

# 藏族生态习惯法与国家法 互动关系的实然性与应然性<sup>①</sup>

常丽霞 张清蓉

**[摘要]** 文章沿循法人类学关于法律的社会功能的研究进路,立足国家法与藏族生态习惯法对特定行为模式调整的8种具体关系类型进行阐释与归纳,认为国家法与藏族生态习惯法的实然性关系呈现出协作、冲突、并行三种面向。以国家法制统一为基本前提,以建构藏区生态善治为宗旨,则促进协作、解决冲突、适度并行,是二者之间建构未来应然性互动关系的合理进路。

**[关键词]** 藏族生态习惯法;国家法;应然性;实然性;生态善治

**[中图分类号]** D911.8

**[文献标识码]** A

**[文章编号]** 1002-557(X)(2020)02-0084-09

建构当代民族地区生态善治,应当以国家法制统一为基本前提,立足法律文化多元的现实格局,探索国家法与生态习惯法<sup>②</sup>在生态秩序建构过程中良性互动的合理路径。这一问题的实质涉及两个重要方面:一是国家法与生态习惯法之间互动关系的事实状态,即“现状是什么”,属于二者互动关系的实然性考察;二是国家法与生态习惯法之间未来将如何互动运作,方能贡献于民族地区生态法治建构,即“未来是什么”,属于二者互动关系的应然性重构。

## 一、法人类学视阈下的生态习惯法

法人类学家格尔茨将法律定义为一种地方性知识(local knowledge)<sup>③</sup>。与西方经典法学家关于法的本质的理解不同,法人类学家认为法律是一种动态的文化现象,且必须透过对法律所在的社会文化整体脉络的掌握来作解释;强调法律的社会功能的研究路径,如社会秩序是如何维持的?是透过什么方式

<sup>①</sup> 本文为国家社会科学基金项目“生态文明视阈中藏族生态习惯法文化的传承与当代变迁研究”(13BFX018)、甘肃省高等学校科学研究战略项目“祁连山自然保护区建设国家公园相关问题及实施方案研究”(2017F-008)、甘肃省科技计划项目软科学专项“新时代下甘肃省环境监管体制研究”(18CX1ZA016)的阶段性成果。

<sup>②</sup> 传统习惯法的基本特征是“民刑不分”,即自古没有明确的部门法之分。“生态习惯法”这一称谓仅仅是服务于民族地区生态法治研究而在学术上所作的界定。

<sup>③</sup> [美]克利福德·吉尔兹:《地方性知识:事实与法律的比较透视》[A],梁治平:《法律的文化解释》[C],北京:三联书店出版社,1994年,第126页。

来排解纠纷的?①

基于法人类学的视角,生态习惯法是共同体在长期的生产生活实践中逐渐形成的,与特定自然环境相适应并有效维系人与自然之间的生态和谐关系,为共同体所确信且独立于国家法之外的地方性知识。它规定人与自然的关系中、与生态系统有关的人与人之间的关系中共同体成员的权利与义务,并依据某种社会权威有效实施,具有强制性。简言之,生态习惯法是共同体在长期的实践过程中所形成的、与特定民族生境相适应并能有效维系人与自然之间生态和谐关系的习惯法。②生态习惯法内容上涵盖了生态伦理、自然崇拜、自然禁忌、资源管理和利用、资源纠纷解决等方面。③

沿循功能主义进路,生态习惯法作为习惯法知识传统中的有机组成部分,是建构生态法治重要的固有法文化资源,在当前民族地区的生态秩序中发挥着重要的规范功能。

## 二、藏族生态习惯法与国家法关系的实然性考察

考察国家法与藏族生态习惯法(以下简称习惯法)在藏区生态秩序建构中的功能及二者互动关系的实然性,究其实质,是以藏区生态善治建构为背景,探讨针对某一特定的行为模式,国家法与习惯法的规范性知识体系中,是否有调整规范?若有规范,调整的方式是肯定还是否定?规范性调整的过程中,二者呈现出怎样的互动关系?

### (一)藏族生态习惯法与国家法互动关系的类型解读

从对某一行为模式的规范性调整这一视角考察,国家法与习惯法大致可分为4种情形:即国家法存在调整规范(表示为1)或不存在调整规范(表示为0);习惯法存在调整规范(表示为1)或不存在调整规范(表示为0)。对上述4种情形进行组合,则针对某一行为模式,国家法与习惯法对其进行调整的关系类型,可概括为表1所示的4种情形:

表1 国家法与习惯法的调整规范关系类型(一)

国家法与习惯法的关系	关系代码(国家法,习惯法)	对某一行为的规范性调整
A型	(1,0)	国家法存在规范,习惯法不存在规范
B型	(0,1)	国家法不存在规范,习惯法存在规范
C型	(1,1)	国家法与习惯法都存在规范
D型	(0,0)	国家法与习惯法都不存在规范

在上表中的4种情形下,D(0,0)型关系(即对某一行为模式,国家法与习惯法均不予以调整)意味着某一行为模式既不属于国家法,也不属于习惯法的调整范围。申言之,该行为模式不属于法人类学视野中的法律(包含国家法与习惯法)所调整规范的范畴,不存在该行为模式下国家法与习惯法的互动关系问题。因而,不在本文探讨之列。下文的论述仅在A、B、C三种情形下展开。

国家法与习惯法对某一行为模式予以调整的方式则包括肯定(+)或者否定(-)两种。由此,根据排列组合的结果,二者的关系可进一步细化为表2所示,其中的“典型行为模式”为笔者选取藏区田野调查的实证资料,对各关系类型予以示例性说明。

A(1,0)型关系(见表2),意即对某一行为模式国家法存在规范,而习惯法不存在规范。这一状态下,又可细化为国家法对某一行为的调整分别持肯定(+,0)或否定(-,0)调整态度的两种情形。其一,A(+,0)关系状态:以草地生态补偿为例,由于生态效益以及相关的经济效益在生态保护者与受益者之

① 林端:《儒家伦理与法律文化》[M],北京:中国政法大学出版社,2002年,第22、33页。

② 常丽霞:《藏族牧区生态习惯法文化的传承与变迁研究——以拉卜楞地区为中心》[M],北京:民族出版社,2013年,第49页。

③ 常丽霞、崔明德:《藏族牧区生态习惯法文化的当代变迁与走向——基于拉卜楞地区的个案分析》[J],《兰州大学学报(社会科学版)》2013年第3期。

间的分配关系,比如上下游流域生态补偿关系,往往突破习惯法的调整范围(部落),因而,需要国家法予以宏观调控。该行为模式显然不属于习惯法的调整范围。其二,A(-,0)的关系状态:典型如采挖虫草行为。因传统藏族社会未出现大规模挖虫草的行为,故而传统习惯法不予调整。当代藏区,受市场利益驱动,农牧民大规模无序采挖虫草导致草场植被破坏严重。根据国家《野生植物保护条例》的规定,虫草属国家二级保护野生植物,须经行政许可授予采集许可证方可采挖。因而,未经行政许可擅自采挖虫草显属违法。

表2 国家法与习惯法的调整规范关系类型(二)

关系类型(国家法,习惯法)	调整规范类型	典型行为模式
A(1,0)	(+,0)	草地生态补偿政府主导的水电站建设
	(-,0)	未经行政许可擅自挖虫草
B(0,1)	(0,+)	神山神湖自然崇拜
	(0,-)	自然禁忌 <sup>①</sup>
C(1,1)	(+,+)	草场轮牧休牧水源地的保护
	(+,-)	(经行政许可)神山采矿
	(-,+)	部落之间草山械斗
	(-,-)	违约部落内越界放牧

总体上,A(1,0)型关系,常见于以下情形:一是国家公权力干预、调整超越传统部落习惯法调整范围的行为类型。该情形下,由于习惯法的调整范围仅局限于本部落范围之内,因而,对超越部落边界且无损部落利益的行为模式,习惯法不进行调整规制。二是由当代市场经济催生并受经济利益驱动的行为类型。由此分析,A(1,0)型关系下,国家法与习惯法常处于互不介入、并行运作的关系状态。然而,值得关注的是,由于国家法公权力的干预与调整,可能会干扰、影响到部落利益或农牧民的自然资源权益,进而间接引发国家法与习惯法之间的冲突。比如政府主导规划、实施的水电站建设,属于国家法所许可,而习惯法对此类现代社会现象则明显欠缺规范。然而,工程施工引发的河流污染、挖隧道等问题,则可能间接导致国家法与习惯法(自然崇拜与自然禁忌)出现紧张与冲突。<sup>②</sup>

B(0,1)型关系,意味着针对某种行为模式,国家法不予调整,而习惯法进行规范的情形。从国家法的视角看,宰杀放生的牛羊,若非侵害他人的财产权,法律不予规制。然而,由于习惯法与宗教、道德等社会规范存在天然内在的紧密关系,彼此融汇交织,难以清晰剥离。因而,其属于习惯法的调整范围。根据习惯法对该类型行为的肯定或否定的态度,可将B(0,1)关系类型细分为B(0,+)和B(0,-)。首先,B(0,+)关系类型下,国家法不存在调整规范,习惯法存在肯定性规范。典型如藏地的神山、神湖崇拜现象。因其属于民间文化的范畴,因而,国家生态法制不予调整。自然崇拜无疑是习惯法的重要内容。其次,B(0,-)型关系,即国家法不存在调整规范,习惯法进行否定性调整。此关系类型主要集中于自然禁忌等习惯法规范领域。

总之,B(0,1)型关系下,国家法与习惯法二者之间,多呈现出互不介入的运作样态。然而,习惯法对不属于国家法调整范围的某一行为进行规范时,如果间接影响到公共政策的实施、公共利益的维护或

<sup>①</sup> 此处的自然禁忌是指民间社会中某些开发利用自然资源的行为,国家法不予规制,但因违反藏族传统的自然禁忌而被习惯法所否定。比如,宰杀放生的牛羊。

<sup>②</sup> 常丽霞、袁峥嵘:《藏族生态伦理观的当代变迁——生态习惯法文化的视角》[J],《西南民族大学学报(人文社会科学版)》2017年第6期。

者公民依国家法所拥有的合法权益的情况下,将可能引发国家法与习惯法二者之间出现紧张。例如,甘肃省甘南藏族自治州桑(科)一达(久滩)公路施工时,桑科乡牧民认为施工现场距离桑曲(即大夏河)过近,会冒犯鲁神,属神湖崇拜禁忌,因而集体抗议。后经甘肃省交通厅批准,对桑达公路的施工路线进行了改道与绕行。

第三种情形,即C(1,1)型关系,是国家法与习惯法二者之间最为复杂的关系。即某一行为模式,同时受国家法与习惯法的调整。根据二者对某一行为的肯定性或否定性的调整模式,又可细分为4种具体的关系类型。

其一,C(+,+)型,即国家法与习惯法都予以肯定性调整。生态法治领域,基于相同的生态保护宗旨,国家法与习惯法存在诸多的共通与暗合。例如草地轮牧休牧之规定、水源地保护之规范等,均属该关系类型。在这一领域,国家法与习惯法对于有益于生态恢复与保护的行为,均给予肯定性的调整,二者交融协作、互为补缺。其二,C(+,-)型,即国家法对某一行为模式持肯定态度,而习惯法对其持否定态度。在该关系类型下,国家法与习惯法对于同一行为持完全不同(肯定/否定)的态度,导致二者之间的冲突。这一状态多见于国家法对于某一行为,基于现代法律的价值观和正义观予以正面的、肯定性的评价和调整;而习惯法基于传统的思想基础、价值观以及部落正义观,对该行为存在否定性的评价。典型案例如当代藏区经行政许可的部落神山采金(矿)纠纷。<sup>①</sup>藏族习惯法禁止在部落神山采矿。有些采矿主经行政许可依法取得采矿证,然而,由于其采矿点正好位于部落神山上,从而招致部落民众的对抗,引发冲突。这一关系类型下,由于藏族习惯法以宗教文化为其思想基础,因而,一旦出现国家法的调整与习惯法的宗教文化(多属自然崇拜与自然禁忌)相冲突的情形,最终结果,或者国家法被规避(其法律权威遭遇挑战),或者习惯法被否定(则影响民族关系稳定)。其三,C(-,+)型,即国家法对某一行为模式持否定态度,而习惯法对其持肯定态度。比如藏区部落之间的草山纠纷,冲突严重时常因械斗而发生伤亡。国家法与习惯法关于草山纠纷当中的械斗凶手呈现出截然不同的态度:在国家法的视野里,致人伤亡应当予以惩罚和制裁。而对于其所在的部落而言,致人伤亡者是因维护和保障本部落的草场资源而出手的,为本部落习惯法所肯定的部落英雄。申言之,这一关系类型,多因国家法与习惯法之间不同的正义观而引致。其四,C(-,-)状态,即国家法和习惯法都对某一行为进行了否定性的评价。藏区的法律运作实践中,土地流转合同中的违约行为、部落内部的越界放牧行为等都属此类型。这一情形类同于C(+,+)状态,即国家法与习惯法基于相同的生态正义观,对同一行为均给予了否定性评价。因此,C(+,+)与C(-,-)的情形下,国家法与习惯法一般都处于协作互动的状态。

综上,C(1,1)关系类型下,C(+,-)与C(-,+)两种状态存在国家法与习惯法的紧张与冲突。而在C(+,+)及C(-,-)状态下,国家法与习惯法对某一行为模式持相同的肯定或否定的评价,因而,二者处于协作互动的状态。

需要说明的是,C(1,1)型关系下,面对同一行为模式,国家法与习惯法都作出调整时,二者除了协作、冲突关系之外,还可能存在一种较为典型的并行关系。即面对同一行为模式,国家法与习惯法都存在调整性规范。然而,二者在实际调整、运作的过程中,依各自的价值观、正义观,以及宗旨进行规范和调整。彼此互不介入、互不干扰,既不协作,亦无冲突。例如,在部分土地流转合同纠纷解决过程中,当事人一方面寻求习惯法的调解,另一方面,也会请律师打官司,寻求国家法的救济。纠纷的解决往往分别依据习惯法与国家法的两种相对独立的程序:民事调解与民事诉讼程序。因而,二者在法律实践过程中,并行运作。

<sup>①</sup> 常丽霞、崔明德:《藏族牧区生态习惯法文化的当代变迁与走向——基于拉卜楞地区的个案分析》,《兰州大学学报(社会科学版)》2013年第3期。

## (二)藏族生态习惯法与国家法互动关系的逻辑阐释

综合考察表2中所列的国家法与习惯法在生态秩序建构中的8种关系类型,可以将其归纳为3种互动关系:

第一,协作关系。二者协作互动的前提是面对某一行为模式,彼此存在相同的调整宗旨与正义观,并在秩序、控制的功能方面存在暗合或者共通。生态法律规范调整、规范的对象是人与自然之间的关系,以及与生态系统相关的人与人之间的关系,因而,生态习惯法与国家法之间存在很多的契合与共通。比如,共同的宗旨:保护自然生态资源不受不合理的人类活动的干扰与侵害;类同的、尊重自然生态规律的原则。因为二者存在契合,所以产生秩序规范的正面叠加效应,即习惯法与国家法共同协作于生态秩序的调整与构建。与其他领域的习惯法相比较,这是生态习惯法对于当代生态法治建设具有更多积极贡献的根本原因。表2中,C(+,+)和C(-,-)即属于协作关系。

第二,冲突关系。根据冲突对生态法治建构的不同作用,可以进一步细分为两种,即良性冲突与恶性冲突。<sup>①</sup>良性冲突即二者以承认冲突的合理性为前提,通过冲突中力量的摩擦、牵制和捭阖,发现对方存在的价值,以达成利益的和解,最终达到双方力量的均衡。以部落草山纠纷中械斗致人伤亡的情形分析:习惯法所追求的部落正义(保护部落草场利益)与国家法的法律正义(械斗致人伤亡应受公法规制)相冲突时,习惯法清醒地认识到致人伤亡是违反国家法的;而国家法在深知习惯法解决草山纠纷的价值贡献的同时,了解械斗凶手正是部落习惯法中保护部落草场资源的英雄。在纠纷解决的场阈下,二者拉锯、磨合的结果,是双方均作出适当妥协:一方面,习惯法在民间调解协议中严正声明械斗致人伤亡违反国家法律,并赋以调解协议书习惯法的内容(按照传统习惯法的血价和命价界定双方的赔偿责任)、国家法的形式(要求双方对争斗造成的损害依法赔偿)。另一方面,国家法以解决草山纠纷为宗旨,对凶手进行了“伪饰执法”<sup>②</sup>式的追查,默许习惯法的实际运作。二者彼此调适,互为妥协,呈现出良性冲突的典型特征。

恶性冲突指双方都否认冲突的合理性,在双方力量的较量中企图挤压、损害和取代对方,结果导致双方受损或者强者取胜。前文所论及的部落神山采矿即是典型的案例。从社会功能的进路分析,国家法与习惯法之间发生恶性冲突,其实质是二者的秩序、控制功能的颀颀、对抗。正是从这一意义上,当代藏区法治进程中,合理、谨慎地应对国家法与习惯法之间的紧张与冲突,避免其演绎为恶性冲突,意义重大。

正如上文所分析的,A(1,0)、B(0,1)型关系下亦可能存在国家法与习惯法之间的紧张。因而,还可依冲突的不同表现形式,将二者的冲突关系分为直接冲突与间接冲突。其一,直接冲突型。多见于国家法与习惯法对某一行为模式,均有调整和规范,然而,彼此之间持有完全不同的(肯定/否定)评价。表2中C(+,-)和C(-,+)即属于此类型。其二,间接冲突型。在A(1,0)、B(0,1)型关系中,在国家法或习惯法单独对某一行为模式进行调整时,除二者并行运作、互不干扰的状态,如果国家法的调整限制了部落利益或农牧民的私有权益,或者习惯法的运作,影响到公共政策或社会利益,则将间接地引发紧张与冲突。比如,水电站建设常引发环境污染和生态破坏,可能导致社区民众的抵触。又如,公路、铁路等基础设施建设本非部落习惯法的内容,然而若施工涉及采挖部落神山,则由于习惯法禁止采挖部落神山,习惯法的运作可能阻碍到部落神山上挖隧道等施工,亦产生间接冲突。

第三,并行关系。即国家法与习惯法在各自的调整领域内互不干扰,互不介入,并行不悖。可以概括为两个层面:一是典型的并行关系。表现为面对同一行为模式,二者均会进行调整,然而,二者在调整、规范的过程中,互不介入、互不干扰,既不协作,亦无冲突。这种并行关系多见于C(1,1)型关系。比

<sup>①</sup> 高晋康、何真:《习惯与法制的冲突及整合——以西部地区的调查分析为进路》[M],北京:法律出版社,2010年,第61—62页。

<sup>②</sup> 王新生:《习惯性规范研究》[M],北京:中国政法大学出版社,2010年,第356页。

如,土地流转合同纠纷的解决过程中,当事人依国家法与习惯法两种相对独立的救济方式(分别对应民事诉讼法与民间调解),以解决纠纷即属典型的并行关系。二是非典型的并行关系。主要包括两种具体的情形<sup>①</sup>:一是A(1,0)型关系;二是B(0,1)型关系。即针对某一行为模式,当国家法或习惯法独立调整时,因对方不予规范,故呈现不协作、无冲突的非典型并行状态。典型如政府实施的草地奖补政策。

国家法与习惯法之间的协作、冲突、并行等互动关系,在民间秩序的建构中,每一种关系类型并非孤立地存在,而是呈现出融汇交错的复杂图景。比如部落神山排斥采矿案例中尽管习惯法与矿产资源管理制度发生对抗,但是,就草地系统的生态效益保护而言,保护“神山”又与国家生态法治的基本原则相暗合。

### 三、藏族生态习惯法与国家法关系的应然性重构

探寻藏族生态习惯法与国家法的应然性关系,其实质在于,藏族生态习惯法未来应当如何与国家法协作互动,以贡献于当代藏区的生态法治建构。

立足上文关于二者之间的8种具体关系、3种互动关系类型(协作、冲突、并行)的梳理,在藏区法治化进程中,促进协作、解决冲突、适度并行是二者之间未来应然性关系的合理进路。

#### 1. 促进习惯法与国家法之间的协作

在生态法治领域,习惯法与国家法因其追求藏区生态和谐的共同宗旨,二者之间存在更多的契合与共通,也决定了双方在藏区生态法治领域协作互动的基本态势。

从法律实践的全过程,即法律规范的产生以及运作的整体过程,考察国家法与习惯法之间的协作互动模式:一方面,从法律规范的生成这一阶段,二者应当互相认知、调适;必要时予以认可、吸纳;另一方面,在实践运作中,二者应当相互靠拢、对接与合作。未来二者促进协作互动的具体路径,主要表现为以下方面:

首先,二者在规范生成中,以彼此认知为基础,不断发现、挖掘二者之间存在契合、共通的调整领域,并于必要时,予以认可与吸纳。从习惯法的角度,一则民间社会对于国家法规范体系的认知与发现,以传统权威、地方权威为主导,于实践运作中不断增进;二则习惯法通过自身的再生与重构,将国家法以村规民约的当代习惯法形式予以吸纳。从国家法的立场考察,其一,是国家法以开放包容的态度,依赖基层司法工作者在法律实践中持续积累、创新的司法智慧与经验,发现并挖掘民间秩序中,与当代生态法治相契合的习惯法规范知识。其二,国家法经过谨慎的甄别,于必要时,以认可、吸纳的方式,将习惯法规范吸纳入国家法体系当中。这种吸纳,可以采取概括性的规范模式,即对于经双方调适证明为正确的行为规则,以“从习惯”的规范形式予以认可。亦可将习惯法规范,认可、吸纳为国家法的规范形式,使之成为国家法律制度的一部分。

值得强调的是,国家法对习惯法的认可与吸纳,必须基于一个基本前提,即“必要性”。在二者相契合的领域,国家法与习惯法或并行运作,或认可吸纳。申言之,被国家法认可吸纳并非习惯法的唯一进路。进一步分析,何者为国家法对习惯法认可吸纳的“必要性”?习惯法自有其历史传统,有其独特的内生机理与运作机制,因而,国家法对习惯法认可与吸纳的必要性,应当以能否促进藏区生态善治建构为根本宗旨。理想的生态善治应当是基于法制统一的前提、立足藏区法律文化多元的现实格局,释放习惯法的现代价值机能,并且经由本土法文化汲取与重建、信仰重塑、技术理性祛魅、路径拓展,进而达到对

<sup>①</sup> 这两种情形,均不属于严格意义上的并行关系。因为国家法与习惯法二者之间存在并行关系,应当基于“国家法与习惯法对同一行为模式均有调整”这一前提,且二者在调整的过程中,互不干扰、并行运作的情形。而A(1,0)和B(0,1)两种关系类型属于对同一行为模式,或者单纯由习惯法,或者单纯由国家法进行调整,并非二者都有调整规范的情形。因而,A(1,0)和B(0,1)两种关系类型下,排除国家法与习惯法间接冲突的情形,即属非典型的并行关系。

现代生态环境法的不断补足与完善。<sup>①</sup>正是从这一意义上,如果国家法对习惯法的认可吸纳能够促进藏区的生态善治,则具备“必要性”。否则,若二者并行运作、调适制衡有益于当代藏区的生态善治,则不具备对习惯法认可、吸纳的必要性。保障“必要性”作为国家法对习惯法认可、吸纳的前提,一则强调国家法应当为习惯法进入国家法留有必要的通道;二则能够防止国家法对习惯法可能发生的、自上而下的改造与兼并。

其次,引导和培养民间调解人以及基层法律工作者的法律实践智慧。作为民间秩序的调整器,法律无疑是在不断的实践中获得其生命力。正因此,引导并培养出具有实践智慧和实践技巧的司法实务者(即代表习惯法的民间调解人和代表国家法的基层法律工作者)成为关键。一方面,从习惯法的角度看,传统权威、地方权威在全面推进法治化的进程中,通过自省与重塑,积极、主动地寻求与国家法协作的路径与方法。比如,当前藏区有部分民间调解人自办法律培训班,以增进民间调解人对于国家法的认知、提升自身的法律素养。另一方面,从国家法的视角考察,国家法应当充分认识到作为传统权威代表的民间调解人的重要功能,并对其自省、重塑的努力予以政策引导及经济支持;同时,国家法尤应重视并创造条件以培养基层法律实务工作者(如藏区基层法院法官以及县、乡政府干部)的司法实践智慧。

再次,持续创新二者之间高效的协作模式与方法。国家法与习惯法两套规范知识系统之间协作互动的效率取决于二者之间互动模式与互动方法的选择与运用。二者之间关于高效协作模式与方法的探索与创新,主要取决于协作实践过程中,作为两套规范知识体系代表的基层法律工作者与民间调解人之间协作互动的效率。双方于磨合、拉锯、博弈之中,不断深化法律实践、积累协作经验。因而,无论是从习惯法还是国家法的角度,都应当主动靠拢,为基层法律工作者及民间调解人提供更多沟通、协作的平台,以供其在互动中不断积累经验、提升互动效率。

## 2. 解决习惯法与国家法之间的冲突

从秩序的视角看,冲突及其解决是历久弥新的主题。冲突论者认为<sup>②</sup>,社会总是处于一种对稀有资源的争夺状态之中。不应当一般性地对冲突持否定态度,社会冲突有其正面的效果,例如,冲突可以成为促进双方紧密团结的力量;通过强迫冲突的双方坐下来谈判并直面他们的问题,冲突也可能导致必要的社会变迁。即使社会能在某种程度上成功地消除冲突,但这也许并非理想的境界。

冲突是社会互动的形式之一,正如社会学家波普诺所言,由于冲突对于社会的发展而言,具有其重要的正面效应,因而,应对冲突,并不意味着成功地消除冲突。国家法与习惯法之间之所以产生冲突,缘于二者作为两套规范性知识体系,存在明显的差异性。应对二者之间的冲突,其实质是应对二者之间所存在的差异性。格尔茨认为:“比较法研究得出的任何结论,必须是关于如何处理差异,而非消灭差别。”<sup>③</sup>从这个意义上讲,应对国家法与习惯法之间的冲突,其根本在于如何合理地处理双方之间的差异性,而非消除差异性。故而,全面、正确地理解国家生态法制与生态习惯法二者之间的差异性,乃是应对二者冲突的关键。基于上文关于习惯法与国家法之间冲突关系的探讨,习惯法与国家法制之间的冲突,其根源在于两套不同的规范性知识之间的差异性。

总体而言,国家法与习惯法的差异性主要表现为:思想基础相异、开发管理自然资源的价值取向不同、正义观存在差异、特质。<sup>④</sup>一般地,国家法与习惯法之间恶性冲突的根源主要在于二者之间思想基础不同。比如部落神山排斥采矿案例所展现的,当国家法的调整与作为习惯法思想基础的民族宗教文化之间出现紧张,经常会引发对抗式的恶性冲突。良性冲突多因二者在自然资源开发管理的价值取向、

<sup>①</sup> 郭武:《环境习惯法现代价值研究》[M],台北:新学林出版股份有限公司,2016年,王树义序。

<sup>②</sup> 戴维·波普诺著、李强等译:《社会学》(第十版)[M],北京:中国人民大学出版社,1999年,第110、133页。

<sup>③</sup> [美]克利福德·吉尔兹:《地方性知识:事实与法律的比较透视》,梁治平:《法律的文化解释》,第126页。

<sup>④</sup> 常丽霞、崔明德:《藏族牧区生态习惯法文化的当代变迁与走向——基于拉卜楞地区的个案分析》,《兰州大学学报(社会科学版)》2013年第3期。

正义观,以及特质等方面存在的差异而引发。例如民间秩序的现实运作中,往往是多因素交织引发冲突。因而,应对国家法与习惯法二者之间冲突关系的合理进路,是在界分因何差异引发何种类型冲突的基础上,区分不同的冲突类型,以探寻冲突的解决路径。

一方面,解决良性冲突,关键是建立有效的沟通机制<sup>①</sup>。即引导双方通过磨合增加彼此之间关于价值取向、正义观,以及双方所具有的不同特质等方面的认知;通过协商、拉锯,以及妥协、缓和,减少由于二者的差异性而产生可能的隔阂与对立,进而引导双方在认知中调适、在磨合中互动。上文所述部落草山争斗的解决场阈,揭示出基层政府组织即县、乡(镇)政府、基层群众性自治组织如村民委员会,以及民间权威等所特有的疏通与协调功能,正是建立有效沟通机制的关键。

在自然资源冲突解决机制中,民族地区的基层政府,尤其是乡(镇)政府,有其重要而独特的功能。乡(镇)政府是国家法“自上而下”和习惯法“自下而上”运作过程中的力量交汇点,既是国家法律、政策的宣传、实施者,又是在民族社区灵活运用习惯法定纷止争的基层政府组织。这样的双重职能决定了乡(镇)政府在国家法和习惯法的双向互动过程中,必须熟悉两套规范知识体系,并藉由其灵活的变通能力以及高超的实践技能实现国家法与习惯法之间的调适与互动。

村民委员会作为村民自治组织,在国家法与习惯法的良性互动中,亦承担着“承上启下”的重要职责。面向国家法,村委会承担宣传、协调的功能;面向习惯法,村委会凭借自身的智慧与权威,协调部落调解人运用习惯法实现民间社区的自治管理。《村民委员会组织法》规定,村委会受基层政府的指导。因而,“行走”于国家法与习惯法之间的村委会必然会凭借其智慧和社会权威在两套知识系统间探寻调适与互动之路,反复实践的结果是在国家法制统一与法律文化多元之间探索出习惯法的发展机制与未来路径。

在习惯法与国家法“上通下达”的沟通过程中,民间权威起着举足轻重的作用。王铭铭在关于民间权威的分析中深刻地指出,中国民间的权威,不只是一种“自然圣者”,而是离不开官僚体制的,他们或为官之后被承认为民间权威,或成为民间权威后为官方所接受。藏区的民间调解人即印证了中国民间权威的这一特点。更重要的是,藏区很多富有威望的民间调解人,其自身也深刻地认识到当代藏区的社会文化变迁这一宏观背景,并适时成为这一社会转型期“中心主题”的界说者。<sup>②</sup>兼具地方权威与科层权威双重身份的民间权威成为沟通习惯法与国家法的最好中介。藏区基层政府和基层自治组织都已充分认识到这一阶层在传统与现代、保持与变革之间所具有的权威性的影响力,因而,乡(镇)政府和村委会都会主动吸纳民间调解人等民间权威。

另一方面,解决国家法与习惯法之间恶性冲突的合理路径是建立长效的预警机制<sup>③</sup>。恶性冲突一旦发生,其消极后果主要表现为国家法在民族社区遭遇抵制,矛盾激化时甚至可能引发民族矛盾,危及当地社会稳定。鉴于恶性冲突时双方呈现出对抗性特点,互不调适。故而,解决此类冲突的根本途径在于事前预防,在国家法与习惯法彼此之间充分认知的基础上,对差异性所引发的根本性利益冲突防患于未然。

上文所述的部落神山采矿个案中,从立法的视角看,关于民族地区自然资源的开发与管理,国家法应当赋予可能受到重大影响的民族社区充分的话语权和参与权,如在核发矿产资源勘查证、开采证的制度安排中,规定听证会、符合民族区域特点的公示等前置程序,最大限度地实现公众参与,那么

<sup>①</sup> 常丽霞、崔明德:《藏族牧区生态习惯法文化的当代变迁与走向——基于拉卜楞地区的个案分析》,《兰州大学学报(社会科学版)》2013年第3期。

<sup>②</sup> 王铭铭:《民间权威、生活史与群体动力》[A],王铭铭、[英]王斯福编:《乡土社会的秩序、公正与权威》[C],北京:中国政法大学出版社,1997年,第281、282页。

<sup>③</sup> 常丽霞、崔明德:《藏族牧区生态习惯法文化的当代变迁与走向——基于拉卜楞地区的个案分析》,《兰州大学学报(社会科学版)》2013年第3期。



将最大可能地减少纠纷与冲突。从执法的角度考察,如果矿产部门在核发采矿许可证之前能够熟悉习惯法文化,并给予充分的考量和预警,或者通过听证会等方式广泛征询当地民众的意见,则将最大可能地避免冲突。

生态习惯法与国家法之间的冲突,揭示出法治化进程中二者之间由于两套规范知识之间存在的差异性而导致的紧张与对立,亦促使二者在冲突中寻求妥协与合作,这对于构建藏区生态法治无疑具有重要的意义。

### 3. 保障习惯法与国家法之间的适度并行

当代藏区,国家法与习惯法的并行状态,表现为在坚持国家法制统一的基本前提下,二者在各自的调整领域内,互不介入、互不干扰,实现各自独特的秩序功能。一方面,从国家法的角度,习惯法基于民间秩序调整的需要及其自身的特质(与道德、宗教等其他社会规范难以清晰剥离),自发予以应对。这种情形下,只要不违反国家法的禁止性规定,国家法无须介入,生态习惯法可以自主实践运作,于反复的文化调适中实现自身的扬弃,并在保持与创造之间维持其作为文化传统的发展活力。另一方面,从习惯法的角度看,习惯法应当以坚持国家法制统一为前提,在对国家法充分认知的基础上,发挥自身作为地方性知识的独特调控功能,以规范藏族民众合理开发利用自然资源。

应当强调的是,在二者并行的领域,应当保障彼此在充分认知的基础上保持合理的距离,以建构藏区的生态善治。所谓“合理”的距离,一则防止二者之间距离的“过密化”。即不必强求二者的统一协同(常见的是国家法自上而下地对习惯法进行改造与吸纳);国家法应当赋予习惯法自主运作的空间,以强化社会的自治化程度。二则避免二者之间“过疏化”。常表现为国家法与习惯法由于彼此之间欠缺应有的认知,而导致不能对二者的互动关系进行全面考量、合理应对,进而引发紧张与冲突。总之,国家法与习惯法之间合理的距离,不仅是二者并行运作的必要条件,而且关涉到并行关系可能导向的后续的协作或冲突<sup>①</sup>,由此,保障二者之间的适度并行,对于促进二者之间良性互动、避免可能的冲突具有重要的现实意义。

[本文责任编辑 徐绍强]

-----  
[作者简介]常丽霞,女,兰州理工大学法学院教授;张清蓉,女,兰州理工大学法律硕士。(兰州 730050)

<sup>①</sup> 比如上文分析的非典型并行关系A(1,0)、B(0,1)型关系格局,既可能导向国家法与习惯法后续可能的协作,也可能演变为二者的间接冲突。