立法法》(第七十三条)明确规定:“除本法第八条规定的项外,其他事项国家尚未制定法律或者行政法规的,省、自治区、直辖市和设区的市、自治州根据本地方的具体情况和实际需要,可以先制定地方性法规。”在改革开放的背景下,我国更强调地方立法先行先试的创新:“对改革开放中遇到的一些新情况新问题,用法律来规范还不具备条件的,先依照法定权限制定行政法规和地方性法规,先行先试,待取得经验、条件成熟时再制定法律。”^[62]

民间规范守成,地方立法创新,这似乎为二者的融合发展制造了巨大的障碍。但是,从制度演化博弈上分析,民间规范守成作为演化稳定策略达致的博弈均衡并不是绝对的。演化博弈均衡意味着,“如果一个现存策略是演化稳定均衡策略,那么,必须存在一个正的入侵障碍,使得当变异策略的频率低于这个障碍时,现存的策略能够比变异策略获得更高的收益”。^[63]这表明,如果地方立法的创新作为一种变异策略提供的收益比民间规范的守成作为现存稳定策略的收益更高时,地方立法的创新就会成为一种新的稳定策略,而战胜民间规范的守成策略。现实中,民间规范中许多简单、粗暴的规范就不断被更为精细、文明的现代法律规范所取代。例如,传统民间规范中的“杀人偿命”“以眼还眼、以牙还牙”“丛林规则”等同态复仇规范或私力救济规范,就不断被国家立法中的修复性责任规范和公力救济规范所融化。

另一方面,当民间规范的守成能够提供一种收益更高的演化稳定策略时,地方立法向民间规范学习,本身可能就是一种创新。例如,我国一些少数民族地区至今在杀人、伤害案件中坚持“赔命价”习惯,在法律规范上死刑制度依然奉行“杀人偿命”的原始策略时,这些少数民族“赔命价”习惯守成的却是“保全生命”“感化活人”的温和策略,这恰好暗合了当今世界大部分国家废除死刑制度的立法潮流。如果地方立法融合类似民间规范的守成,不能说不是一种的创新。可见,民间规范的守成与地方立法的创新给二者融合发展制造的障碍,并非是不能消解的。

(二)民间规范自发,地方立法建构

在秩序形成机制上,民间规范和地方立法的融合发展也存在障碍。民间规范是自发的秩序,而地方立法则是建构的秩序。哈耶克最早提出了自生自发秩序(spontaneous order)这一概念,它也可被称为自我组织的秩序(self-organizing order)或人的合作的扩展秩序(extended

[61] Mark J. Roe, “Delaware’s Competition”, *Harvard Law Review*, Vol.117, No.2, 2003, pp.588—646.

[62] 吴邦国,见前注[47],第13页。

[63] 黄凯南:“演化博弈与演化经济学”,《经济研究》2009年第2期,第136页。

order of human cooperation)。哈耶克认为,“自发社会秩序所遵循的规则系统是进化而非设计的产物,而这种进化的过程乃是一种竞争和试错的过程,因此任何社会中盛行的传统和规则系统都是这一进化过程的结果。”^[64]最为典型的自发秩序就是通过民间规范形成的秩序,某一社会群体基于“共同经验”即习俗形成的拓展秩序,是理性建构难以企及的。因为这种秩序并不要求每个社会成员都是理性的,而是每个社会成员都假定大家都会持续昨天的情形,因而会放心地进行社会活动和交往。在自发秩序中,哈耶克甚至观察到了对习俗遵从已经成为人的本能行为。“个人几乎像遗传的本能那样无意识地习惯于遵从习得的规则,遵从习得的规则逐渐替代了本能,由于二者的决定因素之间有着复杂的相互作用,以至于很难将二者严格区分。”^[65]制度演化博弈论者进一步指出,人们通过试错(trial and errors)的学习过程自生自发地生发出某种习俗来。习俗是“在有两个以上演化稳定策略的博弈中的一种演化稳定策略。这即是说,习俗是有两个以上行为规则中一种规则,而任何一种规则已经确立,就会自我维系(self-enforcing)”。^[66]

与民间规范基于集体无意识选择的自发秩序相反,地方立法则是一种基于理性规划和设计的建构秩序。当我们用“民主化”“科学化”这样的词语来描述并要求地方立法时,当地方立法机关编制立法规划、公布立法计划并强调公众参与、重视专家立法咨询意见时,地方立法无一不以一个建构者的姿态呈现在我们面前。在我国,很多地方的“地方立法条例”(或“制定地方性法规条例”)都根据《立法法》第六条,规定地方立法应当“科学合理地规定公民、法人和其他组织的权利与义务、地方国家机关的权力与责任”。这样的规定被认为是地方立法的理性建构即科学立法原则的标志。^[67]地方立法基于理性建构主义的建构秩序形成机制,与民间规范基于文化进化论的自发秩序形成机制,显然存在融合的障碍。因为,自发秩序意味着无需规划和设计社会制度,建构秩序则意味着可以通过人的理性,根据某些原则(比如正义原则)对社会制度进行设计和修正。

然而,自发秩序和建构秩序都存在自身难以克服的局限,需要借助对方的力量予以超越。自发秩序强调对经验的利用,但经验本身并不具有自我批判、自我反思的能力,因而很难实现自我超越。建构主义有助于利用理性的批判力量,发掘经验的普遍性和一般性,从而实现对经验的超越。民间规范作为一种经验性的制度事实,是可以借助地方立法的建构主义理性批判和超越的。建构秩序强调通过理性规划、设计来规范、改造甚至革新社会,但是容易过分相信理性的规划设计能力,从而导致哈耶克所说的“致命的自负”“科学的反革命”,给社会带来灾难性后果。

建构秩序的理性自负可以通过自发秩序的经验主义来克服。因此,将民间规范的自发秩

[64] 邓正来:“哈耶克的社会理论——《自由主义秩序原理》代译序”,(英)弗里德里希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》,邓正来译,三联书店1997年版,第6页。

[65] 见前注, Hayek, supra note 59, p.17.

[66] R. Sugden, “Spontaneous Order”, *Journal of Economic Perspective*, Vol.3, No.4, 1989, p.91.

[67] 参见曹胜亮:“论地方立法的科学化”,《法学论坛》2009年第3期,第65页。

序融合进地方立法的理性建构之中,是有助于避免地方立法的自负和过分自信的。伯尔曼认为,“习惯转变成法律在某种程度上是因为中央集权的政治权威的出现,当时需要在顶层有意识地重新组织,以便控制和指导中层和底层缓慢变化着的结构。于是,法律成了被改造的习惯,而不只是立法者的意志或理性”。〔68〕在社会治理实践中,自发秩序和建构秩序是可以相互融合和促进的。实践是人类社会的存在方式,是理性的渐进性与建构性的统一。民间规范的自发秩序和地方立法的建构秩序看似难以协调,实际上仍可以通过实践来融合发展。“在实践中,渐进理性所形成的经验成果与建构理性的设计与规划一同指导人们的实践活动,实践能克服理性的主观性和抽象性、片面性,又能丰富、肯定或否定经验。”〔69〕

(三)民间规范自下而定,地方立法据上而立

在规范面向上,民间规范“向下看”,目光始终流盼在最基层的社会,因而是自下而定,即唯下的。地方立法,尤其是单一制国家的地方立法,则必须“向上看”,强调根据上位法来制定规范,执行性地方立法的直接依据是上位法,创制性地方立法亦不得与上位法相冲突或相抵触。联邦制国家的地方立法尽管具有高度的自治性,但也会强调国家意识形态层面的“政治正确”。因此,地方立法总体上是据上而立,即唯上的。民间规范的唯下与地方立法的唯上,造成二者在规范面向上存在融合的困难。

在传统中国社会,并没有上位法意义的“上位规范”拘束民间规范,民间社会因此对国家及其统治权力持一种非常散漫甚至无视的态度,“日出而作,日入而息,凿井而饮,耕田而食,帝力于我何有哉?”〔70〕秦始皇废分封制而建立中央集权的郡县制之后,地方国家权力机构也只达到县治一级,余下的社会空间基本依靠民间规范来运行,在这一空间,民间规范基本不用考虑国家权力。在西欧,封建制从西罗马帝国灭亡后的公元四世纪末一直延续到十六世纪初,王权不仅对封建庄园统治力有限,而且还会受到领主权的挑战,庄园里的习惯法、城市的行会法,对王权也基本是无视的。“从根本上讲,这个时期的全部文明是因循传统的,所以封建社会第一阶段的法律制度是以这样的观念为基础的:从来之事物事实上都是天然合理的——虽然确实受到更高道义的影响,但并非毫无保留地接受。”〔71〕近代以来,随着民族国家的兴起和国家治理能力的不断提升,国家权力借助发达的立法技术不断渗透进民间社会。即便如此,民间规范在其效力所及的范围,依然是较少考虑国家权力的。例如,近年来我国很多地方通过立法或行政规范性文件推行的“禁鞭令”和殡葬改革政策,就因为与民俗冲突过大而遭到规避或抵制,甚至由此引发群体性事件或剧烈的官民冲突。

但是,从人类社会规则演进的角度看,民间规范唯下与地方立法唯上的矛盾,只是二者在各自发展过程中关注侧重点的不同,在规则进化上,民间规范的唯下与地方立法的唯上所带来

〔68〕 伯尔曼,见前注〔53〕,第663页。

〔69〕 曹中海:“哈耶克进化论理性主义对罗尔斯理性建构主义的批判”,《学习与探索》2006年第4期,第64页。

〔70〕 语出《击壤歌》,参见徐天闵选编:《古今诗选》,熊礼汇校订,武汉大学出版社2013年版,第4页。

〔71〕 (法)马克·布洛赫:《封建社会》,张绪山译,商务印书馆2004年版,第200页。

的冲突,并非是不可调和的。韦伯认为,从习俗到惯例、从惯例到法律,是社会秩序的动态的内在逻辑发展过程:法律、惯例与习俗属于同一连续体,它们之间的相互转化和过渡是难以察觉的。〔72〕伯尔曼也指出:“西方法律传统部分产生于基层团体内部以及它们之间社会和经济互相联系的结构。相互关系的行为模式需要规范:惯例被转变为习惯,习惯最终又被转变为法律。”“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。”〔73〕民间规范自下向上运动,地方立法自上而下运动,在缓慢的演进过程中,二者能够形成同一的连续体,从而实现融合发展。

我们还可以进一步用制度演化博弈论的语言来分析民间规范与地方立法在唯下与唯上面向上的融合发展:人们在社会博弈中自下而上地产生博弈秩序,又从博弈秩序中型构出博弈规则,而博弈规则一旦型构完成或根据博弈秩序被制定出来,它又反来自上而下地维系和规制着人们按社会博弈规则进行博弈。并且,人们又在不断地重复博弈中通过自下而上和自上而下的循环往复方式,修改和创造出新的博弈规则。包括民间规范、法律规范等在内的社会规则作为一个整体的规则系统,不仅需要自下而上的规范发展机制,也需要自上而下的规范发展机制,现代社会中的立法尤其是地方立法,作为沟通中央治理与地方治理的一种机制,是有助于充分利用这两种规范发展机制,来促进社会规则系统的整体发展的。

四、民间规范与地方立法融合发展的路径

孟德斯鸠认为,只有特殊的法制,才把法律、风俗、礼仪混合起来。〔74〕地方法制,无疑属于这样的特殊法制之一。前文已论证了民间规范和地方立法能够在对立统一的关系中融合发展,那么二者应当如何融合发展呢?在我国当前,“改革所带来的多样化、多中心发展,权力下沉,大幅度加重了地方国家机关的责任,驱动了广泛的地方立法需求”。〔75〕2015年《立法法》修改时将地方立法权扩展至所有设区的市,在此背景下,明确民间规范与地方立法融合发展的路径就至关重要。从二者的对立统一关系及融合可能性来看,这一路径是一个双向互动的循环:民间规范先导地方立法,地方立法吸收民间规范,民间规范补充地方立法,地方立法规引民间规范。

(一)民间规范先导地方立法

对于地方立法而言,要彰显地方特色实现其地方性,要传承本土法制实现其固有性,要尊重地方经验实现其执行性,一个重要的途径就是将本地民间规范作为先行规范并以之为指引,按图索骥地进行立法。也就是说,民间规范是作为地方立法的“引路人”和“向导”的角色,融入

〔72〕 M. Weber, *Economy and Society*, 2 vols., Berkeley: The University of California Press, 1978, pp.14-15, p.319.

〔73〕 伯尔曼,见前注〔53〕,第663、665页。

〔74〕 孟德斯鸠,见前注〔37〕,第317页。

〔75〕 葛洪义:“关于我国地方立法的若干认识问题”,《地方立法研究》2017年第1期,第102页。

地方立法发展之中的,这是二者融合发展的第一个环节。正如卢梭所言,风尚、习俗、舆论等民间规范“形成了国家真正的宪法,它每天都在获得新的力量。当其它的法律衰老或消亡的时候,它可以复活那些法律或代替那些法律,它可以保持一个民族的创新精神,却可以不知不觉地以习惯的力量代替权威的力量”。〔76〕伟大的立法家尽管好像“把自己局限于制定个别的规章,其实这些规章都只不过是穹窿顶上的拱梁,而唯有慢慢诞生的风尚才最后构成那个穹窿顶上的不可动摇的拱心石”。〔77〕即使是罗马法典这样的伟大法典,它也“只是把罗马人的现存习惯表述于文字中”。〔78〕因此,地方立法只有充分尊重民间规范这个“前辈”和“老师”,理性地接受其向导,才能在地方法制建设和法治实践中真正形成权威。

民间规范对地方立法的先导,作为二者融合发展的一种路径,不能仅停留在认知和观念上,还必须落实到具体的立法活动中。为此,必须在地方立法过程中构建民间规范调查制度。目前我国地方立法一般会从民主立法和科学立法的原则出发,强调公众参与制度和专家论证制度的建设,却很少甚至完全不考虑民间规范调查的制度化。正如有学者指出:“就当下中国而言,无论是立法还是司法,与民间习惯的距离仍然很遥远;民事习惯作为法律渊源的实践意义大于理论意义,对民间习惯的重视仍停留在口头上。”〔79〕缺乏全面、细致、制度化的本地民间规范调查,很难说地方立法在事实上将民间规范作为先行规范予以对待,更难说在立法过程和具体条文上接受民间规范的向导。这样制定的地方立法,往往脱离地方实际,缺少地方特色,不能传承本土法制经验,进而也缺乏可操作性。简单重复上位法或者“抄袭”其他地方立法的现象也因此大量出现,“地方立法‘抄袭’导致地方立法灵活性和针对性不强,法的适用能力大打折扣”。〔80〕

民间规范作为先行规范引导地方立法,在我国古代地方立法中即有实践。例如,根据敦煌出土的唐代残卷,历史学者定名的“沙州敦煌县行用水细则”或“唐沙州敦煌地区灌溉用水章程”,就是在敦煌地区民间习惯基础上颁行的地方性水利法律规范。在清末民初,我国立法机构先后启动了两次为后世学界津津乐道的地方民事习惯和商事习惯调查运动,一次是清光绪三十三年(1907年)的民事习惯调查,一次是1917—1921年北洋政府时期的民商事习惯调查。从我国目前地方立法实践来看,民间规范与地方性法规发生关联的可能性更大。因此,民间规范调查制度可以先从地方性法规上建立。各地的“地方立法条例”(或“制定地方性法规条例”)应将民间规范调查作为某些类型的地方性法规制定的必经立法程序予以规定。例如,对于涉及少数民族生活、基层社会治理、文化传统保护等领域的地方立法,必须经过相应的民族习惯、乡规民约、社会风俗等民间规范的调查程序;对于市场监管、行业管理、城市治理等领域的地方立法,必须经过相应的商事习惯、行业规范、社区公约等民间规范的调查程序。

〔76〕 (法)卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆2003年版,第70页。

〔77〕 同上注。

〔78〕 (英)梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第11页。

〔79〕 王林敏:“法学向度的民间习惯调查与汇编”,《北方民族大学学报(哲学社会科学版)》2009年第5期,第128页。

〔80〕 孙波:“试论地方立法‘抄袭’”,《法商研究》2007年第5期,第5页。

(二)地方立法吸收民间规范

当地方立法遵从民间规范的向导,并在立法中启动民间规范调查程序后,就可以将作为先行规范的民间规范吸收进地方立法,使其结构于地方治理的正式秩序之中。通过地方立法,将通行于地方的民间规范结构到地方正式秩序中,既是地方贯彻落实国家法律的必要举措,也是地方将通行的民间规范结构于正式秩序的必要方式。^{〔81〕}但是,地方立法对民间规范的吸收,并非是对民间规范的“照单全收”,而是根据良法善治的标准和要求,对民间规范予以衡量式的采纳。按照现代法治“保护私权、控制公权”的精神,在私权保护和私人主体交往领域,地方立法可多吸收民间规范,而对于公权及公权主体治理的领域,一般不宜吸收民间规范。例如,山东作为孔孟之乡,有着明显的“尊师重教”传统,山东人称呼陌生人一律为“老师”;广东作为改革开放前沿,有着明显的“崇商重利”传统,广东称呼陌生人一律为“老板”。对于这样的民间传统,两地在制定教育法规范或商事法规范时,就可以在某种程度上予以吸收。而在我国很多地方尤其是基层社会,民间至今依然有着严重的“官本位”传统,对于这样的民间传统,地方立法不仅不能吸收,而且要在规范公共权力和基层治理的立法中大力克服和消除。

地方立法对民间规范的吸收有两种形式:一是认可,二是转化。

认可是法的创制方式之一,不仅适用于中央立法,也适用于地方立法。通过认可的方式将民间规范吸收进地方立法,能够使得在一定地域范围的民间规范从具有社会实效的“行动中的法”变为具有法律效力的“纸面上的法”,进而在地方法治实践中又能够变为具备法律实效的“行动中的法”。地方立法对民间规范认可包括授权性认可、概括性认可和具体性认可。授权性认可是指地方立法尊重或允许某些类型的民间规范对社会关系的调整。例如,《广东省旅游管理条例》规定:“旅游经营者不得提供有损民族风俗习惯的服务项目。”这一规定为民族风俗习惯调整旅游关系提供了地方性法规依据,是地方立法对民间规范的授权性认可。概括性认可是指地方立法不直接列明所认可的民间规范内容,而是笼统地认定某类民间规范具备法律效力。例如,《上海市消费者权益保护条例》规定:“消费者在购买、使用商品或者接受服务时,其财产受到损害的,有权要求经营者依法对其造成的损失予以赔偿;法律、法规未作规定的,消费者有权要求经营者按照行业规则予以赔偿。”这一规定认可了行业规则的法律效力,属于地方立法对民间规范的概括性认可。具体性认可是指地方立法明确列明其认可的民间规范。例如,《伊犁哈萨克自治州施行〈中华人民共和国婚姻法〉补充规定》规定:“保持哈萨克族七代以内不结婚的传统习惯。”这一地方立法非常明确具体地认可了哈萨克族的相应婚姻缔结习惯,而这一民间习惯实际上是作为中央立法的《婚姻法》相冲突的,通过地方立法的具体性认可,中央立法与民间习惯的直接冲突被确定无疑地消解了。

转化是指在对民间规范进行衡量之后,剔除其不合理、不合法的部分,或者加以部分改造,吸收进地方立法的一种方式。如果说认可是一种直接吸收,那么转化则是一种间接吸收。转化需要对民间规范进行价值衡量和合法性评判,因而比认可需要更高超的立法技术。地方立法对民间规范的转化包括修正性转化和合法性转化。修正性转化是指将民间规范中明显不合

〔81〕 参见谢晖:“论民间法结构于正式秩序的方式”,《现代法学》2016年第1期,第18页。

理的部分予以改造后吸收进地方立法。例如,《淄博市殡葬管理条例》规定:“少数民族公民死亡后,按照其丧葬习俗土葬的,应当在规定的地点埋葬。”这一地方立法就在一方面认可了少数民族的土葬习俗,另一方面又为了避免民间随意适用土葬习俗造成不必要的土地资源浪费,而将该地的土葬习俗转化为“在规定的地点埋葬”后吸收进地方立法。这种转化是对民间规范的一种修正性转化。合法性转化是指对民间规范中违反法律强制性规定的部分予以剔除后吸收进地方立法。例如,《黔南布依族苗族自治州执行〈中华人民共和国婚姻法〉的变通规定》规定:“在履行结婚登记确立夫妻关系后,对民族传统的结婚仪式,有改革或者保持的自由,但不能以民族的风俗习惯代替结婚登记。”这一地方立法认为该民族结婚仪式传统中以民族习惯代替结婚登记的规范是不合法的,与具有现代性、先进性的强制性法律规范冲突过大,因此应予以剔除,而只对除此之外的结婚仪式民族习惯予以吸收。这种转化是对民间规范进行合法性评价之后的有所取舍的转化。

(三)民间规范补充地方立法

如前所述,民间规范与地方立法的融合发展是一种“和合”,既包括合二为一的“同合”,也包括和而不同的“融和”。《现代汉语词典》就将“融合”解释为“几种不同的事物合为一体”,同时又指出其也作融洽、和谐意义上的“融和”解释。^[82]如果说地方立法对民间规范的吸收是二者在某些方面合二为一的“同合”发展路径,那么还需要二者在和而不同的基础上“融和”发展。民间规范不被地方立法吸收,而是站在地方立法规范场域之外对地方立法予以补充,就是这样的一种融和发展路径,与地方立法对民间规范的吸收一起构成了一体两面的融合发展环节。

民间规范作为规范多元之一种,在地方治理中有其独立存在之价值,地方立法既无必要也无可能将所有民间规范纳入囊中。地方立法亦非万能,立法权尽管源自人民主权,但它依然要依托代议机关来行使,与所有公权力一样,并不具有终极化和自我合法化的性质,节制是其重要的美德之一。地方立法不节制,万事皆立法,其后果可能是使得其权威销蚀。最近几年,江苏、杭州、山东、吉林等地纷纷立法规制子女“啃老”现象,例如《吉林省老年人权益保障条例》规定:“有独立生活能力的成年子女或其他亲属要求老年人给予经济资助,老年人有权拒绝。”这种地方立法就因介入本应由民间伦理规范和善良风俗调整的社会关系领域而广受争议。同时,立法永远不可能是完备的,这既源于立法所依赖的经验材料的滞后性,也源于立法所利用的语言文字的模糊性。地方立法的节制美德和不完备局限,都要求其充分利用民间规范的补充来促进其自身的发展。而民间规范在补充地方立法的疏漏、促成地方立法发挥节制美德的过程中,也进一步明确了自己在地方治理中的定位和作用,在实践中不断完善自己。通过这样的彼此成就,民间规范与地方立法实现了“和合”意义上的融合发展。

民间规范对地方立法的补充有两种形式:

[82] 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典(第6版)》,商务印书馆2012年版,第1101页。

一是经由主体自治的补充,即民间社会主体通过个体自治或团体自治,^[83]适用民间规范,从而补强地方立法所意欲追求的地方治理秩序。例如,地方或民间社会自治主体(村委会、居委会、业主委员会、行业协会等)通过适用村规民约、社区公约、物业规约、行业规章等民间规范,一般能够营造比地方立法更优的地方治理秩序。从理论上讲,民间规范基于个体自治和团体自治对地方立法的补充,都可能开发出更好的治理秩序。正如美国现实主义法学家卢埃林所言,商人遵循商业习惯起草合同或进行仲裁,能够补救恶法;行业协会也可以替代恶法或填补法律漏洞。^[84]

二是经由主体选择的补充,即民间社会主体在包括地方立法在内的法律和民间规范之间自主选择,适用民间规范,从而实现与地方立法所意欲达到一致的地方治理秩序。例如,《广东省实施〈中华人民共和国人民调解法〉办法》规定:“人民调解委员会在不违反法律、法规强制性规定的前提下,可以参考行业惯例、村规民约、社区公约和公序良俗等,引导当事人达成调解协议。”这一规定即属于民间规范对地方立法经由主体选择的补充的一种立法确认,它允许民间主体选择适用民间规范,从而补充地方立法之不足。无论是经由主体自治的补充,还是经由主体选择的补充,民间规范都会被代入地方治理秩序之中,一方面弥补地方立法的不完备性——制定法总是存在不完备性的,另一方面也通过融入正式法律制度和法律秩序,实现民间规范自身的发展。

(四)地方立法规引民间规范

民间规范作为社会经验演进的产物,其本身并不具备自我批判和反思的能力。卢埃林认为,将社会秩序完全交由习惯来控制,无异于为错误认识提供了条件;如果法律的目的在于实施正确的行为,那么它就不能径直导向某一仅是众多当事人所愿意的结果。单纯依靠习惯来行事的前提是那些成为惯例的东西就是正确的,这显然在逻辑上是不成立的,即使是法律现实主义者,也并不意图从实然(is)中推出应然(ought),相反强调从实然中学习并改进之。^[85]民间规范的事实性和经验性仅仅是一种实然,当其运用于地方法治实践时,必须接受规范分析的检视。正如实证主义法学家哈特所言,“对于特定行为模式被视为共同标准,应持有反思批判的态度,而这个应在评论中(包括自我批判)表现出来,以及对遵从的要求,和承认这样的批判与要求是正当的”。^[86]

[83] 所谓团体自治是指社会组织作为一个团体进行自我管理、自我服务和自我发展。我国《公司法》上的公司自治、《物权法》上的业主委员会自治、《村民委员会组织法》上的村民自治、《居民委员会组织法》上的居民自治、各地方《行业协会条例》上的行业协会自治,均属于团体自治范畴。有学者认为,团体自治权在我国属于宪法未列举权利,是由宪法概括性人权保障条款加以保障的宪法权利。参见李海平:“论作为宪法权利的团体自治权”,《吉林大学社会科学学报》2011年第6期,第143页。

[84] Alan Schwartz, “Karl Llewellyn and the Origins of Contract Theory”, in Jody S. Kraus & Steven D. Walt (ed.), *The Jurisprudential Foundations of Corporate and Commercial Law*, 中国政法大学出版社2003年版(影印本), pp.25-26.

[85] 见前注, Alan Schwartz, supra note 84, pp.21-22.

[86] (英)哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第55页。

因此,在民间规范与地方立法的融合发展过程中,地方立法作为建构理性,应当对民间规范的渐进演化予以批判性规训和指引,从而尽力避免民间规范作为缺乏自我批判和自我反思能力的经验事实而误入歧途。民间规范也应适时接受地方立法的规训和指引,从而尽力克服经验演进的局限,实现良性发展。

地方立法对民间规范的规训,是指地方立法站在现代法治的立场上,遵循现代法治精神,以法律规制的形式,改造、否认、取缔某些严重违法法治原则、侵犯人权的民间规范。改造式规训重在“劝训”,规制程度较弱。例如,《上海市烟花爆竹安全管理条例》规定:“鼓励移风易俗,倡导使用电子鞭炮、礼花筒等安全、环保的替代性产品。”这一地方立法旨在劝导民间社会改造烟花爆竹燃放习俗,以安全环保的产品替代危险及污染环境的烟花爆竹。否认式规训意在法律评价,规制程度居中。例如,《伊犁哈萨克自治州施行〈中华人民共和国婚姻法〉补充规定》规定:“订婚不是结婚的法定程序,不受法律保护。”这一地方立法否定了订婚程序的法律效力,通过否定性的法律评价规训民间慎用订婚习俗。取缔式规训意在革除陋俗,规制程度最强。例如,《宁夏回族自治区实施〈中华人民共和国妇女权益保障法〉办法》规定:“禁止早婚、包办婚姻、买卖婚姻和借婚姻索取财物;禁止用宗教、习俗仪式代替婚姻登记。”这一地方立法明确禁止婚姻陋俗,旨在通过立法禁止来取缔相应民间规范。由于民间规范是独立于地方立法的规范系统,有其自身的演进逻辑,故地方立法在规训民间规范时,应慎用规制程度最强的取缔式规训,而多用规制程度稍弱的改造式和否认式规训。例如,很多地方立法中的“禁止借婚姻索取财物”规定、“禁止土葬”规定,就有不分青红皂白、简单粗暴地取缔民间婚姻缔结中“彩礼”习俗或民间慎终追远的丧葬习俗的倾向,这样的强规制措施很可能遭到民间规范的普遍抵制而失去实效性,甚至引发社会冲突。

地方立法对民间规范的指引,是指地方立法根据现代法治原则,利用其在地方治理过程掌握的信息和知识优势,引导民间规范走上目标化、规范化和合法化的发展道路。目标化指引是引导民间规范配合地方立法完成某些社会治理目标,克服民间规范自发生长的盲目性。例如,《安徽省禁毒条例》规定:“村民委员会、居民委员会应当在村规民约、居民公约中规定禁止吸食、注射、贩卖毒品和种植毒品原植物的内容,对村民、居民和本区域内的流动人口进行禁毒宣传教育。”这一规定就是通过地方立法来设定禁毒的社会治理目标,并引导民间规范配合完成这一目标。规范化指引是引导民间规范形成适应日益复杂的现代社会治理的系统性规则,克服民间规范过于依赖简单的历史传统的局限。例如,《山西省城乡环境综合治理条例》规定:“村民委员会应当制定维护村容村貌、环境卫生和秩序的村规民约,对垃圾分类、投放、收集和清运以及污水排放等作出约定。”这一规定以地方立法的形式,为民间规范的内容创制设定了现代性要求,引导民间规范走向现代化、丰富化和精细化。合法化指引是引导民间规范符合法律规范,使其运行能够接受法律上的合法性检验。例如,《广州市妇女权益保障规定》规定:“村民大会、村民代表大会的决议以及基层群众性自治组织的自治章程、村规民约、农村集体经济组织的章程不得侵害妇女的合法权益。”这一规定为民间规范设定了合法性边界,指引其在合法的范围按照合法的方式运行。

五、结 语

随着依法治国的全面推进,我国法学界对“民间法”的研究出现了一个转向,即从研究“民间法”与国家法的互动关系转向研究民间规范与地方立法的融合发展,将民间规范的发展纳入地方法治建设环节予以考察,从而既回应地方立法主体扩容后对地方立法学的理论需求,又为推进“法治国家、法治政府、法治社会一体建设”的治国方略提供基于法治社会建设的理论阐释。良好的民间规范和科学的地方立法,不仅是全面依法治国之“全面”法治体系所应包含的重要内容,更是基层治理法治化建设之“推进”所应倚赖的重要手段。民间规范与地方立法的融合发展,能够从基层社会治理和地方法治建设层面推进国家治理体系和治理能力的现代化。地方立法融合良好的民间规范,能够丰富和完善地方乃至国家的法治体系,民间规范融合科学的地方立法,能够实现基层社会治理的现代化。为此,需要充分认识民间规范与地方立法融合发展的逻辑基础和可能性,消除其融合发展障碍,探寻其融合路径,为实施全面依法治国方略和推进国家治理现代化提供相应的理论支持与行动方案选择。

Abstract: Against the background of establishing a law-based country, government, and society and expanding the local legislative power according to the amended Legislation Law, it is necessary to give more attention to the integrated development of folk norms and the local legislation. Based on the principle of unity of opposites, we can infer that there is the potential to achieve the integrated development of folk norms and the local legislation. Folk norms' characteristics of sociality, inheritance and experience echo the local legislation's characteristics of locality, inherence and enforceability respectively. Admittedly, folk norm's characteristics of conservatism, spontaneity and bottom-up approach contradict with the local legislation's characteristics of innovation, construction and top-down approach, which brings barriers to the integrated development of folk norms and the local legislation. However, such barriers are not insurmountable. In other words, the negative proposition of the integrated development of folk norms and the local legislation is falsifiable. The possible approach to achieving the integrated development of folk norms and the local legislation is: folk norms introduce the local legislation; the local legislation absorbs folk norms; folk norms supplement the local legislation; the local legislation guides and regulates folk norms, which demonstrates a two-way interaction and boosts the process of comprehensively advancing the rule of law and modernization of governance capability.

Key Words: Folk Norms; Local Legislation; Unity of Opposites; Two-way Interaction; Integrated Development

(学术编辑:章永乐)

(技术编辑:孙竞超)