

習
禮
論
著

当代中国 的非国家法

高其才 主编



中国政法大学出版社



当代中国的 非国家法

主编 高其才

执行主编 罗昶



中国政法大学出版社

2015 · 北京

声 明

1. 版权所有，侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

当代中国的非国家法/高其才主编. —北京:中国政法大学出版社, 2015. 11

ISBN 978-7-5620-6430-5

I. ①当… II. ①高… III. ①习惯法—研究—中国 IV. ①D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 259471 号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)
编辑邮箱	zhengfadch@126.com
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	650mm × 980mm 1/16
印 张	15
字 数	210 千字
版 次	2015 年 11 月第 1 版
印 次	2015 年 11 月第 1 次印刷
定 价	39.00 元

总 序
PREFACE

习惯法是人类长期社会生活中自然形成的一种行为规范，它源于各民族生存发展的需要，对于人类法制文明意义甚大。哲人亚里士多德说过，积习所成的不成文法比成文法实际上还更有权威，所涉及的事情也更为重要。毋庸多言，在传统人类社会，习惯法内容涵盖甚广，各民族缔造了灿烂的习惯法文化。而制定法的出现只是一种渐进的成就，道德与法律的分离更是后起。

在古希腊文中，“ethos”（居留习性）和“nomos”（风俗律法）均有风俗之义。nomos 乃诸神所定，且是 ethos 的准绳，不可随意更改。“ethos”（习俗）本来含义是“居留”、“住所”，“ethos”（习俗）就是人行为的某种“居留”和人在其中活动的“场景”（秩序），这种风俗习惯的沿袭产生伦理德行，“ethos”（习俗）也就演化为“ethikee”（伦理）。nomos 本来仅指习俗，雅典民主政制兴起，nomos 涵义才扩及人定的法律。而自然（physis）与习俗（nomos）的比较，则是西方法哲学的永恒主题。

法律不是、起码不主要是国家制定法。直到中世纪的西方思想家仍然认为，法律本质上是传统和习惯，而不是不断进行的立法创新，而国家制定法实在是对习惯法的扰动，不可轻易为之。

习惯法会成为问题，源于人类社会的现代性转折以及法律现代性的相应兴起。这个历史进程肇始于西方，法脱离了古典自然法界



定良善政治秩序的作用，成为保障市民社会财产权与维持市场经济均衡运转的实证法（positive law），而国家仅等同于市民社会之伦理环节。尤其是因为现代民族国家的兴起，它需要并且创生出了国家法（制定法）、固守主权者命令的实证法学、现代教育体制、学科分类体系及科层制分工等等这一整套架构来维系民族国家的运转。而这也表明现代社会的运转必须依赖法实证主义。

目光转移到中国，在古代汉语中，习惯是指在长时期里逐渐养成的、一时不容易改变的行为、倾向或社会风尚。习惯为逐渐养成而不易改变的行为和积久养成的生活方式，现在泛指一地的风俗、社会习俗、道德传统等。中国语境中的习惯含有“长期”、“习俗”等语意。习惯法以习惯为核心，以风尚为基础，与伦理密切相关。

传统的礼乐文明就是乡土中国的风习自发演进而来，进而由切实的情理生出高蹈的义理。在中国法律传统的天理—国法—人情架构中，人情风习有其应有的位置。天理、国法与人情的圆融无碍是传统中国历代法典正当性所在，也是传统中国社会普通民众信奉的法意识。如何在具体问题中，妥帖地调适情理法、礼与俗，正是中国法传统思索与实践的核心问题。

而传统法律在近代的大变动引发了社会的大断裂、大冲突。百年来中国法律现代化动作多、成效少，法律始终没有契合中国人民的生活。中国法律文明花果飘零，失却了制度和理论支撑的传统中国文明作为一种习俗残留下来。为了让人们信奉这套舶来的法制，服从至上的国家（阶级）意志，民主、法治、人权之类的言说驳斥这种习俗，新生活运动、普法运动之类的全民运动力图改造这种习俗。只是时至今日，依然逃脱不了“法律自法律，社会自社会”（瞿同祖语）的尴尬。因为法律不是自动运行的机器，作为一套社会控制的行为规则体系，它需要相应的制度支撑。

现实的逻辑是，作为生活之子的习惯法的生命力异常旺盛。在当今中国社会时空条件下的法律实践当中，习惯法作为独立于国家制定法之外，依靠某种社会权威的、具有一定程度强制性和习惯性的行为规范，实际上成为了解决当代现实问题的鲜活创造，显示了

它与法律移植背景下国家制定法不同的命运。因为当代中国习惯法作为一种活的法律秩序，显示了与所处社会的相互契合，有其独立的存在意义和独特的功能价值。

因此无论我们对中国的法治现代化持何种立场，都必须认真对待习惯法。习惯法为国家制定法之母，一方面要充分认识到习惯法在秩序建构、纠纷解决、社会共识达成过程中的积极意义，充分发挥其作用；另一方面，在国家制定法中心的前提下，必须妥善处理与现行制定法有冲突的习惯法中的非良性因素，促使习惯法与制定法在现代化互动进程中逐渐融合，解决不同地区、不同民族之间的习惯法冲突问题，并使国家制定法更具有效力基础。这是国家法中心主义的习惯法研究也必须解决的重要问题之一。

从更广泛的角度认识，习惯法是中国固有法文化的重要内容，体现了中华民族的内在精神。习惯法是一种社会现象、一种社会规范，更是一种社会文化，是中国人的意识形态所创造的精神财富。作为中国文化的一个组成部分，习惯法是中国人生活的反映、实践的记录、历史的积淀、现实的表达，是中国人对生存方式、法生活的需要和愿望的表达，是中国人认识自然、思考自己、理解社会的结晶。习惯法是民族特质的体现，也是传统传承的主要方式。

我们认为，习惯法研究应以现代中国法治建设为中心，习惯法的描述与解释并重，域内习惯法与域外习惯法研究并举，当代习惯法研究与习惯法的历史研究共存，处理好乡土习惯法与城市习惯法、传统习惯法与现代习惯法、地方习惯法与全球习惯法之间的关系。以中国社会现代发展和法律现代性为主轴，一切以揭示习惯法背后特有族群的法律文化、法律意识为鹄的，进而阐发习惯法的内生性及其当代适应性。

本习惯法论丛以当代中国习惯法为研究对象，重点探讨1949年以来尤其是现实有效的当代中国社会的习惯法，旨在全面总结我国学界学者和实务专家的当代中国习惯法调查和研究成果，交流当代中国习惯法研究的心得，思考当代中国习惯法研究的推进，进一步提高当代中国习惯法研究的学术水准。

当代中国习惯法研究需要重视学术积累，进行长期调查，持续



专门研究，不断拓宽研究领域。只有具有寂静的心态、宽广的视野、专注的立场、踏实的学风，当代中国习惯法的研究成果才可能越来越有学术影响力，在中国社会的理性发展中发挥积极的功能。

高其才

2010年7月2日

1. 2014年10月23日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出“坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设”，要求“推进多层次多领域依法治理。坚持系统治理、依法治理、综合治理、源头治理，提高社会治理法治化水平。深入开展多层次多形式法治创建活动，深化基层组织和部门、行业依法治理，支持各类社会主体自我约束、自我管理。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。发挥人民团体和社会组织在法治社会建设中的积极作用。建立健全社会组织参与社会事务、维护公共利益、救助困难群众、帮教特殊人群、预防违法犯罪的机制和制度化渠道。支持行业协会商会类社会组织发挥行业自律和专业服务功能。发挥社会组织对其成员的行为导引、规则约束、权益维护作用”。

2. 从功能主义、多元主义立场认识，《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》所提到的“市民公约、乡规民约、行业规章、团体章程”等社会规范即为非国家法。

3. 法社会学对法作广义的理解，突出法的多元色彩，强调“行动中的法”、“活法”、“非国家法”，对习惯法也极为重视。在法社会学者看来，法的概念不仅仅只与国家与国家权威相关。人类社会

的法是多元的，普遍存在着各种社会权威和社会组织，绝对的政治群体、总体社会、一元法是不存在的。拉丁格言云“凡社会皆有其法”即为此意。

4. 法社会学强调法这种现象无论在文明社会还是在野蛮社会、无论是国家还是社会都客观存在。不能仅把法的概念局限在西方国家、现代国家的范围内，不能只把文明社会的行为规则称为法，而把未开化民族执行着同样功能的行为规则不称为法。只要是由权威机关——国家、教会、公司、商会、学校或其他社会团体确认并保障实施的规则就是法规则。美国学者麦考利曾提出“私人政府”的法。美国法人类学学者霍贝尔认为，歌斗、巫术、贿赂、威望等也被称为法；大量可信的事实表明，初民社会中构成部落法院的，如美洲印第安人村庄的部落议事会，或者西非阿散蒂人由酋长、酋长的长老顾问班子及其亲信组成的法院，甚至介入争议双方的第三者、调停人也称得上是一种“法院”。尽管某些部落法院缺乏固定性，但确实存在着，它们具有一种权威，对于部落负有一种责任，并且遵照部落先例进行裁判，或者创立和宣告一个新的规则。^{〔1〕}正如威廉·西格尔所言：“非职业性法院仍然不失为法院，尽管它不是每天都开庭审案；尽管它可能不总是采取强制性的措施；尽管它不是设立在一个长久性的建筑中，在其横梁上悬挂着‘执法如山’的匾额。”^{〔2〕}

5. 中国历史上一直存在非国家法，宗族规范、村规民约、商事惯例、行业规范、寺观规约等在社会中发挥着广泛的作用。1949年中华人民共和国成立以后，国家管治方式有了一定的变化，国家政策和国家法律在社会规范中成为主要部分。但是非国家的社会组织仍然以各种形式存在，特别是中国共产党、共青团、工会、妇联等政治性社会团体具有较高的社会地位，其章程、规范具有较大的约束力。

〔1〕〔美〕E. A. 霍贝尔：《初民社会的法律》，周勇译，中国社会科学出版社1993年版，第25页。

〔2〕William Seagle, *The Quest for Law*, New York, 1941, p. 34.

6. 当代中国的非国家法是特定社会群体共同意志的体现，其目的主要是维护这些特定群体的共同利益。它是在这些群体成员长期共同生产生活中反复重复的行为模式基础上产生出来的；其内容与最多数人的意志利益导向一致，满足全体成员的共同需求；同时由全体成员参与执行，对违反非国家法的人与事的裁判与惩罚都带有共同参加的特点。

7. 当代中国的非国家法独立于国家法之外，其内容、效力范围、作用、执行等都自成体系。作为法，它也可能受国家法影响，在某些方面参照国家法，但这并不意味着它就是国家法的从属和附属物，它有其独立存在的地位，也有其独立存在的价值。

8. 当代中国的非国家法有些为历史上固有规范的承继，有的则为现代生产、生活过程中的新创。这些当代中国的非国家法既有俗成即自然形成的，也有约定即人为议定的。当代中国的非国家法为内生性的法，是从当代中国社会内部形成、发展、运行的，当某一特定群体成员“开始普遍而持续地遵守某些被认为具有法律强制力的惯例和习惯时，习惯法便产生了”。〔1〕非国家法在社会生活中逐渐自然形成的，而不能通过使用暴力及某种形式的特许，它只能是公众意志的体现且为人们所公认。非国家法“几乎全然是从自身内部，圆融自洽地发展起来的”。〔2〕当代中国的非国家法具有较为明显的本土特质。

9. 当代中国存在多种类型的社会组织和社会团体，如政治性团体、经济性组织、社会性团体、文化性团体等，因此当代中国的非国家法种类多样，包括乡规民约、村规民约、企业规章、交易惯例、学校规约、家法族规、宗教戒律等，其具体形式为章程、规定、公约、办法等。当代中国的非国家法既有通过成文形式表达的，也有以不成文形式表示的。

10. 当代中国的非国家法内容丰富，既有实体性规范，也有程序

〔1〕〔美〕E. 博登海默：《法理学：法哲学及其方法》，邓正来、姬敬武译，华夏出版社1987年版，第371页

〔2〕〔德〕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26页。



性规范；涵括公共事务、民事活动、商事往来、社会交往、纠纷解决、处罚规条等方面的行为规范。规范的对象既有个体，也有家、户、群等。

11. 作为身边的法，非国家法对团体成员具有很强的约束力；在调整社会关系、分配失衡资源、维护社会秩序方面，当代中国的非国家法起着不可忽视的作用。同时，当代中国的非国家法于强化规范意识、倡导契约精神、弘扬公序良俗、传承中华文化也具有积极的意义。当代中国的非国家法集观念共识、价值诉求、资源分配、关系网络、内在约束、认同行动于一体，形成有序的社会形态。

与国家法相比，当代中国的非国家法以其生动、具体的独特形式在实际生活中弥补了国家法宏观、抽象下的一些空白。由于国家法是以抽象的人作为法律关系的主体进行调整的，在一定程度上不太适应特定群体的具体需要，而非国家法针对性比较强，正好可以起到某种补充作用，其生命力也正由此而显现。

12. 当代中国的非国家法与国家法有一致、共同的方面。非国家法与国家法在法的目标和功能、法的内容、解纷方式等方面具有一些内在的共同性。这主要表现在非国家法所反对、不容的某些行为也为国家法所禁止，非国家法所提倡、鼓励、赞成的某些行为也为国家法所确认和保护。非国家法与国家法具有同源、同生、并行的关系，客观上互相支撑、相互影响。

当然，当代中国的非国家法对国家法有补充的一面，在调整范围、功能等方面补充国家法；也有冲突、矛盾的一面。这既有民事方面规范的冲突和矛盾，也有刑事方面内容的差异，诉讼程序的规定两者也是各有不同的。非国家法赖以存在的基础、价值、实施等与国家法有异。因此，我们应当高度重视、区别对待、具体处理。

13. 当代中国的非国家法与国家法的关系，这是一个复杂的理论问题，更是一个敏感的现实问题。我们应本着实事求是的态度，以法治的理念，以客观、历史、发展的眼光正视非国家法、认识非国家法；需要正视当代中国的非国家法的客观存在，认真分析其实际样态，总结其具体规范和功能，吸纳和弘扬其与现代法治相融的内容。

特别是，国家在法律制定和实施过程中，应当考虑我国社会发展的实际情况，汲取非国家法的合理内容，吸纳非国家法的积极因素，使国家法具有坚实的社会基础。

当代中国的法治建设是多种社会规范的共治、合治、自治，我们应当处理好非国家法与国家法的关系，在坚持国家法制统一的基础上使非国家法与国家法良性互动，推进当代中国全面依法治国的进程。

总 序	001
前 言	005

事实描述

当代农村礼物交换规范现状及运作——基于内蒙古黎明村的田野

调查.....	秦静静 / 003
一、导言	003
二、礼物交换规范的原则	006
三、礼物交换规范的规则	009
四、礼物交换规范的运作	013
五、思考	018

信、戒、学、修：佛学院的规范——以北方某佛学院

为例	罗 昶 高其才 / 021
一、导言	021
二、学院基本规范	024
三、学院管理规范	026
四、学僧学习规范	028

五、日常行为规范	029
六、考核与奖惩规范	032
七、结语	035
车间的劳动规章制度——以苏州英华公司为例.....	柳海松 / 036
一、导言	036
二、车间劳动岗位责任制度	039
三、车间劳动管理制度	043
四、车间劳动操作标准制度	074
五、思考与结语	076

规范分析

当代中国伊斯兰教清真寺运行习惯法——以甘肃省兰州市南城清真寺 为对象	马 敬 / 081
一、引言	081
二、当代清真寺组织运行习惯法	083
三、当代清真寺财务运行习惯法	092
四、当代清真寺大型宗教活动运行习惯法	097
五、结语	101
以“外嫁女”权益纠纷为例看村规民约的效力	张 璐 / 102
一、问题意识与研究路径	102
二、“外嫁女”土地权益纠纷案	104
三、村规民约与国家法规制下的“外嫁女”权益纠纷	110
四、思考与结语	116
我国法律法规对营利性合会的规范及影响研究——以浙江温州合会 为例	姚寒逸 / 119
一、引言	119
二、温州合会运行机理与法关系	125

三、国家法律法规对民间合会的规范	131
四、对现有民间合会法律法规规定的思考	140
五、结论	145

法理思考

法治视野下的驾校教练收礼规范分析——基于元和驾校的法社会学

调查	陆诚捷 / 149
一、引言	149
二、驾校教练的收礼规范	153
三、驾校教练收礼规范的形成分析	159
四、法治视野下驾校教练收礼规范思考	173
五、结语	181

在理想与现实之间：转型律师事务所的薪酬规则——以南方某省

追远律师事务所的《薪金制度暂行办法》为对象	魏小强 / 183
一、问题的提出	183
二、研究对象与研究方法	185
三、追远所薪酬规则的演变及现行的薪酬规则	187
四、追远所薪酬规则的实施情况	193
五、分析与思考	205
六、结语	208

民间佛教信仰的习惯规范及其促成结构——以浙东宁波市岑村为分析

对象	王丽惠 / 210
一、民间佛教信仰的主体	211
二、民间佛教信仰的行为规范	213
三、民间佛教信仰规范形成的结构	217
四、小结	223

后 记	224
-----------	-----

事实描述



