

## 論民間法作為憲政的共和基礎\*

謝 暉\*\*

### 摘 要

共和的憲政，強調的是憲政的共和來源問題。憲政的共和，強調的是憲政的共和功能問題。共和的憲政和憲政的共和這兩者共同說明，沒有共和的憲政是虛假的，而沒有憲政的共和是脆弱的。民間法所昭示的文化多樣性，特別是人們生活方式、行為方式和觀念基礎的多樣性，決定了一個國家建立共和的文化基礎。民間法的保護物件是作為主體的人，促使民間法內部運行的動力也是作為主體的人，而民間法外部交流的操作者，還是作為主體的人。民間法對全球共和的基本作用，就是通過設置各國進行國際對話的文化前提和規範（秩序）基礎，進而保障這些完全不同的文化前提和規範基礎，並在這些文化前提和規範基礎上，實現國際秩序的動態重構和高次提升，最終使全球置於憲政的共和這種動態的、高層次的秩序狀態下。

關鍵詞：民間法、憲政的共和、共和的憲政、國際共和。

---

\* 本文曾刊載於《法治研究》2016年第1期，頁3-24。  
責任校對：呂佳霖、張幼文。

\*\* 廣州大學法學院教授、博士研究生導師。  
穩定網址：<http://publication.iias.sinica.edu.tw/02110171.pdf>。



## 目 次

壹、共和：憲政的共和與共和的 憲政	肆、民間法與共和的多元主體基礎
貳、民間法與共和的多元文化基礎	伍、民間法、多元對話與憲政視 角的國際共和
參、民間法與共和的多元規則基礎	

民間法研究作為近十年間中國大陸法理學研究的重要話題，一直被一個疑問所困惑：和國家法相較，民間法不過在非正式法源意義上才有研究的價值，因此，它無論如何也進不了法學研究的主流殿堂。而筆者要說，倘若站在司法中心主義的立場看待相關研究，不無道理，並且在這十多年來，筆者一直積極支持並呼籲中國大陸法學研究應從宏大敘事向微觀論證轉型，從立法中心主義立場向司法中心主義立場轉型，以及從價值設證的論述向規範實證的論述轉型<sup>1</sup>。但是，上述主張和宣導，並不意味著其他層面的法學研究無關緊要。具體到民間法研究，它不但在司法的微觀意義上具有幫助法官進行法律續造，補充法律漏洞的價值，而且在宏觀的「文化—價值」意義上，它是締造法治和憲政的重要事實基礎和文化根據。誠如富勒（Richard Buckminster Fuller）所論：

習慣法應當被認為是憲法的組成部分，且在我們成文憲法之外理應得到大規模的徹底發展。習慣法之所以是憲法的組成部分，在於它包含了諸多分配各類國家機關法律權力的規則，即頒布規則和達成決策的權力，而這被認為是對

<sup>1</sup> 參見謝暉，法理學：從宏大敘事到微觀論證，文史哲，2003年第4期，頁92-93（2003年）；謝暉，我國法學家法律觀的轉變，法制日報，2000年4月30日、5月7日；謝暉，中國法理學的現狀及其發展，法制日報，2000年4月1日等。

於那些受習慣法影響的國家機關的適當約束<sup>2</sup>。

法學界如果僅僅在理論層面引進了有關憲政的觀念、具體概念以及一些概念分析工具，而不將這些概念運用於分析過去、尤其是當下中國大陸的具體材料——不僅是因立法而成的成文法材料，而且更包括人民日常生活、念茲在茲的那些「非正式」的民間法材料，就正像一位法官儘管熟讀各類法律條文，但不知如何將其運用於個案糾紛的解決中一樣。不但如此，而且還會由此養成好高騖遠、眼高手低的壞毛病。因此，擴展民間法研究的視界，照例是在規範法學研究的基礎上，豐富中國大陸法學研究的重要一環。其中民間法與看似格格不入的憲政之關聯研究，或許是特別值得期待和關注的話題。尤其是民間法和現代憲政的重要因素——共和關係的研究，更值得相關研究者著墨。本文即著眼於此，就如下問題展開論述。

## 壹、共和：憲政的共和與共和的憲政

共和一詞，可謂近代以來政治的主題詞。不論民治國家、君主（立憲）國家還是專制國家，多以共和相標榜。在當今世界，不實施共和的國家少之又少，公開主張反對共和的國家更是聞所未聞。不僅如此，共和一詞即使在中國固有的政治傳統中，人們也不陌生。司馬遷所謂「周召共和」的故事<sup>3</sup>，相信大凡瞭解中國歷史常識的人都不會陌生。而辛亥革命後宣導的「五族共和」主張，則是中國在現代化進程中提出的一個重要理念，它一改革命時期急風暴

---

2 See Bruce. L. Benson, *Customary Law with Private Means of Resolving Disputes and Dispensing Justice: A Description of a Modern System of Law and Order Without State Coercion*, 9(2) J. LIBERT. STUD. 25 (1990).

3 司馬遷，史記·表·十二諸侯年表，頁512（1959年）。

雨的「驅除韃虜、恢復中華」的口號，轉而尋求族群之間的交流、對話與共和。此後，無論「中華民國」的稱號，還是「中華人民共和國」的稱呼，不論名稱中有無「共和」，共和都是其中應有之義。

但與此同時，對這樣一個重要的、作為時代關鍵字的概念，它的深意究竟是什麼？為什麼在國名中要出現「共和」一詞？作為政體之「共和」的歷史淵源和制度理念究竟是什麼？等等問題，人們並不深究，不求甚解地對待共和和共和國這樣的詞彙，反而尋常。共和國成立以來，對共和與共和國這個詞彙進行專門學理探討的文章寥若星辰<sup>4</sup>。這種情形，既值得深入反思，也需要儘快予以糾

---

4 據筆者搜索，在中國大陸學者中，目前公開或網路發表的在制度史、思想史或制度視角專門論述「共和」或「共和國」的論著按年排序主要有：何祚榕，論「不要議會制共和國，而要蘇維埃共和國」，文史哲，1962年第2期，頁68-71（1962年）；邵德門，論孫中山的民主共和國思想，東北師大學報，1982年第1期，頁102-106（1982年）（以及論述其他民國時期思想家、政治家，如戴季陶、蔡鍔、章太炎、宋教仁等之共和思想的論文多篇）；田克深，毛澤東對資產階級共和國方案的批判，山東大學學報，1990年第1期，頁83-88（1990年）；葉勇鵬，毛澤東的民主共和國思想發展探究，福建師範大學學報，1993年第4期，頁6-13（1993年）（類似題材的文章尚有多篇）；劉軍寧，共和·民主·憲政——探索市場秩序的政治架構，收於：劉軍寧等編，市場社會與公共秩序，頁21-47（1996年）（公共論叢之一）；施治生、郭方編，古代民主與共和制度，頁288以下（1998年）；汪太賢，法治共和國的建構原則——試論哈林頓對法治國家的設計，西南民族學院學報，2001年第7期，頁75-83（2001年）；楊君佐，共和與民主憲政，法律科學，2002年第2期，頁47-54（2002年）；王天成，論共和國——重申一個偉大的傳統，收於：王焱編，憲政主義與現代國家（公共論叢之一），頁190-225（2002年）（以下簡稱：王天成，論共和國）；王天成，再論共和國——一次夜半對話，愛思想網站，2006年8月2日，<http://www.aisixiang.com/data/10595.html>（最後瀏覽日：2017年7月31日）；葉興藝，盧梭法治共和國思想探索，當代法學，2002年第6期，頁154-156（2002年）；蘇昌培，共和觀（2001年）；郭道暉，西部大開發的的憲政基礎與共和精神，法律科學，2002年第1期，頁15-21（2002年）；馮天瑜，「革命」、「共和」：清民之際政治中堅概念的形成，武漢大學學報，2002年第1期，頁1-14（2002年）；郭道暉，民主的限度及其與共和、憲政的矛盾統一，法學，2002年第2期，頁3-12（2002年）；趙國材，「中華共和國」口號的提出及實踐，內蒙古師範大學學報：哲學社會科學版，2003年第5期，頁49-55（2003年）；劉遠征，民國初期的「共和」觀念，法制與社會發展，2003年第3期，頁110-116（2003年）；包利民、張東鋒，普魯

塔克與共和德性，浙江學刊，2003年第3期，頁35-41（2003年）；陳熒，古羅馬共和國民主體制的產生與發展，政治與法律，2003年第4期，頁144-149（2003年）；滿運龍，思想·意識·形態語言——共和修正派與美國思想史學，收於：黃安年、任東來、楊玉聖編，美國史研究與學術創新——劉緒貽教授90華誕祝賀集，頁232-254（2003年）；陳可風，羅馬共和憲政研究（2004年）；許紀霖編，共和·社群與公民（2004年）；陳偉，共和主義的自由理想——試論昆廷·斯金納的共和主義思想史研究，南京社會科學，2004年第7期，頁48-55（2004年）（以及論述其他西方近、現代思想家如休謨（David Hume）、馬基維利（Niccolò di Bernardo dei Machiavelli）、孟德斯鳩（Charles de Secondat, Baron de Montesquieu）、雨果（Victor Marie Hugo）、施勒格爾（Karl Wilhelm Friedrich Schlegel）等之共和思想的論文多篇）；段德敏，道德共和國：在希臘與羅馬之間——試析西塞羅政治思想的原創性，長沙大學學報，2005年第3期，頁37-40（2005年）；周光輝、彭斌，認真對待共和國——關於和諧社會的政治基礎的思考，吉林大學社會科學學報，2005年第4期，頁36-44（2005年）；周葉中、戴激濤，共和主義之憲政解讀（2005年）（是書儘管因涉嫌多處與王天成前述論文的雷同而惹上官司，並且引起了一場或許到目前為止，中國法學界最為轟動的「學案」，但畢竟這是大陸學者所公開出版的第一部專門論述共和主義問題的著作）；劉誠，現代社會中的國家與公民——共和主義憲法理論為視角（2006年）；王樹偉，論西塞羅的共和思想——共和國的基石：混合均衡政體、公民和法，河南司法警官職業學院學報，2006年第1期，頁67-69（2006年）（以及論述其他西方古代思想家如柏拉圖等共和思想的文章多篇）；周明聖，西方古典共和主義的歷史流變，北京行政學院學報，2006年第4期，頁87-89（2006年）；梁景德，毛澤東論中華蘇維埃共和國，長治學院學報，2007年第1期，頁38-42（2007年）；王軍、閻治才，1936—1945年中國共產黨的「民主共和國」主張論析，東北師大學報，2007年第2期，頁65-69（2007年）；夏洞奇，何謂「共和國」——兩種羅馬的回答，華東師範大學學報，2008年第1期，頁89-95（2008年）；劉訓練，共和主義與自由主義：一個思想史的考查，新浪博客，2009年8月24日，[http://blog.sina.com.cn/s/blog\\_605f310e0100ffur.html](http://blog.sina.com.cn/s/blog_605f310e0100ffur.html)（最後瀏覽日：2017年7月31日）；田星亮，論民主與共和的關係，長春大學學報，2010年第3期，頁91-94（2010年）；張曦，免於支配的自由與公民共和主義的理想——《中國學術》對菲利普·佩蒂特教授的專訪，收於：劉東編，中國學術（第三十輯），頁337-351（2011年）；劉一、杜立平、姜德成、郭珍誼、高保強，從帝制到共和：明末至民初中國思想的變遷（2011年）；萬健琳，共和主義的公民身份理論：一種觀念史的考察（2011年）；徐宗立，共和的法理：一項歷史的研究（2012年）；黃建水，我國現行憲法的共和思想研究，河南工業大學學報：社會科學版，2013年第4期，頁45-51（2013年）；劉訓練，共和主義：從古典到當代（2013年）；劉海濤，我們共和：中國學者的共和省思與制度探究（2013年）；晏紹祥，古典民主與共和傳統（上卷）：流變與再發現（2013年）；晏紹祥，古典民主與共和傳統（下卷）：現代的闡發（2013年）；張芳山，斯金納共和思想研究（2013年）（2013年是相關著作出版的一個高峰年）以及十數篇相關題材的碩士、博士論文。另外，在知網輸入「共和思想」的字樣，共彈出299項搜索結果，但涉及相關研究的論著也只是其中一小部分。

正。因為無論「中華人民共和國」這樣的提法，抑或「儒家社會主義共和國」<sup>5</sup>這樣的主張，其中「中華人民」、「儒家社會主義」等都只是修飾、限制詞，「共和國」才是其主題詞。

那麼，「共和」或者「共和國」這些詞所指究竟為何？眾所周知，柏拉圖（Plato）的名著《理想國》<sup>6</sup>，又被翻譯為「共和國」，即在古希臘起，國家及其正義就是一個引人入勝的學術問題。而西塞羅（Marcus Tullius Cicero）則進一步以《論共和國》<sup>7</sup>為書名，來闡釋共和問題<sup>8</sup>。但透過兩人的作品，可以發現兩位元古典思想家所追求的「共和」都不是我們今天習以為常的「民主政體」。不但如此，他們對所謂民主政體還抱有相當的「偏見」。我們在《理想國》、《論共和國》中不時可以讀到作者對民主的剖析、揶揄、反思和批判。下面分別援引一例：

---

5 因為2007年甘陽在其論文（甘陽，中國道路：三十年與六十年，讀書，2007年第6期，頁3-14（2007年））中提出了「儒家社會主義共和國」的概念，在學界也發表了多篇或與之應和，或對其反駁的論文，但這些文章大多拘執於對儒家社會主義以及儒家、社會主義這些詞的偏愛，而對其中的共和問題則每每避而不談，如韓東育，也說「儒家社會主義共和國」，讀書，2007年第8期，頁145-152（2007年）；鄧燕華，新改革共識與儒家社會主義共和國？，愛思想，2007年11月27日，<http://www.aisixiang.com/data/16719.html>（最後瀏覽日：2017年7月31日）；徐琳玲，「刀鋒」許小年（被許多網站轉載時改題為《許小年駁「儒家社會主義共和國」模式構想》），南方人物週刊，2011年第274期，頁38-51（2011年）等。這樣一來所謂「儒家社會主義共和國」中的修飾語「儒家社會主義」倒是主題詞，反而共和國只不過是想當然了。不難發現，這與「中華人民共和國」這一提法中「中華人民」變成主題詞，而「共和國」反而無關緊要純屬一個路數。

6 中譯本請見Plato著，郭斌和、張竹明譯，理想國（1986年）。

7 中譯本請見Cicero著，王煥生譯，論共和國、論法律（1997年），並和其《論法律》合併在一起。

8 除柏拉圖和西塞羅外，在古代西方國家，對共和問題有所論述的學者甚多，如亞裡斯多德（Aristotle）、波利比阿（Polybius）、湯瑪斯·阿奎那（St. Thomas Aquinas）、馬基維利等都涉及對這一問題的論述，參見王天成，論共和國（註4），頁192。

蘇：黨爭結果，如果貧民取得勝利，把敵黨一些人處死，一些人流放國外，其餘的公民都有同等的公民權及做官的機會——官制通常由抽籤決定。一個民主制度，我想就是這樣產生的。

阿：對。這是民主制度，無論是通過武裝鬥爭，或是通過恐嚇手段建立起來的，最後結果反正一樣，反對黨被迫退出。

蘇：那麼在這種制度下人民怎樣生活？這種制度的性質怎樣？因為，很顯然，這種性質的人將表明自己是民主的人<sup>9</sup>。

……當一切都按照人民的意願進行時，不管它如何公正和溫和，但公平本身仍然是不公平的，既然不存在任何地位等級……儘管雅典人在某個時候擺脫了阿瑞奧帕戈斯，一切事情均由人民討論和決定，但由於他們沒有一定的地位等級，因此他們的城邦沒有能保持住自己的榮耀<sup>10</sup>。

那麼，他們欣賞的「共和」究竟是個什麼樣的國家形式？作為人類秩序的必要前提，同時也是公共生活的制度框架，國家形式的判斷標準有多條，但最為核心的是，「共同體本身的持久性——即好的政治制度應當是能綿延長久的制度。<sup>11</sup>」那麼哪種是持久的政治制度呢？一言以蔽之，是所謂混合體制。柏拉圖在他所總結的四種政體——斯巴達和克裡特政制、寡頭政制、民主政制和僭主政制——中，最欣賞的是第一種，並強調它「受到廣泛讚揚」。而他所崇尚的政制，是我們耳熟能詳的所謂兼顧了權力、智慧，並能推進法律和美德的「哲學王之治」：

9 Plato著，郭斌和、張竹明譯（註6），頁331。

10 Cicero著，王煥生譯（註7），頁41-42。

11 HANNAH ARENDT, THE ORIGINS OF TOTALITARIANISM 347 (1973).

除非哲學家成為我們這些國家的國王，或者我們目前稱之為國王和統治者的那些人物，能嚴肅認真地追求智慧，使政治權力與聰明才智合二為一；那些得此失彼，不能兼有的庸庸碌碌之徒，必須排除出去。否則的話……對國家甚至我想對全人類都將禍害無窮，永無寧日。我們前面描述的那種法律體制，都只能是海客談瀛，永遠只能是空中樓閣而已<sup>12</sup>。

但遺憾的是，他曾努力追求的這種政體終然讓其一語成讖：海客談瀛、空中樓閣。為此，他不得不退而求其次，推出一個所謂「混合政體」來：

可以說，有兩種一切其他制度由之產生的母制。第一種母制的確切名稱是君主制，第二種是民主制……要享有自由、友誼和良好的判斷力，對一種政治制度來說，絕對需要的是把上述兩者結合起來<sup>13</sup>。

與柏拉圖類似，西塞羅也非常推崇這種混合政體的共和制。他指出：「第四種國家政體特別值得稱讚，它由我前面談到的那三種國家體制適當地混合而成。<sup>14</sup>」

事實上，這種把「共和」總結並闡述為一種混合政體的思想，在「古典共和主義」時代是一種普遍現象：「從古希臘到英國革命，思想家眼中最理想的政體系『混合均衡政體』（mixed constitution, balanced constitution）<sup>15</sup>」；而法律，在亞里斯多德眼中，本身就是

12 Plato著，郭斌和、張竹明譯（註6），頁214-215。

13 Plato著，孫增霖、張智仁、何勤華譯，法律篇，頁94（2001年）。

14 Cicero著，王煥生譯（註7），頁43。

15 王天成，論共和國（註4），頁191。同時，對於古典共和主義之實踐史的梳理，可參見Scott Gordon著，應奇等譯，控制國家——西方憲政的歷史，頁63-225（2001年）。

一種「中道的權衡」<sup>16</sup>。

如果說古典共和政體是在貴族政體、民主政體和僭主政體（王政）基礎之上的混合，即通過兼顧各方、平衡各種相關力量，並實現這些力量的包容共處、合作共贏的話，那麼，近現代以憲政作為保障的共和，則把多元個體元素——公民、團體和地方的權利、自由及民主等因素成功地納入到共和的框架內，並被置於憲法的嚴格保障下。

如前所述，民主在古典思想家那裡並不是一個美好的字眼，但在近、現代憲政規範的共和制度下，民主成為共和的題中應有之義。在政治國家，自由的主要妨礙來自權力，因此，以控制國家權力和保障公民自由為使命的憲政，促使自由按其本來面目發揮作用：自由就是不同主體需要和行為可以和平共處的狀態，所以，自由不是放任自流。至於權利，它作為個人主權（主體性）的基本規範，更是憲政必須保障的基本使命。

這種共和，就是近現代以憲政為其形式理性或形式合法性的共和。儘管一切實質合法性都是必要、甚至必須的，但如果不能把實質合法性代入形式合法性的憲政框架中，那麼，實質合法性就只能是、且永遠是不同的人的自說自話，哪怕如自由、人權、正義、民主、法治這些普世追求，也很難在共和狀態下展現為憲政的形式理性。那麼，究竟何謂共和國？

在歷史上，以「共和國」為名號的國家<sup>17</sup>，可謂五花八門，不過麥迪遜（James Madison）還是給共和國下了一個近乎經典的定義：

---

<sup>16</sup> Aristotle著，吳壽彭譯，政治學，頁276（1965年）。

<sup>17</sup> 這誠如麥迪遜所揭示的那樣，參見Alexander Hamilton等著，程逢如等譯，聯邦黨人文集，頁192-193（1980年）。而20世紀以來世界各地所建立的林林總總、五花八門的共和國，就更是如此。

如果我們以各種政體賴以建立的不同原則為標準，我們可以為共和國下個定義，或者至少可以把這個名稱給予這樣的政府：它從大部分人民那裡直接、間接地得到一切權力，並由某些自願任職的人在一定時期內或者在其忠實履行職責期間進行管理。

具體到美國憲法上，應當體現的就是這種既有聯邦精神，又有國家力量的共和內容：

……憲法嚴格說來既不是一部國家憲法，也不是一部聯邦憲法，而是兩者的結合。其基礎是聯邦性的而不是國家性的；在政府一般權力的來源方面，它部分是聯邦性的，部分是國家性的；在權力範圍方面，它又是聯邦性的，不是國家性的。最後，在修改權的方式方面，它既不完全是聯邦性的，也不完全是國家性的<sup>18</sup>。

如上引文足以表明共和作為一種平衡各方面關係，並讓各個方面既能夠實現「各美其美」，又可以達到「美美與共」的境界。而這種境界是通過憲法對權力的界定（不是排斥和反對）和控制（界定本身意味著控制，越界不但無效，而且有責）和權利（自由）的確保來實現的。權力的界定，就是防止權力濫用和專斷，並使權力始終處於可預期和可監督狀態；權利（自由）確保，不但保障公民對權力的監督，而且保障公民在多元自治前提下參與並監督權力。顯然，在這裡所彰顯的，既是共和的憲政，也是憲政的共和。

所謂共和的憲政，強調的是憲政的共和來源問題。據此，憲政來源於多元的、同樣且同等追求民主、自由、人權的個體能夠平等

---

<sup>18</sup> Alexander Hamilton等著，程逢如等譯（註17），頁193、198。在美國憲法日益成熟之後對這個聯邦共和制國家的相關論述，可參見Alexis de Tocqueville著，董果良譯，論美國的民主（上、下卷）（1988年）；James Macgregor Burns等著，譚君久等譯，美國式民主（1993年）。

表達意願，並能和平相處這樣一個前提。當應為個體的人仍然處於身分歧視、職業歧視、族群歧視或者性別歧視的狀態時，即使有憲政，憲政也是待完善的；當應為個體的人時時處處被他人、甚至國家置於恩賜和關照狀態時，即便這個國家號稱共和國，且有憲法，則它既不是共和的，也不是憲政的。因此，共和乃是個體自治基礎上的對談、妥協與合作，而憲政則是立基於這種對談、妥協並合作的產物。這種情形，就是共和的憲政，就是記載了多元需要並不斷保障變遷的多元需要的憲政，就是能夠讓多元需要共榮共存、合作共贏的憲政。藉此，則可肯定：無共和時，即便有憲法，也無憲政。

所謂憲政的共和，則強調的是憲政的共和功能問題。在一定意義上，要實現短暫而有限的共和狀態，是較為容易的。因此，古代的那些共和國大都發生在小國或城邦，是較為典型的城市共和國<sup>19</sup>。更重要的是，儘管羅馬共和國在人類歷史上第一次嘗試進行立憲主義的共和體制，但憲政本身的羸弱導致共和不時受到威脅，乃至最後帝制建立，共和滅亡。在此已經不難理解為何要強調憲政的共和，為何要強調把共和規制在憲法的形式理性下，使共和取得形式合法性的嚴格保障。而近、現代的共和政體，更是在汲取古代共和經驗教訓基礎上生成的。憲政既是共和以及與共和相關的價值追求，也是諸如自由、民主、人權、正義等價值的公共表達方式，因此，憲政成為一個真正的共和國家所必須具備的形式理性。實踐

---

<sup>19</sup> 參見James Bryce著，張慰慈等譯，現代民治政體（上冊），頁165-186（2001年）。即使羅馬共和國，其範圍也相當有限，從西元前510年建立共和制，一直到西元前89年羅馬公民權適用於全體義大利人期間，參見Geoffrey Barraclough編，鄧蜀生譯，泰晤士世界歷史地圖集，頁17-18（1985年），共和制的範圍主要侷限於羅馬城市共和國。因此，有人這樣指出：「從政制結構和實際政治方面來看，羅馬是一個城市國家，即便是在其勢力範圍超出了義大利並兼併了地中海後仍是如此。」（Scott Gordon著，應奇等譯（註15），頁92）。同時，第一、二次布匿戰爭後，羅馬雖然在海外建立了諸多行省，但「羅馬在行省推行的是帝國主義政策，其實質就是掠奪。」（陳可風（註4），頁177）。

證明，共和主義的多元、交涉、包容、妥協與合作理念，只有在憲政的形式理性框架下才能得到妥善的解決。沒有憲政的國家，共和只能是虛假的，與共和相關的價值也只能是理念的，而非實踐的。

共和的憲政和憲政的共和這兩者共同說明：一方面，沒有共和的憲政是虛假的，它不可能把人民多樣的自由、民主、人權和正義追求通過交涉表達在憲法中，因此，憲法可能是治國安邦的總章程，但不可能是人民自由的憲章。另一方面，沒有憲政的共和是脆弱的，它既可能被「僭主」們所利用，變成驅遣公民的由頭，也可能被人民所濫用，變成無所羈絆的暴力工具，還可能隨時被取締、被禁言，變成赤裸裸的專制狀態。因此，把共和通過契約化的憲法載定下來，並轉化成憲政成果，是共和理所當然的要求。由此，我們不妨得出這樣的結論：共和是憲政的民意和社會基礎，它讓憲政獲得了實質合理性的內容<sup>20</sup>。而憲政則是共和的規範表達和法律形式，它讓共和被嵌入至高無上的形式理性的框架中。

綜上所述，共和是一個與多元性、自治性、主體性緊密相關的概念，儘管有些學者把公、共、和這三個字分開來，論述共和的要義<sup>21</sup>，但不難想見，如果失掉個體自由、社團自主、地方自治這些多元性、自治性和主體性因素，公、共與和這些要素就沒有存在的必要。所以，論述共和的特徵和目的，不能拋開它之所以設立的前提，否則，對共和之公、共、和的抽象，不但會變成無源之水、無

---

20 王天成認為：「憲政主義是四種思潮的融匯：共和主義、自由主義、民主主義和法治主義。共和主義確定政府形式，民主主義解決主權的歸屬及政府的民意合法性，自由主義指明政府的目的，要求劃分政府權力與個人自由的界限，法治主義主張法律體現人的尊嚴和自由，並以這樣的法律限制政府。」（王天成論共和國（註4），頁209）但轉換個視角看，共和本來就包含著各種不同主義的多元對話、博弈、競爭、妥協與合作。因此，把共和主義和自由主義、民主主義在此相提並論，邏輯上說不通。與此同時，法治主義和憲政主義一樣，表達的是形式合理性問題，憲政本來是法治的題中應有之義，故不論作者對它作何種解釋，但把它與自由主義、民主主義再次並列，也殊為不妥。

21 劉軍寧（註4），頁22-27。

本之木，而且會被人惡意利用，用這些人們耳熟能詳的詞彙壓制公民的自由追求、自治願望和自主精神，從而以公、共名義犧牲共和的前提。須知，公、共與和，乃是多元個體不斷競爭、交涉、妥協與合作的結果，同時這一結果又需有條件反過來保障多元個體不斷地進行競爭、交涉、妥協與合作，只有這樣，才能較好地觀察共和之全貌。

而一旦把多元性、自治性、主體性以及在此基礎上人們所進行的交涉、博弈、商談、妥協與合作帶入到共和的概念中，並因此進一步帶入到憲政的概念中，就可能引申出像主要彰顯地方性、多元性和自治性的民間法這樣的概念和實存，對共和、從而進一步對憲政有無價值的問題。對此一話題，筆者將繼續通過如下四個方面來闡述。

## 貳、民間法與共和的多元文化基礎

民間法，顧名思義是與官方法或國家法相對的概念，對此，中國大陸學術界已經有很多論述<sup>22</sup>，筆者也在多個場合闡述了民間法

---

<sup>22</sup> 與此同時，中國大陸民間法研究也可謂蓬勃發展，相關具體分析，參見洗志勇、徐潔，「民間法」近十五年來研究態勢——基於CNKI中961篇期刊論文文獻計量學分析，收於：謝暉等編，民間法（第12卷），頁12-21（2013年）。也可參見李學蘭、尚海濤、張曉萍等於2006年以來撰寫的每年一篇的「中國民間法研究學術報告」。李學蘭，中國民間法研究學術報告（2002-2005），山東大學學報（哲學社會科學版），2006年第1期，頁22-32（2006年）；張曉萍，中國民間法研究學術報告（2006），山東大學學報（哲學社會科學版），2007年第1期，頁36-45（2006年）；張曉萍，中國民間法研究學術報告（2007），山東大學學報（哲學社會科學版），2008年第1期，頁2-12（2006年）；張曉萍，中國民間法研究學術報告（2008），山東大學學報（哲學社會科學版），2009年第1期，頁34-33（2009年）；尚海濤，中國民間法研究學術報告（2009），山東大學學報（哲學社會科學版），2010年第1期，頁59-67（2010年）；張曉萍，中國民間法研究學術報告（2010），山東大學學報（哲學社會科學版），2011年第2期，頁50-58（2011年）；尚海濤，中國民間法研究學術報告（2011），山東大學學報（哲

的識別標準問題。概言之有如下諸點：

其一，民間法是一種相對於國家法的交往行為規範，它不排除以理性設計的方式存在（例如社團章程、村規民約等），但更多時候，它所表達的是一種自生自發的秩序形成機制。有學者曾將民間法類比於語言，以強調其自生自發性：

習慣法的產生過程可以被看作相似於語言自生自發的過程，確實，富勒把習慣法描述為一種『相互作用的語言』。沒有任何一個政府曾有助於哪種語言的發展，通過許多獨立個體的自發交流——個人有著強烈誘因而發展一種共通語言以有助於其交流和合作<sup>23</sup>。

因此，自發性是民間法存在的主要形式。惟其如此，它才能不用耗費多少成本，就能讓社會井然有序。也是在此意義上，民間法是一種文化現象，它既是文化的產物，同時也表達著形形色色的文化風貌。也因如此，民間法每每表達著不同文化人群的文化認同<sup>24</sup>。

其二，民間法能影響一定時空中主體的權利義務分配。法律的基本職能是「定分止爭」或「群己權界」，民間法也是如之。不能給一定時空中的主體分配權利義務，就不構成「交往行為」的規則，而只是純粹的強制。例如我們熟知的「只許你老老實實，不許

---

學社會科學版），2012年第2期，頁86-93（2012年）；尚海濤，中國民間法研究學術報告（2012），收於：謝暉等編，民間法（第12卷），頁448-459（2013年）。

<sup>23</sup> Benson, *supra* note 2, at 27.

<sup>24</sup> 例如「賠命價」制度，在藏區處理不少刑事「人命案件」時，被認為是理所當然的。殺人未必償命這一處理方式在藏族人群中構成一種深刻而廣泛的文化認同，參見淡樂蓉，藏族「賠命價」習慣法研究，山東大學博士學位論文（2010年）。而在漢族地區，「殺人償命」與「欠債還錢」一樣，是其基本文化理念。儘管此種情形隨著國家法理性精神的影響而逐漸淡去，但作為一種規範—文化遺存，不但未消失，而且對人們的觀念、行為方式等仍有重要影響。

你亂說亂動」、「踩上千萬隻腳，讓他永世不得翻身」等，或許也能構成規則，但它僅僅是義務性強制，缺乏權利義務的相互性，因之，也就缺乏「交往行為」的特徵，也因之失卻主體性。可見，不能給交往行為中的人們分配權利和義務，就不能稱之為民間法。

其三，民間法在一定時空範圍內具有「活動性」。一定的主體和文化，總在過程中顯示其存在。民間法與其他一切事物一樣，在歷史進程的跌宕起伏中，每每讓有些民間法湮沒不聞，有些民間法卻涓流長存，而有些民間法則新陳代謝。對那些曾經湮沒不聞的民間法的挖掘，只有歷史學上的價值<sup>25</sup>，可對那些毅然涓流長存或者新陳代謝了的民間法之探尋，其著眼點則在於發現它對當下人們交往行為的規範性，發現其活動性。譬如有學者對隴東一帶村民之間「幫工」規則的研究，就典型地體現的是對「活動性」的民間法之關注<sup>26</sup>。雖然人們選擇研究什麼完全是自由的，但在法學立場研究民間法，對其「活動性」不能引起特別關注。

其四，民間法在一定時空範圍內具有「可接受性」。「可接受性」在這裡是一個表達內心中心悅誠服和行為上恪守規則的概念。民間法的活動性，業已昭示了在生活 and 交往中人們對它的接受，並且這種接受不需要什麼理由，而是理所當然。如在山東省膠東一帶，你要問及一件事情為什麼是這樣，或者為什麼要這樣做時，人們習慣於說「老輩子就是這麼做的」。這表明人們對作為傳統的「老輩子做法」的習慣性接受。這種情形，加之民間法之權利義務

---

25 倘若真如克羅齊（Benedetto Croce）、科林伍德（Robin George Collingwood）等學者所強調的那樣：「一切歷史都是當代史……歷史就是活著的心靈的自我認識」，參見Robin George Collingwood著，何兆武、張文傑、陳新譯，歷史的觀念，增補版，頁200（2010年），那麼，即使對那些業已湮沒不聞的民間法之挖掘，也被賦予了當下的意義，即也是在尋求它們可能對當下的影響，哪怕這種影響僅僅是引發人們的思古之幽情。

26 參見魏小強，轉型期村莊的社會規範與社會生活——隴東南魏村考察，甘肅政法學院學報，2012年第4期，頁64-73（2012年）。

的分配特徵，使人們對民間法不但在文化意義上能接受，而且在功利意義上也可接受。

其五，民間法作為糾紛處理的根據或參照。一切規範，都具有預設功能：對自覺遵守、運用它的人而言，它是自然而然的日常行為，規範的內容就包含在其日常行為中。而對於不願受其控制、約束或規範的人而言，它是其行為的羈絆，是其自由意志的韁繩。因此，規範的預設功能就需要被特別強調：一旦有人違反規範，則必須接受規範的強行制約，規範其既有行為，並把偏離規範軌道的行為硬性地納入到規範體系內。只要一定時空範圍內的人們接受了民間法，那麼，民間法就是用來處理相關違法或糾紛的根據。不僅如此，而且在國家法的正式框架下，民間法在國家法出現意義空缺或者調整不能時<sup>27</sup>，司法也可以把其作為非正式法源來看待<sup>28</sup>，以救濟國家正式法律的不足，解決當下的燃眉之急。

如上關於民間法的界定和交待，作為一個過渡性內容，既是為了簡略地說明民間法自身的特徵，也是藉此而說明在現代共和中，作為文化現象的民間法之可能作用。

和官方法不同，民間法雖然不排除放諸四海而皆準的內容<sup>29</sup>，但更多存在的是多元並存，相互衝突，表現各異的民間法。西方人在征服世界的過程中，曾強行推進西方的制度模式，雖成效不菲，

27 參見謝暉，法律哲學，頁325（2009年）。

28 對於民間法作為非正式法源的研究，參見彭中禮，法律淵源論（2014年）；另對於民間法與司法關係的研究，參見張曉萍，論民間法的司法運用（2010年）；賈煥銀，民間規範的司法運用——基於漏洞補充與民間規範關聯性的分析（2010年）；王林敏，民間習慣的司法識別（2011年）；謝暉，大、小傳統的溝通理性（2011年）等。

29 一般說來，這樣的民間法大都被認為統一的國家規範，最著名者如誠實信用的法律化、國家化，公序良俗的法律化、國家化等。但即使如此，仍然存在不被或者不全被國家所認可（但默許）的放諸四海而皆準的民間法，例如以「先來後到」為基本規範宗旨的排隊規範；再如以「聽天由命」為基本規範內容的抽籤規範；還如在西方世界甚為流行的小費規範等都是。

但也耗費甚鉅。他們深感世界不同民族、不同地區和不同文化中法律多樣性對殖民統治的影響，因此不得不深入觀察和研究「異文化」背景中法律的多樣性，並設法調整統治策略。從《論法的精神》、《古代法》、「民族精神說」，一直到當代蓬勃發展的「法律人類學」，都一以貫之地比較、論述或者尋求法律的「地方性」。為什麼學者們要如此不遺餘力地研究相關問題？難道是為了在正式法律上取締這些地方性規範嗎？事實證明並非如此。

眾所周知，作為共和典型的美國，所實行的卻是聯邦制。為什麼要實行聯邦制？那就是要保護地方性的差異及其合法性——這種差異不是經濟上的，而是文化和制度上的。由此而言，即便法律制度發達的美國「也不掩飾其並不能通過中央集權化的代理人安排好每一種法律制度，相反，它不僅給地方法規上而且為傳統習慣留下相當可觀的調整地方利益的空白地帶<sup>30</sup>」。正因這種舉措，成就了這個新大陸國家在最複雜的種族關係中實現了較和諧的政治統治。而在英國為代表的國際殖民過程中，一方面，我們熟知英國人當年對印第安人的血腥屠殺，對中國的大炮開進，對南非的種族歧視，但另一方面，在澳洲，英國當局和土著簽訂了不少保障其權利的契約，至今這些契約在紐西蘭、澳大利亞仍被適用。即便在香港，港英當局在移植英國法的同時，也對香港本地的固有習慣重視有加，作為英國式法治紮根香港的重要基礎<sup>31</sup>。

可見，文化多樣性並不是共和的羈絆，反之，它是建立共和的重要前提。由民間法所昭示的文化多樣性，特別是人們生活方式、行為方式和觀念基礎的多樣性，決定了一個國家建立共和、採取共和制的文化基礎，否則，所謂共和制就是無源之水，無本之木，談

---

30 PAUL VINOGRADOFF, COMMON-SENSE IN LAW 153 (reprt. ed. 2006).

31 參見蘇亦工，中法西用——中國傳統法律及習慣在香港，頁160以下（2002年）。

論它不啻於締造一座空中樓閣。總之，文化多樣性是締造共和的文化前提，而一切思想一律、觀念一元和文化一統，只能為專制張目，在此情形下，既無必要，也不可能有任何意義上的共和。

民間法正是這種文化多元的集中展示，因為作為規範和制度，民間法固化（形式化）了精彩紛呈的多元文化——包括物質文化和制度文化。筆者曾提出這樣的觀點，在物質文化、精神文化和法律（制度）文化三者中，法律（制度）文化是架通物質文化和精神文化的橋樑<sup>32</sup>。這是因為制度文化總體現的是一種形式理性，它具有固化物質文化和精神文化的功能——儘管它自身也處於流動中。與此同時，制度文化雖然體現的是形式合理問題，但它又必須把物質文化和精神文化的具體內容納入其保護範疇。上述情形兼之制度文化總有一定的強制力量保障其運作，因此，更容易保存記載在物質文化和精神文化中的具體內容。這正是民間法可能作為一個國家共和之文化基礎的緣由所在。對此，希臘先哲的如下對話或許對我們不無啟示：

蘇：……你一定知道，有多少種不同類型的政制就有多少種不同類型的人們性格，你不要以為政治制度是從木頭裡或石頭裡產生出來的。不是的，政治制度是從城邦公民的習慣裡產生出來的；習慣的傾向決定其他一切的方向。

格：制度正是由習慣產生，不能由別的產生的<sup>33</sup>。

客：……每個小家庭都生活在它自己的統治者（最年長的成員）的統治下，遵從自己特有的習俗，而這些習俗起源於與其他家庭的隔絕……結果是，每個小群體的成員帶著他們自己特有的法律參加了更大的聯合體……

---

32 參見謝暉，法律文化：溝通物質文化和精神文化的橋樑，人民法院報，2011年12月16日05版。

33 Plato著，郭斌和、張竹明譯（註6），頁313-314。

客：當然，每個群體不可避免地贊成他自己的法律，而不喜歡他人的法律……

客：顯然我們已在不知不覺中發現了立法的起源<sup>34</sup>。

兩千多年前先哲們的觀察和思考，並沒有因為時間的流逝、空間的位移而成為昨日的故事，或者別家的花園。作為如何處理多元文化問題的重要命題，究竟如何對待由民間法所規範的多元文化、多元傳統，這是依然值得我們今天慎思謹行的重要問題。對此，實踐中經常有兩種完全相反的態度和舉措。

一種是移風易俗的態度和舉措。對此，經歷了百多年政治動盪、文化震盪的中國人都不陌生。新文化運動——五四運動以來的傳統，已經被一些學者解釋為「借思想文化以解決問題」的文化革命<sup>35</sup>，自茲而下，特別是1949年之後，移風易俗、破舊立新、文化革命、甚至文化「大革命」成為激蕩這個國家的主潮。兩千年未有之大變局，就這樣以兩千年未有之大破壞的方式展開，結果是國家主義思潮以積極進取的姿態持續地對社會進行改造。迄今為止，這種改造方式雖不再以轟轟烈烈的運動而展開，但它所留下的絕不僅是嫋嫋餘音，而仍是強勁的搖滾。所以，迄今為止，談到法治與民間法、與傳統文化的關係，即使對1949年以來的國家主義暴力極其不滿的不少著名學者，也決不首肯。在移風易俗、破舊立新和文化革命方面，他們和被批判的「文化大革命」的始作俑者們並無二致：對既有文化和傳統應有的莊敬、敬畏蕩然無存；對我們生於斯、長於斯並參與其中的文化作業毫不同情。

這種移風易俗的方式在古典中國也曾存在，譬如秦王朝以其自身的傳統習慣和行之有效的新制度強制性地統一或推行到東方六

---

34 Plato著，孫增霖、張智仁、何勤華譯（註13），頁76-77。

35 參見林毓生，中國意識的危機，頁46（1988年）。

國，且成為其後中國「兩千年來之政，秦政也」的基礎。不過彼時秦王朝採取了一種可操作的制度（法律）模式來完成這些作業。再如一些地方官員在治理地方時以鄉約方式<sup>36</sup>引導地方民眾過一種更加和諧、文明、有教養、有秩序的生活。同樣，這些舉措也以可操作的規則教化方式來展開，因此不但未破壞既有文化，而且還能深入人心，發揚光大既有的交往方式。這顯然和20世紀以來中國大陸所採取的以排山倒海的群眾運動方式毀壞一切舊秩序、舊文化、舊道德、舊法律、舊習俗的方式不屬一脈。

移風易俗在國家層面看，所體現的是國家主義的大包大攬，儘管對它而言，在形式上大規模地發動或動員群眾是不可或缺的，但它並非群眾所謂積極自由觀的表達，而是國家主義思維和造反主義情結的結果。在此情形下，民間法及其所蘊含的多元文化不但可能是「真共和」的文化基礎，從而不但不能解決多元民間法及其文化的共存協作，而且是「假共和」必須剷除的文化「累贅」。

另一種是因俗而治的態度和舉措。這是一種與移風易俗在旨趣上截然不同的對待民間法及其文化的態度。它強調所謂因俗而治，即根據不同地方的風俗展開國家和社會治理。中國大陸民間諺語所謂「入國問禁，入鄉隨俗」所表達的就是此種尊重習俗的態度。按照這種主張，所謂公共秩序，不過是尊重習俗的產物。對習俗的破壞，就是對公共秩序的釜底抽薪。要在此基礎上再建設一種新型的公共秩序，其代價之大，不難想見。

因俗而治在史上即是一種中外政治家的常用治理策略<sup>37</sup>。例如

---

36 如著名的《損益藍田呂氏鄉約》、《南贛鄉約》、《秦泉鄉約》等就是。參見謝暉等編，*民間法*（第3卷），頁494-508（2004年）；另對明清中國鄉約的系統研究，可參見董建輝，*明清鄉約：理論演進與實踐發展*（2008年）。

37 青年學者吳歡在其新著中，對傳統中國國憲的淵源體系問題做了較為系統的梳理，其中作為我這裡所講的民間法的內容至少有「祖宗家法」、「自治慣例」。而他所講的「政治盟誓」，大體也可謂習慣的產物，參見吳歡，*安身立命——*

「以夷制夷」的主張和政策，雖然在很多時候，其中含有團結地方權貴，藉由他們的力量來控制地方的不當因素，從而給當局挑撥離間，讓地方陷於內耗而控制地方提供了條件。但該舉措的作用不僅僅呈現為上述一種面貌。與此同時，人們還不難發現因俗而治、以夷制夷所帶來的更佳的治理效果。譬如諸葛亮對蜀國的治理，就是因俗而治而獲得良好治理效果的典型。在國外，殖民當局紛紛對積極的進取主義改弦易轍，轉而採取同情的立場來對待異民族、異文化的法律成果及其文化內容，反而取得了更好的統治效果，並在事實上形成了不同文化的共和狀態——既保障了多元文化的實存和競爭，也保障了文化間的和諧共處。

當然，因俗而治並非沒有問題，其問題在於一方面，不同文化無法和諧共處時怎麼辦？另一方面，文化的惰性和滯後性以什麼方式來克服？關於第一點，人們並不陌生。西方歷史上的諸多戰爭，就因為文化的分歧而產生。例如著名的十字軍東征，與其說是一場政治—軍事戰爭，不如說是一場殘酷的文化之爭。直到如今，西方還有學者論述在國際範圍內文化共處的困難，其中亨廷頓（Samuel Phillips Huntington）及其「文明衝突論」<sup>38</sup>就很具有代表性。相比較而言，在這方面中國的歷史和文化反倒要好些，例如外來的佛教被成功地融入中國大陸文化體系中；外來的伊斯蘭教在中國大陸不但得到較好的發展<sup>39</sup>，而且伊斯蘭學者劉智、王岱輿等或能「以儒釋伊」，或者「儒伊互釋」，並取得了重要的成果<sup>40</sup>。但即使如此，

---

傳統中國國憲的形態與運行——憲法學視角的闡釋，頁227-271（2013年）。

38 參見Samuel P. Huntington著，周琪譯，文明的衝突與世界秩序的重建（2002年）。

39 在中國各地，都可以發現不同宗教共用一堂、接受煙火的事實，如山東浮萊山的定林寺、河南太行山的三教寺、重慶石柱縣的三教寺、泰山上三教合一的遺址、道教名山青城山上三教合一的堂屋等。而位於大西北的西寧市，大街上藏傳佛教徒、漢傳佛教徒、道教徒、伊斯蘭教徒及其宗教活動場所，更給人留下諸教和諧共處的深刻印象。

40 參見林松，從〈天方典禮〉看劉智「以儒釋伊」的時空背景，甘肅民族研究，

也存在著文化衝突不能調和、難以共處的情形。至於第二點，既是現實的問題，也是在我們這個一日千里的變革時代必須解決的重要問題。那麼，如何解決這些問題？

在筆者看來，這仍然需要通過共和的策略，即以憲政為前提，以對不同文化的同等尊重為基礎，努力在對話、交涉、商談、博弈與妥協、共處、合作、提升過程中促進文化的共和。這裡包含相輔相成的兩個方面：一方面是對話、交涉、商談或者博弈。一言以蔽之，即多元的民間法文化展開競爭和爭鳴，這一過程，實質上是不同民間法文化拓展其利益空間的活動。另一方面是妥協、共處、合作與提升。一言以蔽之，即多元的民間法文化在共處前提下的合作，它表達著多元民間法文化在交流、合作中的共同提升。

顯然，通過這種策略，既可消解移風易俗的太過積極，也可克服因俗而治的太過消極，在多元文化的對話過程中，既發現並汲取它種文化的優點，也保障並堅持自己文化的長處。進而體現出「提升性綜合」和「發展性共和」，使民間法在文化層面擔當憲政的共和基礎。

### 參、民間法與共和的多元規則基礎

民間法雖然以非正式制度的方式表現著多元文化，但從根本上講，它與國家法一樣，是一套用以規範人們交往行為的規則體系，透過民間法以及和其緊密相關的法人類學的研究，人們可深入理解何謂法律多元<sup>41</sup>——人們交往行為規則的多元。所以，在民間法文

---

1990年第2期，頁71-76（1990年）；劉貢南，以儒釋伊和以伊釋儒的有機結合——對王岱輿以儒詮經思想的一種理解，青海民族研究，2006年第4期，頁144-150（2006年）。

41 參見千葉正士著，強世功等譯，法律多元：從日本法律文化邁向一般理論

化競爭的背後，更關聯著不同的民間法主體為方便其自身行為、爭取其自身利益而進行的考量。但是，這種考量與博弈，絕不是不同民間法的原地踏步、故步自封，而是在原生規則基礎上實現擴展秩序、並進而實現提升秩序的一個過程。

1. 原生規則（秩序）。在一定意義上講，民間法主要是原生規則，因此，由具體的某種民間法所直接締造的秩序，可謂原生秩序<sup>42</sup>。儘管因為民間法的研究範圍過於廣泛，不僅包含了自古而然的一些規則和秩序體系（如漢族的春節、元宵節、清明節、端午節、中秋節、重陽節習慣法，藏族的雪頓節、苗族的鼓藏節習慣法等），而且包含了在現代化進程中新型的規則和秩序體系（如現代社團自治規則、行業自治規則、實業組織自治規則、協作組織自治規則、鄉村組織自治規則等等），但這些規則都有一個共同特點，即它原生性。所謂原生性，就是指民間法的產生，是該民間法運用主體根據其自身的內在要求而確定的。而它被確定的方式，或者是通過歌唱，即孔子所謂「樂教」，柏拉圖所謂「音樂的法律」<sup>43</sup>。或者是通過行為，即在集體行動中，人們的行為之間相互

---

(1997年)；嚴存生，法的「一體」與「多元」(2008年)；張冠梓編，多向度的法——與當代法律人類學家對話(2012年)等。

42 「原生規則」這個概念，是筆者在編輯「民間法文叢」時，因為徐曉光的一部書而與其共同商討後使用的概念。原書名是《原生態的法》，我們都覺得該書名雖可用，但有些彆扭。後來經多次當面或電話商量，改名為《原生的法》，徐曉光，原生的法：黔東南苗族侗族地區的法人類學調查(2010年)。「原生規則」和「原生秩序」等詞，也是我在此基礎上提出的概念。而「擴展規則」和「擴展秩序」概念，雖受哈耶克「擴展秩序論」的影響，但和前述故事也有緊密關係。至於「提升規則」和「提升秩序」，也是在此基礎上推論而來的。為此我曾在湖南懷化和上海同濟大學做過兩次相關的講演，簡潔的講演整理參見謝暉，法意與表達，頁104-110、230-238(2014年)。

43 眾所周知，孔子所謂「六藝」——禮、樂、射、禦、書、數，皆被賦予秩序構造職能、社會教化職能和政治統治職能。柏拉圖有關「音樂的法律」，參見Plato著，孫增霖、張智仁、何勤華譯(註13)，頁103-104。至於音樂或歌唱這種民間法的表達形式，至今在我國的不少民族地區還存在，如苗族的「議榔詞」就很典型(參見唐德海唱誦，唐千武等釋譯，議榔詞，收於：謝暉等編，民間法(第8卷)，頁394-401(2009年)。而在人們耳熟能詳的壯族的「對歌」

複製、日復一日，從而成為生活和行為的模式，由此獲得行為規範的意義。可以認為，初民的民間規範大都是這樣形成並維護的。當今中國大陸絕大多數鄉土社會的民間法，也是這樣形成並維護的。或者是通過文字，直接把人們原生的交往行為模式及其需要通過文字的方式記載下來<sup>44</sup>。

民間法的原生性，決定了藉此建立的秩序體系也是原生秩序。所謂原生秩序，就是在一定社會共同體中直接誕生的秩序形式。這種社會共同體可能是家庭，可能是家族、也可能是村落。無論如何，它們只能適用於一個小型社會和簡單社會。在一個大型社會和複雜社會裡，要純粹靠原生規則來維繫原生秩序，可預見的方式有兩種：一種是各原生規則和原生秩序井水不犯河水地和諧相處，但這只能是原生規則和秩序的單調重複，它只能維持一種「原始共產主義」，而難以促使並滿足秩序的交流 and 提升。另一種是使部分原生規則和秩序無條件地服從於另一些原生規則和秩序，顯然，這是一種專制的秩序構造方式，它只能以犧牲其他的原生規則和原生秩序為代價。「秦王掃六合」之後的秩序架構，大致如此。因此，在古人看來，要真正原封不動地維繫原生規則和原生秩序，人們只能生活於老莊所崇尚的「鄰里相望，雞犬之聲相聞，民至老死不相往來」<sup>45</sup>的「小國寡民」狀態。

可見，原生秩序儘管能夠給人帶來田園牧歌、世外桃源般的美好享驗，但人們除了嚮往田園、嚮往世外桃源之外，在本質上作為「一個政治動物」，或「社會關係」的動物<sup>46</sup>，還會嚮往城邦的生活，桃源外的世界，因此，把社會秩序僅僅定位在由原生規則所構

---

以及西北一帶的「花兒」中，其中有不少也含有很強的規範功能。

44 有關法律的上述三種表現形式的具體論述，參見謝暉，法律的意義追問——詮釋學視野中的法哲學，頁130-149（2003年）。

45 參見《老子·第八十章》。

46 分別參見Aristotle著，吳壽彭譯（註16），頁7；中共中央馬克思恩格斯列寧史達林著作編譯局，馬克思恩格斯選集（第1卷），頁18（1972年）。

造的原生秩序層面，儘管能夠保有原生規則和原生秩序的純潔性、原始性以及自治性，但顯然無以實現原生規則間的交流，從而無法擴展人們的交往秩序。更重要的是，過於單純、封閉和保守的原生規則，也容易耽於規則和秩序的近親繁殖，缺乏雜交優勢，出現「生殖」退化。從而使秩序安於現狀，難於擴展，更談不上在規則與規則、秩序與秩序的交流中締造一種「高級秩序」了。可見，如何打破原生規則和原生秩序的封閉性、保守性，實現原生規則和秩序的擴展效應，並進而將其提升到高級秩序，是人類面對大型社會和複雜社會時理應認真考慮的重要問題。這一問題需從原生秩序的擴展（擴展秩序）開始。

2. 擴展規則（秩序）。它是指在經驗理性基礎上成長起來的一種秩序形式，其基本特徵是長成的，而非構想的。它和在建構理性基礎上人為構造的秩序即使不是說背道而馳，但也具有高度的不相合性。所以，哈耶克（Friedrich August von Hayek）強調這種建構的秩序體系是「致命的自負」，只能是「通往奴役之路」。在他看來，人類文明的進化，應是人們在合作基礎上的擴展秩序，這種擴展秩序建立的前提，卻是自生自發的秩序。在《致命的自負》中他開門見山地指出：

……我們的文明，不管是它的起源還是它的維持，都取決於這樣一件事情，它的準確表述，就是在人類合作中不斷擴展的秩序。這種秩序的更為常見但會讓人產生一定誤解的稱呼是資本主義。為了理解我們的文明，我們必須明白，這種擴展秩序並不是人類設計或意圖造成的結果，而是一個自發的產物……<sup>47</sup>。

---

47 Friedrich A. Hayek 著，馮克利、胡晉華譯，致命的自負：社會主義的謬誤，頁1（2000年）。

人是個體的存在，但人和人、從而人和社會卻是個體擴展的結果。倘若世界上只有一個人，那麼，這個人所面臨的規則，就純粹是自然法則，他所面對的秩序，也是上蒼業已創造好的自然秩序。但問題是一個人的世界是不存在的，或者只在假設中存在。所有人來到世上，都無可例外地面臨兩人及其以上關係的困擾。即只要有兩個人存在，就有兩個人交往的規則。這種規則是自然法則之外的社會規則。由人而構成的家庭、村落、社團、國家、國際組織等，其規則都應是兩人交往規則的放大和擴展。所以，軸心時代人類文明的締造者們，每每從最簡單的組織形式、規則形式和秩序形式出發，探討整個人類的秩序體系問題。例如，在我國，孔儒學說就特別強調家與國的關係，強調群己之辨，關注「己所不欲，勿施於人」<sup>48</sup>的推己及人精神，強調「老吾老，以及人之老；幼吾幼，以及人之幼」<sup>49</sup>的人類合作以及擴展道德秩序。而柏拉圖在探討國家之間的準則時，也把個人和個人、家庭和村落等關係拉進來討論，從而隱約體現了擴展秩序的精神<sup>50</sup>。

可見，個體人只有置於某種關係體系中時，才需要秩序。在筆者看來，人類的一切秩序都是基於三種關係——「身心關係」（自治規則）、群己關係（互治規則）和天人關係（他治規則）——而建立的<sup>51</sup>。這些秩序仍然可以稱為自然秩序。而這裡更想探討的是在自然秩序基礎上的擴展規則（秩序）本身的擴展方位和擴展形式。

可以把由民間法記載的簡單規則（秩序）之擴展在路向上一分為二，即簡單向度的擴展規則（秩序）和互融向度的擴展規則（秩

---

48 參見《論語·衛靈公》。

49 參見《孟子·梁惠王上》。

50 參見Plato著，孫增霖、張智仁、何勤華譯（註13）頁3-6。

51 參見謝暉，價值重建與規範選擇——中國法制現代化沉思，頁13-30（1998年）；謝暉（註42），頁125-129。

序)。

簡單向度的擴展規則(秩序)乃是指在人們交往中,某一種秩序體系擴展到其他秩序體系中,從而其它秩序體系被該種秩序體系所同化。這又可以細分為三種情形:一是壓制性擴展與同化。它是指人們純粹借助武力的強制來推銷一種規則、文化和秩序。而該種規則在文化上卻未必有優先性。例如蒙元政府在所征服地區強制推行的一套規則——秩序體系。二是漸進性的擴展與同化,它是指處於高位階的民間規則(秩序)借其文化優勢而被他人接受。在一定意義上,古代漢文化對周邊地區和國家的傳布,主要採取的是這種形式,其前提是漢文化和周邊地區文化相比較,身處高位。三是混合性的擴展和同化。即一方面,某種規則和秩序的擴展具有文化高位「下流」的前提,另一方面,這一「下流」過程又借助了軍事優勢。例如秦皇在統一六國過程中,把在秦國習慣基礎上生長起來的具有時代適用性、已經行之有效的一套規範體系,如郡縣制、度量衡制、文字書寫制、軍事制等運用強制力量推向六國,不僅實現了疆土意義上的大一統,而且實現了法律意義上的大一統。

無論上述哪種情形都表明,單向度的秩序擴展過程,具有一定的犧牲其他的民間規則和秩序體系的特徵,因此,即使它能夠實現秩序擴展,但一方面代價太大,另一方面,一種規則(秩序)體系的勝出,畢竟很難進一步發展為以現代憲政共和主義為基準的高級秩序。

而互融向度的擴展規則(秩序),則標誌著不同的民間規則(秩序)體系通過相互的交涉對話、共生共存而擴展了其內容,但又不影響其各自規則(秩序)的擴展形式。這種擴展秩序也可以二分為簡單互融和有機互融兩種情形。

所謂簡單互融，可以把它形容為滾雪球的過程。徐傑舜等在研究漢民族的成長時，形象地用了「雪球」<sup>52</sup>一詞。筆者想借其說明從民間規則（秩序）到擴展秩序的互融性生長，往往是這種滾雪球般的生長過程。雪球越滾越大，其中的內容也越滾越多，但無論如何，雪球總是圍繞著中心而滾動的，因此，以中心為代表的主流規則（秩序）體系，總是對非主流的邊緣規則（體系）予以吸收，而吸收的結果又反過來是一種擠壓或排斥。這種簡單互融過程儘管是自發的，但其結果是或者中心吸收邊緣，或者中心擠壓（排斥）邊緣——因此，它不需要不同民間規則（秩序）間的平等對話，而只需要中心對邊緣的吸收與呵護。所以，它對在互融基礎上形成高級規則和高級秩序而言，仍是一種障礙，除非對其進行創造性轉化。

有機互融則是指不同民間規則（秩序）之間在相互交流過程中，相互對話、協商、交流並相互吸收、和諧共處、協作共贏的規則（秩序）擴展形式。這種秩序的擴展，一定是對話的結果，而非對抗的結果；也一定是合作的結果，而非孤立的結果。聯邦共和制國家的制度實踐，所體現的就是此種對話合作、有機互融的規則（秩序）擴展形式。「二戰」之後的國際秩序，儘管還充滿強權、霸權因素，但各國之間、國際組織之間有機互融的擴展秩序還是得到較為明顯的體現。顯然，這種互融性擴展規則（秩序），向高級規則（秩序）的邁進在創造著條件，它的制度化，就是憲政共和的規則（秩序）體系。

3. 高級規則（秩序）。高級規則（秩序）作為既現實、又理想的人類擴展秩序體系，乃是在保障每個具體的民間規則（秩序）不被強制性摧毀的前提下，通過不同民間規則（秩序）之間的交流、協商、對話、博弈而形成的各民間規則（秩序）又共存、和諧、合作、共利的規則（秩序）狀態。在一定意義上，它就是以共和為前

---

52 參見徐傑舜編，雪球——漢民族的人類學分析，頁1-60（1999年）。

提和基礎的憲政規範—行動體系，是各種不同的民間規則（秩序）在自治前提下的合作成果。有學者通過對全球範圍內諸多習慣法的考察和比較，指出「習慣法的價值基礎主要包括互惠主義、二元主義和平等主義」<sup>53</sup>。由此可見，一種高級規範（秩序）體系的形成，必須具備如下幾個條件：

其一，民間法—文化間的平等性。這裡的平等，不是指民間法—文化在適用範圍、影響大小、時間長短等方面的平等，而是其「生存」資格的平等。因為平等是一切共和得以展開的前提條件。在不平等的狀態下人們也可以和平共處，但它終究不是共和的共處，而是專制下的共處。不難想像，在民間法—文化不能平等地存在、而只能依附於勢力更大的民間法—文化的前提下，會有在此基礎上的進一步協商、對話和博弈。

其二，民間法—文化間的協商性。協商性表明民間法—文化並不是孤立自處的存在，反而必須處於交流狀態——事實上，平等性也表明了這一點，因為不同的民間法—文化間不能展開交流，那麼，平等與否就失去了任何意義。所以，平等性照例不是各民間法—文化間的孤立自處，而是他們間交流的產物。不但如此，在當今所謂全球化的時代，民間法—文化的對話、交流與協商，已經擴展到國家之間<sup>54</sup>。對此，筆者在後文中還將專門論述，此不贅言。

如果民間法—文化間不能展開協商、交涉和博弈，那麼，民間法在規則、文化層面就沒有形成共和的途徑和可能。與此同時，既

---

53 Krystyna Swiderska, *Protecting Traditional Knowledge: A Framework Based on Customary Laws and Bio-Cultural Heritage* (Oct. 3-5, 2006), <http://pubs.iied.org/pdfs/G01069.pdf>.

54 在日本有些研究機構，特別是名古屋大學的相關研究機構，學者們不僅在研究中國、東南亞各國的各類交易和其他習慣，而且還把相關研究的觸角伸向獨立不久的中亞各個國家。當筆者詢問其研究目的所在時，他們告訴我：一方面是基於好奇和興趣；另一方面，也為日本和這些國家間方便地展開合作與交流，特別是貿易提供可能條件。

然協商性在這裡所強調的是資格意義上的，那麼，那種由一方提出意見，其他各方只能參與討論的情形，就並非真正的協商。真正的協商就是要求參與協商的各方都拿出方案，並在不同方案間論辯、競爭、博弈和對話。只有這樣的協商，才能為共和推出一套「君子和而不同」的方案，否則，就只能滑向「小人和而不同」了。

其三，民間法—文化間的妥協性。一切商談、交涉和對話，乃是借助言論以表意、取效和行事的活動<sup>55</sup>。甚至語言交談（行為）延伸意義上的博弈、競爭，也是如此。但是在選擇這些行為時，互不相讓、毫不妥協儘管可以表意、取效和行事，但毫無疑問，這也為進一步交流設置了嚴重障礙，於是，不同民間法—文化只能取向「小國寡民，老死不相往來」的境地。顯然，這不是民間法—文化間商談、交涉與對話的真諦，反而會湮沒它們之間交流和對話的意義。正因如此，如何實現對話中的妥協，使不同民間法—文化在動態交流中得以共存，是最重要的交流智慧。不難想像，當那些具有完全不同的習慣傳統、法律精神的地方經過激烈的錙銖必較、討價還價的過程後形成聯邦共和國時，所體現的肯定不僅是固執和堅持，更是妥協與合作。所以，妥協精神是多元規則（秩序）間邁向共和的必要和重要條件。

其四，民間法—文化間的提升性。民間法—文化間協商、對談、博弈後的妥協，絕不是參與協商、對談和博弈的民間法—文化之間的簡單相加或者原封不動地各過各的日子，各行各的習俗，而是在相互交流、博弈基礎上，一方面實現取長補短，另一方面實現高次提升。取長補短無需多著筆墨，因為任何平等交流的影響都不是單向度的，哪怕事實上再強大的民間法—文化與事實上再弱小的民間法—文化間的平等交流，也會收穫取長補短的效果。例如在政

---

<sup>55</sup> 參見J. L. Austin著，楊玉成譯，如何以言行事——1955年哈佛大學威廉·詹姆斯講座，頁81-85（2012年）。

體模式上，強大的盎格魯·撒克遜人對澳大利亞原住民治理方式的認可和吸取，就是頗能說明問題的一個例證<sup>56</sup>。而美國「民族人類學家對早期美國易洛魁人問題作了重要的長期的考驗研究……很多觀點印證了美國社會不是歐洲人『獨立創造』的世界，而是一個『歐印互動』的世界，從來沒有一個民族像印第安人一樣對美國政治權力產生過如此潛移默化的影響，這種影響幾乎以一種不易察覺的方式發生」<sup>57</sup>，一則更為明確的資料顯示，易洛魁聯盟的原則直接影響了班傑明·富蘭克林（Benjamin Franklin）和湯瑪斯·傑弗遜（Thomas Jefferson）對獨立宣言和邦聯條例的起草工作。易洛魁部落及其邦聯為目前存在的美國聯邦民主制度提供了諸多依據<sup>58</sup>。美國印第安歷史學家的這些研究結論可作為說明該問題的另一個例證。至於高次提升，乃是在不同民間法—文化的交涉、妥協基礎上，生成一種高於目前民間法—文化的法律規範—文化體系。規則—文化的這種交流效應，可謂文化的雜交效應。由此生成的法律，可以稱之為「高級法」<sup>59</sup>。這種「高級法」，就是建立在經由個別並多樣存在的民間法—文化的交流、協商基礎上而形成的，能夠保障多元規則（秩序）共和的高層次的法律體系。更為新銳的觀點是，國際社會應當更為尊重國家和地區社會的文化適用性，在「國

---

56 參見亞歷山大·瑞里（Alexander Reilly）著，談蕭譯，原住民治理的憲政構架，收於：謝暉、陳金釗編，民間法（第7卷），頁283-307（2008年）。

57 DANIEL K. RICHTER, FACING EAST FROM INDIAN COUNTRY: A NATIVE HISTORY OF EARLY AMERICA 9, 36 (2000).

58 See BRUCE E. JOHANSEN, FORGOTTEN FOUNDERS: HOW THE AMERICAN INDIAN HELPED SHAPE DEMOCRACY 53, chapter six (1982).

59 「高級法」這一提法，我是受美國學者愛德華·S·考文（Edward Samuel Corwin）的影響而使用的。但這裡的意涵和考文的主張相比較，有同也有異。同在於對國家法之外的「自然」（自發）規則一樣重視。異在於考文的觀念，更多地堅持的是自然正義，而我在這裡想秉持的，毋寧說是社會實證正義；考文強調自然正義本身的「高級法」背景，而我強調社會實證正義之後的「高級法」規範，考文的論述，參見Edward S. Corwin著，強世功譯，美國憲法的「高級法」背景（1996年）。

家的社會化」，「國家涵化」<sup>60</sup>的框架下達成民主憲政的共識，進言之，這種法律體系就是國際社會「憲政的共和體系」。顯然，經由這種推論，則民間法在多元規則視角對共和的意義，當是昭然若揭。

### 肆、民間法與共和的多元主體基礎

現代法律、法治和憲政，是作為個體的人主體化的產物，是個人取得「主權」的結果。法律和憲法越來越被更多人承認是人民的意志，這不僅是意識形態的宣教，而且更具有現實實在性。至於民選政府、全民公決等，更是把被古代思想家在觀念上敵視的民主政體，推向了憲政的民主／共和政體。因此，人的解放、人的主體性以及在此基礎上的制度構建和安排，就構成了「憲政共和」在主體面向上的基本風貌。這種情形，與對民間法的尊重頗有關聯。

當筆者在此講民間法與共和的多元主體基礎時，這裡的多元主體可以一分為二：一方面是民間法本身的主體地位，它包括了某一特定民間法的效力範圍、效力主體、效力強度等等問題。特別是因為民間法的效力所影響的特定地方或民族，更是這裡必須考慮的問題。另一方面，是接受某種民間法調整的一個個具體個人的主體地位和主體基礎。在關注民間法與共和的多元主體基礎之間的關係時，上述兩個方面都應被納入其中予以考量。

---

60 Ryan Goodman、Derek Jinks合作的新著《國家社會化》一書提出了國家涵化的新觀點，大意是講國家成長是一個不斷社會化的過程，而說明國家社會化需要給國家更多物質刺激、說服和文化適應，以使政府不斷被社會涵化，基於Ryan Goodman在國際法以及公法領域的話語地位，國家社會化已經成為國際公法和國內公法領域一個主流的觀點。See RYAN GOODMAN & DEREK JINKS, *SOCIALIZING STATES PROMOTING HUMAN RIGHTS THROUGH INTERNATIONAL LAW* (2013).

民間法作為一種文化，乃是從民間法的觀念和存在方式視角觀察的結果，而民間法作為規則，則是從人們交往行為和生活方式視角觀察的結果。無論民間法作為文化還是作為規則，在對共和的作用上，它們都需要通過人（團體）的規範和保障作用來實現，因此，民間法的保護物件就是作為主體的人（團體）；同時，民間法也需要積極的參與者和行動者來保障其內部的運行，這種運行機制就是作為主體的人（團體），因此，促使民間法內部運行的動力也是作為主體的人（團體）。而在不同民間法之間進行交流、協商、對談、博弈，並因此尋求不同民間法及其團體間的妥協、合作、共利與共和的實際操作者，即民間法外部交流的操作者，還是作為主體的人（團體）。對此，不妨分別展開來論述。

1. 人（團體）作為民間法的保護對象。「在古典共和主義的觀念中，個人的一切都要在集體中運作，集體的存在發展是個人存在與發展的充分和必要條件。<sup>61</sup>」而民間法就是此種集體存在和發展的制度體現。作為規則和文化，民間法的現實效應就是對人們交往行為的規範和保障。它既規範和保障一個團體的內部成員（具體的個人）之間根據民間法而交往行為；也保障一個團體（地方、民族、社團）根據自己的民間法與其他團體根據他們的民間法進行平等與和平的交往；還保障如果團體有交流的整體需要，要求團體內每個個人參與並表達其意見時，則每個個體應根據民間法投票決定是否進行交流的情形。

人作為民間法的保護對象，首先強調的是在民間法的運行中，民間法適用於其有效範圍內獲得主體地位的所有具體的個體，從而表明人在民間法上再次獲得了主體地位。當然，這並不是說所有的民間法都能提供把人當作主體看待的事實，反之，以現代法律觀念

---

<sup>61</sup> HANNAH ARENDT, BETWEEN PAST AND FUTURE: EIGHT EXERCISES IN POLITICAL THOUGHT 154 (1986).

來觀照，由史上傳布至今的不少民間法，存在大量非人化的規則，如在個別伊斯蘭國家把通姦者亂石砸死（石刑）的民間法，再如在中國大陸不少地方存在的重男輕女、對強姦行為實行私了的民間法等，都以踐踏個人人權為特徵<sup>62</sup>。但這也只是民間法多維圖像中的一維，並不意味著所有的民間法都是如此。同時，即使在這種看似慘無人道、踐踏人權的民間法背後，也存在著另一種權利義務的安排和主體性期待。儘管對這樣的民間法，筆者持否定態度，但簡單的否定和肯定畢竟比「同情的理解」更容易。而要「同情的理解」，需要人們深入一種民間法的文化背景、權利義務安排背景和獨特的主體背景中。

但這不是筆者對這類的民間法作辯護，毫無疑問，這樣的民間法很難和現代社會中新生的民間法之間保持共存與共和，也無法和有的傳統民間法一樣，經過創造性轉換，可以納入自治與共和的憲政框架中。反之，這樣的民間法在現代社會中是必須被淘汰的。

似乎說得有些遠了，且與共和基本扯不上邊，故話題還是再轉到在具體的民間法所調整的範圍內個體的主體地位問題。一種民間法只有規範和保障在它調整範圍內的所有人，能以主體的地位和身分參與民間法秩序的經緯，從而也成為民間法的保護對象時，才有可能使其在民間法的跨界交流中，服從民間法所在團體的動員，作為民間法調整下的個體自覺地參與到本邦民間法是否和他邦民間法的交流、合作中。因為只有在此種情形下，個體在民間法內部的調整中，才獲得了主體地位；也只有這樣的情形，才能為一種具體的民間法參與共和時，提供多元主體在個體面向（相對於團體面向）上的基礎。一旦這樣的合作獲得成功，也就能表明「人民主權」的價值期許在現代憲政與共和的框架內得以實現。

---

62 相關分析，參見劉作翔，具體的「民間法」——一個法律社會學的考察，浙江社會科學，2003年第4期，頁17-24（2003年）。

團體作為民間法的保護物件，則強調的是存在和作用於一定團體（地域、民族、社團）內的民間法，只有經由以個體方式存在的團體的自主決定，才能與其它民間法所屬的團體之間或分道揚鑣，或攜手合作，或共同提升等等，因此，忽視作為民間法主體之團體的力量，無異於將民間法銷於無形。事實上，那種沒有團體歸屬的民間法，幾乎是不能想像的。

問題是團體歸根結底仍然是個體的組合，因此，一種民間法所屬的團體在和它種民間法所屬的團體進行交流時，一旦涉及整體性的、需要全體主體參與的事務，全體的參與、甚至公決就是合法性的重要來源。對於共和而言，這也是最佳的實現方式。這種情形，實為個體主體作為民間法運作的保護物件的另一重表現。

2. 人（團體）作為民間法內部運行的行動者。民間法儘管是非正式法，並且一般只能維繫或締造非正式制度和非正式秩序，但民間法又是「活法」，是人們「行動中的法」<sup>63</sup>。作為非正式制度，民間法更具有自覺的、內在的活動性，所以又被人稱之為自生自發的內在制度，以區別於上下強制貫通的外在制度。對此，柯武鋼、史漫飛這樣寫道：

內在制度是從人類經驗中演化出來的。它體現著過去曾最有益於人類的各種解決辦法。其例子既有習慣、倫理規範、良好禮貌和商業習俗，也有盎格魯·撒克遜社會中的自然法。違反內在制度通常會受到共同體其他成員的非正式懲罰，例如不講禮貌的人發現自己不再受到邀請。但是，也有各種執行內在制度的正式懲罰程式……<sup>64</sup>。

63 正式法與非正式法的區別，我主要是從法律淵源的視角講的；正式制度和非正式制度的區分，則是制度經濟學家們的重要創造，參見唐紹欣，非正式制度經濟學（2010年），而「活法」、「行動中的法」等，則與機械法（死法）、紙面上的法相對應，參見Eugen Ehrlich著，舒國滢譯，法社會學原理（2009年）。

64 Wolfgang Kasper & Manfred E. Streit著，韓朝華譯，制度經濟學：社會秩序與公

內在制度這種被人們自覺自願的認同、遵循和運用，關鍵在於它有自覺自願的促使其「活動」的行動者。這些行動者對民間法運行的推進，既可能出自民間法的方便、實用以及它在利益－規範上帶給人們的權利義務分配，而且也出自它的古老和「習以為常」。莫里斯（Robert P. Merges）教授在對中世紀行會、19世紀鋼鐵行業協會、專利權共用企業協會、科學家的研究成果交流協會和開源軟體等自發團體研究的基礎上，就指出「歷史上各國皆存在通過共同規範促進創新的內在制度。這些制度是自下而上的，因為它們在規範的基礎上發展出自己的內部管理結構。<sup>65</sup>」如果說前者構成了民間法的行動者們據以行動的實質合法性的話，那麼，後者則構成其據以行動的形式合法性。而行動者們的認同和遵守，又是民間法得以「活動」的活水源頭。

同時，人們在民間法內部的自覺行動，既是養成其規範遵從和信仰意識的重要基礎，也是其在內部學會並自覺運用規範進行合作的基礎。尤其是在這種合作中所形成的習以為常的形式理性，對於人們在更大範圍內的對話、交流、合作與共處而言，是一種內部的預演，因之，這種交流與合作一旦得到實現，便從自發秩序發展到了擴展秩序。

當然，儘管在民間法的內部運行中，作為個體主體的人是最活躍的因素，但作為團體（如村落、社區、社團、族群等）的民間法主體，照例是重要的。實踐中這裡的團體，可被分為兩個層次：第一類是決定民間法效力邊界的團體（我稱之為民間法一級團體），即在這個團體內，該種民間法是有效的，超越該團體，則相關民間

---

共政策，頁36-37（2000年）。

<sup>65</sup> Robert P. Merges, *From Medieval Guilds to Open Source Software: Informal Norms, Appropriability Institutions, and Innovation*, Conference on the Legal History of Intellectual Property, Madison, Wisconsin (Nov. 13, 2004), [https://www.law.berkeley.edu/files/From\\_Medieval\\_Guilds\\_to\\_Open\\_Source\\_Software.pdf](https://www.law.berkeley.edu/files/From_Medieval_Guilds_to_Open_Source_Software.pdf).

法是無效的。對民間法的內部運作而言，其基本作用是通過外在力量來保障民間法的運行。另一類是不決定民間法效力邊界的團體（筆者稱之為民間法二級團體），如在一個村落中，有許多遵從村落習慣的家庭或家族，也有許多遵從村落習慣的企業或公益機構<sup>66</sup>等。這樣的團體，和個人一樣，也是民間法內部運行的行動者。在一定程度上，它是個人主體身分的組織化表現。其作用除了參與民間法的內部運行，還往往會接受第一層次的團體的委託，協助民間法團體內的強制運作。例如，一個村落對各個家庭委以任務，督促家庭成員遵守和運用民間法。

在民間法的內部運行中，人（團體）的這種對規則的擔當和謹守，與共和之間有什麼關係？或者如何在主體意義上理解民間法對共和、從而也對憲政的貢獻？事實上，主體——無論是個人，還是團體，對於規則的自覺參與、遵守和運用，是其進一步展開更大規模交流與合作的前提。我們知道，人類的交流與合作關係，大致有兩類：

第一類是和身分化緊密相關的關係性交流。這種交流的特點是以熟人為背景，以關係為紐帶而展開的。這種秩序的擴展，往往要以陌生人的熟人化為前提，即哪怕交流主體為陌生人，也要想方設法變成熟人關係。為什麼一定要如此？因為在關係的背後存在著身分，也存在著因為身分劃分的不同而形成的等級位階和特權專制。如果一種民間法的調整，提供的是關係性交流，雖也能形成人們之間心照不宣的共處，但它是以交流中的某些人喪失主體地位為前提的，因此並非共和。對這種交流可否通過創造性轉化？變成能

---

66 例如，在西北堅持穆斯林傳統的不少穆斯林村落，儘管青壯年男女大都赴外地辦企業、開飯館，而這些企業和飯館在地域隸屬關係中，與該村落沒有任何關係，有些甚至還遠在浙江、福建、湖南，但因為在主體隸屬關係上他們屬於這些村落及其伊斯蘭習慣法，所以，他們仍然堅守宗教習慣法的規定，把每年收入的十分之一繳給清真寺。每到封齋時候，遍布全中國大陸各地的穆斯林不惜千里萬里，放棄掙錢的大好時光，要浩浩蕩蕩地趕來在自己家鄉度過封齋。

夠共融於共和的交流？在這方面，海外華人家族企業的股份制——現代化的轉化或許能提供一些思路<sup>67</sup>。

第二類是與平等性緊密相關的契約性交流。該種交流的特點是以陌生人為背景，以契約為紐帶而展開的。它的擴展及其徹底化，甚至需要把熟人關係化成陌生人為前提。因此，它能夠容納「親兄弟、明算帳」的「無情」，也能夠理解「夫妻財產公證」的「無義」。顯然，這種交流的基本特徵是交流主體間的平等。如果一種民間法的調整，提供的是契約性交流，那麼，不但能形成人們之間的和諧共處，而且它的擴展，會成為共和的活水源頭。

3. 人（團體）作為民間法外部交流的操作者。任何人的生活，都不是、也不可能是一個完全封閉的系統，反之，交往性生存，既表現著人作為社會性動物和群體性動物的基本特質，也表現著人既定的生存和生活方式。與此相應，作為規範一定團體內人群交往關係的民間法，不是、也不可能是一個封閉的規範系統。只要一個團體不是處於與世隔絕的狀態，就必然意味著不同團體的民間法之間相互對話交流並取長補短的必要和可能。主體之間對話交流的必要性有二：一是不同團體間的規範內容是衝突的。所謂「十里不同俗，百里不同風」就是其形象寫照。二是不同團體間有主體交流的必要，因之，需要「入國問禁，入鄉隨俗」。但交流從來是相互的，僅僅「入國問禁，入鄉隨俗」還不能較好地解決交流中更深層的問題，因此，通過對話解決交流中的問題就有必要。而不同團體之主體間對話交流的可能性，既取決於不同團體之規範的開放性和主體的包容性，也取決於不同團體間主體利益的相互需要。

不同團體間主體的對話和交流，既是文化的，也是規則（秩序）的，但歸根結柢卻要落腳到主體上。從交流的主體視角，它可

---

<sup>67</sup> 參見陳凌，中國家族企業的社會角色——過去、現在和未來，頁151-160（2011年）。

以做如下三分，即跨規範的團體和團體之間的對話交流，跨規範的團體和個體之間的對話交流和跨規範的個體和個體之間的對話交流。

跨規範之團體與團體間的交流，首先指能夠決定某種民間法規效力範圍的團體之間的對話和交流。如兩個社團之間就相互的協作問題展開協商和談判。由於其分別是決定兩種民間法範圍的權威主體，因此，其對話交流會直接導致兩個團體間的合作或不合作。假設兩個民族成份各異的村落分別派村長就兩村展開合作的事宜去談判，談判結果是一方面，雙方必須尊重各自對方的風俗習慣，另一方面，在雙方的風俗習慣可能合作並提升的領域，經由協商一致，創造新規範，以強化雙方的合作。這一談判和交流活動，雖然雙方是派代表參加的，但畢竟各自派出的代表（村長）所代表的，是決定民間法效力範圍的雙方團體，因此，就會直接產生交流與合作效力。當然，這一交流還可以是兩個或多個團體內的全體主體出面，通過投票決定是否交流，以及交流的範圍和交流的方向等等。

其次是指不能決定某種民間法效力範圍的社團和社團之間，以及它與能夠決定民間法效力範圍的另一團體之間的對話交流。例如某村一家村辦企業和另村的一家村辦企業，或者該企業與另一村之間的合作交流就是。這種合作交流，一般不會直接改變雙方各自的民間法，但因為特殊的業務需要，可能生成民間法「二級團體」之間，或者民間法「一級團體」與「二級團體」之間的跨規範交流，並創生用於合作的新規範或新契約。

跨規範之團體與個體間的對話交流也可二分：其一是決定民間法效力範圍的團體（民間法一級團體）和另一團體內之個體的對話交流。即交流的一方主體是決定民間法效力範圍的一級團體，而另一方主體則是團體內具有主體身分的個人。在什麼情形下才會發生這種交流方式？筆者以為，這只有一位個體主體的行為和另一團體

的民間法發生重要衝突時，才有可能。如一個村落恪守本族群的習慣法，不嫁其女給外族人，而另一村落的外族人卻和前一村落的女子墜入愛河，自己出面和該村落就有關習慣進行協商、交流即是。

其二是不決定民間法效力範圍的團體（民間法二級團體）和另一團體內之個體的對話交流。這種交流，常見於一個二級民間法團體和一個或多個一級民間法團體內的個體之經濟、社會合作中。如一村之村辦企業，到另一村招工，並和該村村民進行協商和交流的活動。

至於跨規範之個體和個體之間的交流，則更是民間法外部交流的最常見的主體形式，且因為這種交流也連帶地產生規範交流。特別隨著現代商業貿易的迅猛發展和交通條件的極其方便，人們之間的跨區域、跨規範交流既平常，又便捷，這些，都為跨規範的主體交流奠定了更好的條件和基礎。

如上對跨規範之主體交流的總結和論述，依然是要說明這裡的主題：因為民間法的交流合作，同時必然會導致主體的交流合作。換言之，也可說因為不同民間法主體的交流合作，也必然會帶來民間法的合作交流。這些合作交流所產生的效應，照例不僅會產生一加一等於二的結果，而且會產生一加一大於二的效果。它往往既是對參與交流的主體各自民間法的繼承，也是在交流合作基礎上的創新。如果交流的結果是某種民間法被徹底拋棄，則得不償失，因為它不但無法締造共和，而且還會在事實上否定共和<sup>68</sup>。

---

68 可以說，「五四」以來的激烈反傳統以及大陸的「文化大革命」，在一定意義上破壞了在這個古老國家實現共和的文化基礎。以致「文革」之後不得不部分地重新定位，恢復傳統，如漢民族的春節、元宵、清明、端午、中秋等節日都被規定為法定節日。而其他民族的重要節日，如穆斯林的古爾邦節、藏族的雪頓節等，也成為相關民族的法定節日。

透過如上論述可見，不同的民間法無論在文化意義上、規則（秩序）意義上還是主體意義上的交流，都能夠為共和奠定多元文化競爭共存、多元規範（秩序）交流協作、多元主體對話互利的共和格局。反之，如果沒有這種多元文化、多元規範（秩序）、多元主體間的對話、交流、競爭和協作、互利、共存，那麼，所謂共和，也就「皮之不存，毛將焉附」了。

## 伍、民間法、多元對話與憲政視角的國際共和

儘管憲政制度在全球各不同國家越來越多地建立，並且收到越來越多的構建秩序、推進民主、導向共和的實效<sup>69</sup>，但是，放眼到國際領域，雖然《聯合國憲章》、《世界人權宣言》等國際法文獻，似乎已經確定了國際憲政的框架，但在實踐中，眾所周知，大國之間的博弈，基本上是國家利益和國家實力間的博弈，而根本不是國際民主、國際共和或國際憲政的博弈。很多時候正好相反，大國之間為了利益，故一切皆可拋<sup>70</sup>。

近二十年來發生在國際領域的一切重大事件，明白無誤地昭告天下，儘管發達國家在其國內安排了精緻的憲政，以保障人權、合作、民主與共和，但是，這種安排，在國際上並未形成憲政的均衡

---

69 當然，這並不是說建立了憲政制度的國家就一定會取得和英美等老牌憲政國家等量齊觀的治理效果，因為對那些後接受憲政的國家而言，憲政作為一種全新的國家治理方式，作為由選民為主，通過定期的對話、投票和博弈而決定政府的機制，自然離不開一定的國情和國民的必要訓練。訓練不夠，習慣未立，則憲政也可能會完全走樣，近幾年發生在埃及、泰國和烏克蘭的幾次憲政危機，都說明之。在筆者看來，這些在實質上都不是憲政的錯，而是憲政運行過程中的錯。

70 路易士·亨金（Louis Henkin）在論述憲政、民主與對外事務的關係時，已經關注到相關問題，但他是基於美國內國憲法的問題和需要而立論的，並不是在全球對話基礎上立論的，參見Louis Henkin著，鄧正來譯，憲政·民主·對外事務（1996年）。

擴展，反之，憲政要麼以強迫手腕被輸出或推進，於是有關憲政的反復，甚至因為憲政導致的危機就層出不窮，在憲政強制輸出中導致的大國侵犯別國人權的事，更比比皆是。結果導致憲政不是制約權力的規範，反倒是大國間權力鬥爭的拙劣工具。最近發生的烏克蘭事件，很典型地說明當憲政缺失了價值理性、甚至信仰的支撐，而僅僅被作為工具理性時的尷尬<sup>71</sup>。正因如此，如何在內國共和與憲政的基礎上，實現多元對話的國際共和，就不是杞人憂天的話題；而民間法在這一過程中能否發揮作用，也並非異想天開的設問。全球範圍內的多元對話以及在對話基礎上的全球共和，有其事實基礎。在《論對話的法律全球化》一文中筆者強調：

所謂對話的法律全球化，是在全球性的經濟貿易、政治對話和文化交流已然成為不爭的社會事實之背景下，世界各國在主權自主原則下，以源自西方的法律制度及其理念為基礎，並結合其自身的國情特徵和實際需要，參與到法律全球化進程，並進行平等對話的法律全球化模式<sup>72</sup>。

這說明，多元主體（國家、國際組織）、多元意識（文化）和多元利益的呈現，是展開全球對話的一個重要事實基礎。與此同時，在聯合國框架內的「國家不分大小，一律平等」的規定，儘管在實踐中存在很多問題，但至少在形式上奠定了另一個全球對話的重要事實基礎。而各個不同國家、不同國際組織所各自擁有的獨特資源，包括文化資源（如民間法）等，是展開全球對話，並實現全球共和的又一個重要的事實（需求）基礎。這裡需要進一步展開的問題是：民間法與全球對話之間究竟有什麼關聯？民間法的全球對

---

71 當烏克蘭的反對派採取反憲政的方法推翻民選總統時，人們不可能從中體會到憲政的價值理性；當美國和歐盟支持顛覆民選總統的反對派時，憲政的共和基礎也被顛覆。當反對派臨時政府強調克里米亞（Crimean Peninsula）公投違憲，而當俄羅斯表態克里米亞公投合憲，且符合國際法時，人們不難發現，憲法、國際法等就簡直變成了一種任人解釋、唯我所用的變色龍。

72 謝暉，論對話的法律全球化，政法論壇，2013年第4期，頁3-6（2013年）。

話對全球共和有何貢獻？民間法的全球對話能否、如何導向全球憲政？

1. 民間法與全球對話之間有何關聯？2007年，筆者在第23屆世界法哲學—社會哲學大會的小組發言中，用了「民間法與法律的全球對話」這樣的選題，並提出了全球化的兩種樣式。其中在全球化的對話——交涉樣式下筆者談到：「對話的全球化理念已經呈現出來的基本事實，為民間法的作用提供了前提性預設」，並強調了民間法研究與法律全球對話的三點關聯，即民間法研究可以奠定全球對話的主體基礎；民間法研究可以營造全球對話的規範前提；民間法研究還可以提供全球對話的社會生活基礎<sup>73</sup>。歸根結柢，民間法之於全球對話的作用，就在於給主體提供展開對話的文化和規範前提。

如前所述，不同國家和國際組織間的全球對話行為，除了經濟、政治、文化需要的多元性和國家利益的多樣性以及各國家（國際組織）國際地位的平等性之外，更重要的是個對話主體之間要有對話的資本，即對話的資源。這些資源可以是「硬資源」，如新加坡作為一個彈丸小國，卻能做到很多大國做不到的事情，在於其擁有並控制世界最重要的航道咽喉——麻六甲海峽。沒有這一因素，即使它有再多的思想和統治手腕，也不可能國際對話中坐擁如此的優勢。但「硬資源」僅僅是對話資本的一部分，而非全部。

順理成章的是：在全球對話中一個國家是否擁有「軟資本」——文化、規則（秩序）、獨特價值資本等，是其能否參與公平地對話的重要前提。因為擁有這樣的資本，對話主體就能方便地以方案提出人和競爭者的姿態進入對話中，而沒有這樣的資本，則參與對話的國家只能是對別人提出的方案進行同意與否的表態，無論其

---

73 參見謝暉，法林望道，頁107-111（2009年）。

主動性還是主體地位，都會大打折扣<sup>74</sup>。因此，「軟資本」在全球對話中即便不是最重要的資源，但也是最重要的資源之一。不能想像，一個沒有任何文化底蘊的國家，一個在語言上、文字上、價值理念上對他國亦步亦趨的國家，能夠提出扎實有效的對話方案——即使其擁有再多的「硬資源」。實踐中，這些國家常常是某個大國的依附者，而不是獨立自治的提案主張者。即使其能夠偶爾提出提案，也是缺乏其自身文化獨特性的提案。

在筆者看來，民間法至少是一個國家參與全球對話的重要資本之一。西方國家為什麼「一往情深」地關注中國西藏、新疆等民族聚居地區，並且還能把很多相關問題有根有據地提到檯面上？因為他們認定那裡人們的日常生活方式、規範機制、文化觀念和中國其他地方的大相徑庭。我國為何在相關問題上面對西方的咄咄逼人而左支右絀？原因就在於對這些屬於地方性的內容，特別是以規範方式存在的民間法的關注還遠遠不夠，並在憲法、法律上的實際規範和保護措施也很不力。因此，這些本來可以作為我們參與全球對話時值得利用的民間法資源，反倒被我們無所用心地拋棄。那種以大一統的文化思維而好大喜功地說明當政者政績的舉措，不但是對民間法等傳統資源的輕視、甚至遺忘，而且很難在全球對話中取得道義和利益上的優勢。反倒容易被裹挾進別人設定的語境中，喪失以更有力的主體身分、文化身分和規範（秩序）身分參與全球共和的機會。由此不難發現民間法與全球對話的關聯，並進而深思以民間法為規範（秩序）基礎（之一）的全球對話，與全球共和的關係。

---

74 例如在聯合國安理會的討論中，那些勇於並善於提出提案的國家，往往處於對話的中心位置，原因何在？因為各國的對話本身圍繞著人家的提案而展開。同樣，在中國全國人大和全國政協會議上，那些勇於並善於提出議案或提案的人大代表和政協委員，總是格外受人關注，原因也在於其他代表和委員的討論，皆圍繞著相關議案或提案而展開。可見，提案在對話中的重要性。

2. 民間法的全球對話對全球共和有何可能貢獻？全球共和，乃是共和秩序模式在全球交往中的擴展和放大，它是指處於全球交流、對話、博弈與合作、互利、共用過程中的各個國家，能夠通過和平的方式，通過規範的保障，實現和平、和諧與利益平衡。據此，民間法對全球共和的貢獻，至少應當體現在兩個方面：一是全球協商與對話，二是全球合作與共利。

就全球協商和對話而言，它是各個國家全球競爭的一種方式。競爭既是人類交往的基本方式，也是其基本內容。這一結論，也可以運用於由人類所締造的國家間的競爭。說其是基本方式，因為人們及其國家只有在競爭中才能展示自己的存在。不參與競爭的人、或者不願意表現自我存在的人是不存在的。即使那些空門弟子，也是為了通過參與空門而表達自己的存在，是進入另一種競爭，而非逃避競爭。即使那些選擇自殺的人，並非無緣無故，只要有其因緣，則也可看作是其表達自我的一種方式，而不是毫無意義的尋死。儘管具體競爭的方式千差萬別，如有些通過公開的激烈對抗（像體育競賽），有些則通過暗暗的私下較勁（像看書學習）等，但競爭作為不同的人及其國家參與協商對話的基本方式卻都一樣。

說其是基本內容，是因為通過競爭表現一個人、一個國家的基本態度。人是有意識、有理念、會通過符號而表達思想的動物，甚至人就是「符號的動物」<sup>75</sup>。而國家作為人類在競爭過程中締造的高級組織形式，既是人類有意識組織的結果，同時它自身也因此獲得了主體身分，獲得了通過競爭來表達意願，表達自己作為組織的存在，內對人民、外對世界應有的態度和主張。無論個人也罷，還是國家也罷，正是通過這種競爭而表現其存在，表明其態度的。

---

75 參見Ernst Cassirer著，甘陽譯，人論，頁46（2003年）。

但競爭從其方式和後果看，又有兩種，一種是無助於發展的競爭，其主要借助暴力或某種惡意的競爭。它雖不能說毫無規則，但基本上是無規則的競爭。如果說這種競爭有規則，也只是所謂弱肉強食的叢林法則<sup>76</sup>。私人間的殺戮、毀傷名譽，國家間的戰爭、策劃顛覆等都是這種競爭。其結果要麼兩敗俱傷，要麼一傷一存，而共贏的可能性是不存在的。在這種競爭中，一方面，民間法不可能充分地發揮作用；另一方面，也不可能實現共和，而只能有助於暴政。

另一種是有益於發展的競爭，它主要是競爭的各方都以一定的規則為前提，相互尊重，公平對話的競爭。國家間這樣的競爭，必然以對話、協商等文明的方式展開，因之，民間法在其中發揮作用的可能性大大提升。因為國家間要相互尊重，必須從尊重各自對方人民的生活方式、交往方式及其日常規則開始。一個國家放棄其生活方式和交往方式，放棄相關的規則（民間法），而與他國交往，只能意味著其文化自信力的喪失（如中國大陸服飾的全盤西化），肯定無助於國家間的對話協商，也無助於國際共和。當然，另一方面，一個國家無視他國人民的生活和交往方式及其規則，而把自己的生活交往方式及其規則強加給其他國家，照例無助於對話協商，無助於國際共和。由此不難發現，民間法在全球對話與協商中的可能貢獻。

---

76 或以為，現代的國際戰爭法已經使戰爭行為也獲得了文明的方式——反對不宣而戰，出師必須有名，經過國際程式等等。毫無疑問，這是現代法治文明規範戰爭這種野蠻行為的表現，也說明即使連野蠻的競爭，也要採取文明的手段。又或以為，在戰爭中虔誠的伊斯蘭教徒，每到禮拜時間常要放下武器做禮拜，或者交戰的另一方，在齋月一般要停戰，這難道不是民間法在戰爭中的作用嗎？誠然如此！不過在我看來，這種情形，仍然是戰爭中的一種考量。因為不進行這樣的考量，則意味著交戰的另一方不是以一個國家或者以一個政權為敵，而是以一種文明為敵，這對他來講顯然得不償失。因此，這並不能否認主文的結論。

就全球合作與共利而言，一方面，各國尊重各自對方國家人民的生活交往方式及其規則（包括民間法），是國家間合作與共利的基礎。一個西方國家和一個伊斯蘭國家在合作中，如果公然指責伊斯蘭國家人民的基本生活規範，要想贏得合作，幾乎沒有可能。這正如一個儒教國家把西人在皇帝面前的跪拜作為合作前提一樣，是不可能的。對不同國家人民之生活交往規則的必要尊重，作為國家間合作互利的必要前提預設自古而然，因此，才有我們耳熟能詳的格言：「入國問禁、入鄉隨俗」。如果做不到這一點，則國際交往只能弱肉強食，而無法互利共贏，更無法實現國際交往中的共和。

另一方面，對全球的合作與共利而言，雖然不同國家間對各自對方人民生活交往方式及其規則的尊重是個基本前提，但要獲取更大的合作利益，就不能僅僅停留於對各自對方交往行為方式及其規則的尊重上，與此同時，還要尋求在此基礎上的高次提升。那就是在尊重各國包括民間法在內的生活交往規則的基礎上，在這些規則之間甄別選擇、取長補短，創造出國家間交往行為的更高層次的規則，不僅實現合作互利、共存共贏的共和景象，而且把這種共和景象通過更高層次的國際法規範形式化、一般化和普遍化，實現全球的憲政與共和。

3. 民間法的全球對話能否、如何實現全球共和？正如前述，全球共和的理念，事實上在《聯合國憲章》、《世界人權宣言》、《國際勞工組織土著和部族民族公約》、《消除一切形式種族歧視國際公約》等國際法文獻中業已呈現<sup>77</sup>，但是，規範及其理念的呈現，如果沒有更有力的國際權力制約機制，往往會流於形式。

那麼，國際權力制約機制如何得以彰顯？這既需要大國實力之間的制衡，也需要通過不同的結盟力量加以制衡，當然，這兩者似

---

<sup>77</sup> 參見周勇，少數人權利的法理（2002年）。

乎都具有一種武力爭霸的特徵。事實上，大國實力之間的權力制衡，本身就包含了、甚至更加突出了大國之間的軟實力——包括其制度規範實力。例如對美國這樣的超級大國而言，制度的合法性本身來自於絕大多數美國人所熟悉的源遠流長的、基於習慣的盎格魯·撒克遜傳統；對德國這樣有競爭實力的國家而言，其制度的合法性也沿襲了源遠流長的、羅馬法之外的日爾曼的民族精神和習慣規則。這些，都容易當其在參與國際競爭時，它的制度獲得國內選民的支持。反之，當一個國家，尤其是一個大國的制度拋棄了自身的傳統（包括民間法傳統），而一味從形式到內容採行「拿來主義」時，其制度就喪失了傳統合法性，不但很難獲得內國人民的理解和同情，反而會因此招致混亂。故由這樣的國家出面制約國際權力，與其說其參與到國際權力的競爭和制約中，不如說其加入到國際同化的洪流中。

而國家間的結盟活動，既要考慮其經濟利益與合作，也需考慮其文化利益與合作。純粹為了經濟利益、政治利益，而不考慮一個國家或民族之傳統感情、生活方式的合作與結盟，只不過是盲目的結盟。借這樣的結盟結果來參與國際權力之間的制約，儘管在整體上講不是沒有效用，但就各結盟成員而言，只能導致幾家歡樂幾家愁的結果。因為有些聯盟成員能獲得全面收穫，而有些聯盟成員，即使其遵循共同的聯盟準則，但其前提是放棄了自身文化和生活方式的獨特性，這本身會使聯盟的共和性質大打折扣。因此，充分表達自己國家的文化性格和生活規範——包括民間法而參與結盟，才能更好地參與對國際權力的制約。

前兩種情形，畢竟預示著在國際秩序中多元主導的多元共存。但有些時候，在國際交往中，卻是由一國來主導的多元境況。譬如自從蘇聯解體、華約失效以來，國際格局就被人稱為以美國為主導的單極世界。這一單極世界儘管沒有消滅國際主體的多元性，但國際交往的對話性質卻越來越受到影響，在整個全球層面看，我們面

對的毋寧說是君主家長制，而非國際憲政的共和制<sup>78</sup>。這種情形儘管明顯存在，且預料會在未來一、二十年仍然維繫，但它並沒有完全否定各國作為國際法主體一律平等的基本理念，它不但沒有消滅、反而還在製造著國際對話的機會，擴展對話的國際秩序。因此，各國借用各自的民間法——民族的文化生活準則和立場進行全球對話，締造共和國際秩序的可能性依然存在。尤其隨著各不同區域文化大國的經濟崛起，如俄羅斯、中國、印度、巴西、南非等，國際秩序的多極格局不難預期。這樣，未來由多極主導的多元對話，可以有效制約單極主導的多元對話，克服因此而存在的國際家長主義，使更多的國家在展開國際對話和國際交流時，能充分展示自身文化和生活規範參與其中的對話方案，並藉此實現真正的全球對話、國際權力制約和全球的憲政共和。

可見，無論是在大國相互制衡的國際格局下，還是在國際組織相互制衡的國際格局下，抑或單極主導、多元參與的國際格局下，各國只要能夠充分運用民間法，運用自身的生活方式和文化理念參與全球對話，那麼，全球就會越來越變成一個協商與合作的世界，而不是霸權、指令或者恩賜的世界；全球就會越來越向全球（國際）共和與全球（國際）憲政的方向發展，而不是相反，越來越墮入極權主義的國際專制。這種情形的呈現，可以看作憲政—共和秩序在全球對話時代向國際組織、乃至全球的擴展。換言之，是一個國家民間法及其文化生活方式的對話、合作的結果向國際組織、乃至全球的擴展——儘管它還主要是個預期。

---

78 自1990年代以來，由美國發動或參與的重要戰爭——如前南斯拉夫戰爭、兩伊拉克戰爭、利比亞戰爭等；重要事變——如中亞的「鬱金香革命」，東歐的「橙色革命」，中東、北非的「阿拉伯之春」等，拋開這些戰爭或革命的性質（正義與否）不論，但這些重大事件的背後都有單邊主義和家長主義頤指氣使的事實卻是確切無疑的，同樣，國際領域的全球對話越來越受到單邊主義的消極影響也是毋庸置疑的。不過最近發生的烏克蘭克里米亞公投獨立事件，已經隱然顯示出單邊主義的國際格局受到越來越大的挑戰。

總之，民間法對全球共和的基本作用，就是通過設置各國進行國際對話的文化前提和規範（秩序）基礎，進而一方面保障這些完全不同的文化前提和規範（秩序）基礎，另一方面，在這些文化前提和規範（秩序）基礎上，實現國際秩序的動態重構和高次提升，最終使全球置於「憲政的共和」這種動態的、高層次的秩序狀態下。

## 參考文獻

### 1. 中文部分

- 亞歷山大·瑞里 (Alexander Reilly) 著，談蕭譯 (2008)，原住民治理的憲政構架，收於：謝暉、陳金釗編，民間法 (第7卷)，頁283-307，濟南：山東人民出版社。[Reilly, Alexander. 2006. A Constitutional Framework for Indigenous Governance. *Sydney Law Review* 28:403-435.]
- Alexander Hamilton等著，程逢如等譯 (1980)，聯邦黨人文集，北京：商務印書館。
- Alexis de Tocqueville著，董果良譯 (1988)，論美國的民主 (上、下卷)，北京：商務印書館。[de Tocqueville, Alexis. 1969. *Democracy in America*. Washington, D.C.: Regnery Publishing.]
- Aristotle著，吳壽彭譯 (1965年)，政治學，北京：商務印書館。
- Cicero著，王煥生譯 (1997)，論共和國、論法律，北京：中國政法大學出版社。
- Edward S. Corwin著，強世功譯 (1996)，美國憲法的「高級法」背景，北京：三聯書店。[Corwin, Edward S. 1928. *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*. Carmel, IN: Liberty Fund.]
- Ernst Cassirer著，甘陽譯 (2003)，人論，北京：西苑出版社。
- Eugen Ehrlich著，舒國滢譯 (2009)，法社會學原理，北京：中國大百科全書出版社。
- Friedrich A. Hayek著，馮克利、胡晉華譯 (2000)，致命的自負：社會主義的謬誤，北京：中國社會科學出版社。[Hayek, Friedrich August. 1988. *The Fatal Conceit: The Errors of Socialism*. Chicago, IL: The University of Chicago Press.]

- Geoffrey Barraclough編，鄧蜀生譯（1985），泰晤士世界歷史地圖集，北京：三聯書店。[Barraclough, Geoffrey, eds. 1979. *The Times Atlas of World History*. New Jersey, NJ: Hammond Inc.]
- J. L. Austin著，楊玉成譯（2012），如何以言行事——1955年哈佛大學威廉·詹姆士講座，北京：商務印書館。[Austin, John Langshaw. 1975. *How to Do Things with Words*. Cambridge, MA: Harvard University Press.]
- James Bryce著，張慰慈等譯（2001），現代民治政體（上冊），長春：吉林人民出版社。[Bryce, James. 1921. *Modern democracies*. New York, NY: Macmillan.]
- James Macgregor Burns等著，譚君久等譯（1993），美國式民主，北京：商務印書館。[Burns, James Macgregor, J. W. Peltason, Thomas E. Cronin. 1984. *Government by the People*. New Jersey, NJ: Prentice Hall.]
- Louis Henkin著，鄧正來譯（1996），憲政·民主·對外事務，北京：三聯書局。[Henkin, Louis. 1991. *Constitutionalism, Democracy and Foreign Affairs*. Hong Kong: Life.]
- Plato著，孫增霖、張智仁、何勤華譯（2001），法律篇，上海：上海人民出版社。
- Plato著，郭斌和、張竹明譯（1986），理想國，北京：商務印書館。
- Robin George Collingwood著，何兆武、張文傑、陳新譯（2010），歷史的觀念，增補版，北京：北京大學出版社。[Collingwood, Robin George. 1994. *The Idea of History: With Lectures 1926-1928*. Oxford: Oxford University Press.]
- Samuel P. Huntington著，周琪譯（2002），文明的衝突與世界秩序的重建，北京：新華出版社。[Huntington, Samuel P. 1996. *Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*. New York, NY: Simon & Schuster.]

- Scott Gordon著，應奇、陳麗微、孟軍、李勇譯（2001），控制國家——西方憲政的歷史，南京：江蘇人民出版社。[Gordon, Scott. 1991. *Controlling the State: Constitutionalism from Ancient Athens to Today*. Cambridge, MA: Harvard University Press.]
- Wolfgang Kasper & Manfred E. Streit著，韓朝華譯（2000），制度經濟學：社會秩序與公共政策，北京：商務印書館。
- 千葉正士著，強世功等譯（1997），法律多元：從日本法律文化邁向一般理論，北京：中國政法大學出版社。[Masaji Chiba. *Legal Pluralism: Toward a general Theory Through Japanese Legal Culture*. Tokyo: Tokai University Press.]
- 中共中央馬克思恩格斯列寧史達林著作編譯局（1972），馬克思恩格斯選集（第1卷），北京：人民出版社。
- 王天成（2002），論共和國——重申一個偉大的傳統，收於：王焱編，憲政主義與現代國家，頁190-224，北京：三聯書店。
- 王林敏（2011），民間習慣的司法識別，北京：中國政法大學出版社。
- 王軍、閻治才（2007），1936—1945年中國共產黨的「民主共和國」主張論析，東北師大學報，2007年第2期，頁65-69。
- 王樹偉（2006），論西塞羅的共和思想——共和國的基石：混合均衡政體、公民和法，河南司法警官職業學院學報，2006年第1期，頁67-69。
- 包利民、張東鋒（2003），普魯塔克與共和德性，浙江學刊，2003年第3期，頁34-40。
- 甘陽（2007），中國道路：三十年與六十年，讀書，2007年第6期，頁3-14。
- 田克深（1990），毛澤東對資產階級共和國方案的批判，山東大學學報，1990年第1期，頁83-88。
- 田星亮（2010），論民主與共和的關係，長春大學學報，2010年第3期，頁91-94。

- 何祚榕（1962），論「不要議會制共和國，而要蘇維埃共和國」，文史哲，1962年第2期，頁68-71。
- 吳歡（2013），安身立命——傳統中國國憲的形態與運行——憲法學視角的闡釋，北京：中國政法大學出版社。
- 李學蘭（2006），中國民間法研究學術報告（2002-2005），山東大學學報（哲學社會科學版），2006年第1期，頁22-32。
- 汪太賢（2001），法治共和國的建構原則——試論哈林頓對法治國家的設計，西南民族學院學報，2001年第7期，頁75-83。
- 周光輝、彭斌（2005），認真對待共和國——關於和諧社會的政治基礎的思考，吉林大學社會科學學報，2005年第4期，頁36-44。
- 周明聖（2006），西方古典共和主義的歷史流變，北京行政學院學報，2006年第4期，頁87-89。
- 周勇（2002），少數人權利的法理，北京：社會科學文獻出版社。
- 周葉中、戴激濤（2005），共和主義之憲政解讀，北京：人民出版社。
- 尚海濤（2010），中國民間法研究學術報告（2009），山東大學學報（哲學社會科學版），2010年第1期，頁59-67。
- （2012），中國民間法研究學術報告（2011），山東大學學報（哲學社會科學版），2012年第2期，頁86-93。
- （2013），中國民間法研究學術報告（2012），收於：謝暉等編，民間法（第12卷），頁448-459，福建：廈門大學出版社。
- 林松（1990），從〈天方典禮〉看劉智「以儒釋伊」的時空背景，甘肅民族研究，1990年第2期，頁71-76。
- 林毓生（1988），中國意識的危機，貴陽：貴州人民出版社。
- 邵德門（1982），論孫中山的民主共和國思想，東北師大學報，1982年第1期，頁102-106。
- 施治生、郭方編（1998），古代民主與共和制度，北京：中國社會科學出版社。

- 段德敏（2005），道德共和國：在希臘與羅馬之間——試析西塞羅政治思想的原創性，長沙大學學報，2005年第3期，頁37-40。
- 洗志勇、徐潔（2013），「民間法」近十五年來研究態勢——基於CNKI中961篇期刊論文文獻計量學分析，收於：謝暉、陳金釗編，民間法（第12卷），頁12-21，廈門：廈門大學出版社。
- 唐紹欣（2010），非正式制度經濟學，濟南：山東大學出版社。
- 唐德海唱誦，唐千武等釋譯（2009），議榔詞，收於：謝暉等編，民間法（第8卷），頁394-401，濟南：山東人民出版社。
- 夏洞奇（2008），何謂「共和國」——兩種羅馬的回答，華東師範大學學報，2008年第1期，頁89-95。
- 徐宗立（2012），共和的法理：一項歷史的研究，北京：社會科學文獻出版社。
- 徐傑舜編（1999），雪球——漢民族的人類學分析，上海：上海人民出版社。
- 徐琳玲（2011），「刀鋒」許小年，南方人物週刊，2011年第274期，頁38-51。
- 徐曉光（2010），原生的法：黔東南苗族侗族地區的法人類學調查，北京：中國政法大學出版社。
- 晏紹祥（2013），古典民主與共和傳統（上卷），北京：北京大學出版社。
- （2013），古典民主與共和傳統（下卷），北京：北京大學出版社。
- 張芳山（2013），斯金納共和思想研究，北京：社會科學文獻出版社。
- 張冠梓編（2012），多向度的法——與當代法律人類學家對話，北京：法律出版社。
- 張曉萍（2010），論民間法的司法運用，北京：中國政法大學出版社。
- （2006），中國民間法研究學術報告（2006），山東大學學報

- (哲學社會科學版)，2007年第1期，頁36-45。
- (2006)，中國民間法研究學術報告(2007)，山東大學學報(哲學社會科學版)，2008年第1期，頁2-12。
- (2009)，中國民間法研究學術報告(2008)，山東大學學報(哲學社會科學版)，2009年第1期，頁34-33。
- (2011)，中國民間法研究學術報告(2010)，山東大學學報(哲學社會科學版)，2011年第2期，頁50-58。
- 張曦(2011)，免於支配的自由與公民共和主義的理想——《中國學術對菲利普·佩蒂特教授的專訪》，收於：劉東編，中國學術(第三十輯)，北京：商務印書館。
- 梁景德(2007)，毛澤東論中華蘇維埃共和國，長治學院學報，2007年第1期，頁38-42。
- 淡樂蓉(2010)，藏族「賠命價」習慣法研究，山東大學博士學位論文。
- 許紀霖編(2004)，共和、社群與公民，南京：江蘇人民出版社。
- 郭道暉(2002)，民主的限度及其與共和、憲政的矛盾統一，法學，2002年第2期，頁3-12。
- (2002)，西部大開發的的憲政基礎與共和精神，法律科學，2002年第1期，頁15-21。
- 陳可風(2004)，羅馬共和憲政研究，北京：法律出版社。
- 陳偉(2004)，共和主義的自由理想——試論昆廷·斯金納的共和主義思想史研究，南京社會科學，2004年第7期，頁48-55。
- 陳凌(2011)，中國家族企業的社會角色——過去、現在和未來，杭州：浙江大學出版社。
- 陳熒(2003)，古羅馬共和國民主體制的產生與發展，政治與法律，2003年第4期，頁144-149。
- 彭中禮(2014)，法律淵源論，廈門：廈門大學出版社。
- 馮天瑜(2002)，「革命」、「共和」：清民之際政治中堅概念的形成，武漢大學學報，2002年第1期，頁1-14。

- 黃建水（2013），我國現行憲法的共和思想研究，河南工業大學學報：社會科學版，2013年第4期，頁45-51。
- 楊君佐（2002），共和與民主憲政，法律科學，2002年第2期，頁47-54。
- 萬健琳（2011），共和主義的公民身份理論：一種觀念史的考察，北京：中國社會科學出版社。
- 葉勇鵬（1993），毛澤東的民主共和國思想發展探究，福建師範大學學報，1993年第4期，頁6-13。
- 葉興藝（2002），盧梭法治共和國思想探索，當代法學，2002年第6期，頁154-156。
- 董建輝（2008），明清鄉約：理論演進與實踐發展，廈門：廈門大學出版社。
- 賈煥銀（2010），民間規範的司法運用——基於漏洞補充與民間規範關聯性的分析，北京：中國政法大學出版社。
- 滿運龍（2003），思想·意識·形態語言——共和修正派與美國思想史學，收於：黃安年、任東來、楊玉聖編，美國史研究與學術創新——劉緒貽教授90華誕祝賀集，頁232-254，北京：中國法制出版社。
- 趙國材（2003），「中華共和國」口號的提出及實踐，內蒙古師範大學學報：哲學社會科學版，2003年第5期，頁49-55。
- 劉一、杜立平、姜德成、郭珍誼、高保強（2011），從帝制到共和：明末至民初中國思想的變遷，長沙：湖南師範大學出版社。
- 劉作翔（2003），具體的「民間法」——一個法律社會學的考察，浙江社會科學，2003年第4期，頁17-24。
- 劉軍寧（1996），共和·民主·憲政——探索市場秩序的政治架構，收於：劉軍寧等編，市場社會與公共秩序，頁21-47，北京：三聯書局。

- 劉海濤（2013），我們共和：中國學者的共和省思與制度探究，北京：清華大學出版社。
- 劉訓練（2013），共和主義：從古典到當代，北京：人民出版社。
- 劉貢南（2006），以儒釋伊和以伊釋儒的有機結合——對王岱輿以儒詮經思想的一種理解，青海民族研究，2006年第4期，頁144-150。
- 劉誠（2006），現代社會中的國家與公民——共和主義憲法理論為視角，北京：法律出版社
- 劉遠征（2003），民國初期的「共和」觀念，法制與社會發展，2003年第3期，頁110-116。
- 謝暉（1998），價值重建與規範選擇——中國法制現代化沉思，濟南：山東人民出版社。
- （2003），法律的意義追問——詮釋學視野中的法哲學，北京：商務印書館。
- （2003），法理學：從宏大敘事到微觀論證，文史哲，2003年第4期，頁92-93。
- （2009），法林望道，濟南：山東大學出版社。
- （2009），法律哲學，長沙：湖南人民出版社。
- （2011），大、小傳統的溝通理性，北京：中國政法大學出版社。
- （2013），論對話的法律全球化，政法論壇，2013年第4期，頁3-6。
- （2014），法意與表達，北京：法律出版社。
- 謝暉等編（2004），民間法（第3卷），濟南：山東人民出版社。
- 韓東育（2007），也說「儒家社會主義共和國」，讀書，2007年第8期，頁145-152。
- 魏小強（2012），轉型期村莊的社會規範與社會生活——隴東南魏村考察，甘肅政法學院學報，2012年第4期，頁64-73。
- 嚴存生（2008），法的「一體」與「多元」，北京：商務印書館。

蘇亦工（2002），*中法西用——中國傳統法律及習慣在香港*，北京：社會科學文獻出版社。

蘇昌培（2001），*共和觀*，北京：社會科學文獻出版社。

## 2. 外文部分

Arendt, Hannah. 1973. *The Origins of Totalitarianism*. Boston, MA: Houghton Mifflin Harcourt.

———.1986. *Between Past and Future: Eight Exercises in Political Thought*. New York, NY: Viking Press.

Benson, Bruce L. 1990. Customary Law with Private Means of Resolving Disputes and Dispensing Justice: A Description of a Modern System of Law and Order Without State Coercion. *Journal of Libertarian Studies* 9(2):25-42.

Goodman, Ryan, and Derek Jinks. 2013. *Socializing States Promoting Human Rights Through International Law*. Oxford: Oxford University Press.

Johansen, Bruce E. 1982. *Forgotten Founders: How the American Indian Helped Shape Democracy*. Boston, MA: Harvard Common Press.

Merges, Robert P. 2004. *From Medieval Guilds to Open Source Software: Informal Norms, Appropriability Institutions, and Innovation*, [https://www.law.berkeley.edu/files/From\\_Medieval\\_Guilds\\_to\\_Open\\_Source\\_Software.pdf](https://www.law.berkeley.edu/files/From_Medieval_Guilds_to_Open_Source_Software.pdf).

Richter, Daniel K. 2000. *Facing East from Indian Country: A Native History of Early America*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Swiderska, Krystyna. 2006. *Protecting Traditional Knowledge: A Framework Based on Customary Laws and Bio-cultural Heritage*, <http://pubs.iied.org/pdfs/G01067.pdf>.

Vinogradoff, Paul. 2006. *Common-sense in Law*. Reprint ed. Clark, NJ: Lawbook Exchange, Ltd.

## On Folk Law as the Republican Basis of Constitutionalism

*Hui Xie\**

### **Abstract**

Republican constitutionalism emphasizes the sources of a constitutional republic. A republic with a constitutional government emphasizes the function of the republic with a constitutional government. The two concepts jointly suggest that constitutionalism without republicanism is false, and a republic without constitutionalism is fragile. The culture of folk law is symbolized by cultural diversity, especially the diversity of people's lifestyle, forms of behavior, and conceptual base, which determine the cultural foundations for a country to build a republic. Folk law protects lay people, who contribute to internal evolution of and external interaction of folk law. The basic function of folk law to global republicanism is to set the basis for the cultural premise and specifications for international dialogue among countries. It protects the completely different culture basic premise and specifications, and, on these basis, realize the dynamic reconfiguration of the international order and place the world under constitutional republicanism.

KEYWORDS: folk law, constitution of the republic, republican constitutionalism, international republican.

---

\* Professor, School of Law, Guangzhou University; doctoral supervisor.

