

Post-doctoral Papers,
Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences
Vol.4

中国社会科学院 法学博士后论丛

第四卷

中国社会科学院
法学博士后流动站主编



中国社会科学出版社

Post-doctorial Papers,
Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences
Vol.4

中国社会科学院 法学博士后论丛

第四卷

中国社会科学院
法学博士后流动站主编



中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国社会科学院 [法学博士后论丛] · 第四卷/中国社会科学院法学博士后流动站主编. —北京: 中国社会科学出版社, 2008. 10

ISBN 978 - 7 - 5004 - 7258 - 2

I. 中… II. 中… III. 法学 - 文集 IV. D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 151250 号

出版策划 任 明
特邀编辑 张成哲
责任校对 周 昊
技术编辑 李 建

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010 - 84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京奥隆印刷厂

装 订 广增装订厂

版 次 2008 年 10 月第 1 版

印 次 2008 年 10 月第 1 次印刷

开 本 710 × 980 1/16

印 张 43

插 页 2

字 数 795 千字

定 价 75.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

编辑和出版说明

为了集中反映中国社会科学院法学研究所博士后研究人员的工作成果,展现博士后研究人员的学术风采和水平,优化学术资源,我们决定编辑出版《中国社会科学院法学博士后论丛》,并成立中国社会科学院法学博士后论丛编辑委员会。

作为一套系列性丛书,本论丛计划从2003年起,在已出站博士后的研究报告中,精选出符合论丛出版质量要求的研究报告,编辑出版一至若干卷。本论丛的编辑规范,执行的是由北京图书馆学位论文收藏中心和全国博士后管理委员会办公室1994年9月联合下发的《博士后研究报告编写规则》。此规则为目前中国博士后研究报告编写规则的国家标准。

本论丛所发表的博士后研究报告,是每位博士后研究人员在其博士后研究报告的基础上,重新编写的一篇约5万字篇幅的能够反映博士后研究报告概貌、理论预设、主题思想、创新点、理论贡献等精华内容的报告。因此,它不是简单地对原研究报告的浓缩,而是在原研究报告基础上的再创造成果。

博士后论丛是每位博士后研究人员在中国社会科学院法学研究

所从事博士后研究工作期间学术生活经历的一段值得记忆的历史记载，是每位博士后研究人员学术水平和实力的展示，也是中国社会科学院法学研究所博士后学术水平整体实力的展示。

我们出版本论丛，也是希望得到社会各界对中国社会科学院法学研究所博士后研究工作的检验。我们热切地希望来自各方面的批评、评论和建议。

中国社会科学院法学博士后流动站

2003 年 12 月

／ 目 录 ／

- 1 多元与一体：文化背景下的中国法律/张冠梓
- 37 党的地方组织与地方人大相互关系研究/游劝荣
- 97 媒体监督司法论纲/卢恩光
- 149 当代中国公立高校自制规章合法性研究/陈福胜
- 209 民事诉讼证明对象研究/程春华
- 283 农村集体土地权利状况调查及纠纷的司法解决
——基于调研提出的涉农典型纠纷的解决途径/
韩延斌
- 339 危险责任立法研究
——从动态系统的视角出发/李昊
- 415 公司资本制度的信用功能：理论与实证/汤立斌
- 477 TRIPS 协定有关地理标志的规定及其国内实施问题
研究/董炳和
- 547 知识产权领域的反垄断问题
——以美国为主要线索的考察/吴玉岭
- 597 国际航空旅客运输责任制度的演进与发展/王瀚

/CONTENT/

1	Plurality and Integration: The Chinese Law in the Context of Culture
37	A Study on the Interrelationship Between the District Committees of CCP and the Local Legislatures
97	On Mass Media Supervision over Judicature
149	The Legality of the Self-made Regulations in China by Contemporary Public Universities
209	A Study On the Testimony Target in Civil Action
283	Investigations on the Rights of the Collective-Owned Rural Land and the Judicial Resolutions to the Related Disputes ——Proposed resolutions to the typical rural land-related disputes on the basis of investigations and researches
339	A Study on the Legislation of the Liability for Dangerous Activities ——By a View of the Dynamic System

- 415 | The Credit Function of Corporation Capital: Theory
and Practices
- 477 | A Study on the Provisions of Geographical Indications under
the TRIPS Agreement and Their Domestic Implications
- 547 | Antitrust in the Field of Intellectual Property Rights
——Focus on the U. S. Practices
- 597 | Evolution and Development of the Liability System of Inter-
national Passenger's Air Transportation

· 中国社会科学院法学博士后论丛 ·

多元与一体：文化背景 下的中国法律

Plurality and Integration: The Chinese
Law in the Context of Culture

博士后姓名 张冠梓

流 动 站 中国社会科学院法学研究所

研 究 方 向 法理学、法律文化

博士毕业学校、导师 北京大学 饶鑫员教授

博 士 后 合 作 导 师 夏 勇

研究工作起始时间 2001 年 10 月

研究工作期满时间 2007 年 8 月

作者简介

张冠梓，男，1966年8月生，山东省苍山县人，汉族，法学博士，研究员。现任中国社会科学院直属机关党委副书记，中国社会科学院青年人文社会科学研究中心副理事长兼秘书长。现从事专业为：中国近代法律文化、少数民族传统法律文化、法律人类学。主要社会职务有：中华全国青年联合会委员兼哲学社会科学届别委员会副主任、中国青年科技工作者协会常务理事兼秘书长、中国法律史学会理事、中央民族大学法学院研究生导师。参加或主持过国家、院级课题多项。主要科研成果有《论法的成长——来自中国南方山地法律民族志的诠释》、《作为法的文化与作为文化的法——南方山地民族传统法的演进》、《中国珍稀法律典籍续编》（第九、十册）等。先后获得北京大学“五四”青年科学论文一等奖、中国法律史学会优秀论文一等奖、中国社会科学院第三届优秀青年提名奖、中国社会科学院优秀科研成果二等奖、第一届中国青年法律学术奖（法鼎奖）金奖等荣誉。

多元与一体：文化背景下的中国法律

张冠梓

内容摘要：本文主要是运用法律多元主义观点研究中华民族的传统法律文化。和中华民族多元一体格局的特点相适应，中国传统法律文化的内涵丰富、复杂而深刻，具有极其鲜明的多元特征。用法律多元主义的视角和模式，可以深入了解中华民族及所属各个民族、同一民族的各个分支的法律文化的复杂多样的特征，对深刻理解我国近代以来法制化的历史背景和文化背景具有重要的意义。

关键词：中国 法律 文化 多元 一体

中国传统文化的多样性是时下学术界讨论的一个热点问题，作为文化的一部分、并与之相适应的是，中国传统法律文化同样具有多元特征，而且其内涵更加丰富、复杂而深刻。用已有的法律多元主义的视角和模式来研究中国法系及其包括的各民族传统的法律文化，既可以深入了解中国各个民族、同一民族的各个分支的法律文化的复杂性、多样性，又可以从总体上深入了解中华法系的基本特征，这对研究中国传统法律文化的现代化无疑具有重要的意义。

一、关于法律多元主义的解释

任何社会都包含着多元性的法律秩序，这一由法律人类学家最先倡导的主张正越来越多地被法学家所接受。但究竟什么是法律多元则众说纷纭。一般认为，多种法律同一时期并存于同一社会体中的法律现象，便是法律多元。法律多元的思路许多法学家早有论述，“只要对社会生活简单地观察一下就可以使我们相信，除了由政权强加的法律规则外，还存在着某些法律规定或至少是具

有法律效力的规定。过去存在，现在仍然存在着一些并非从总体社会的组织权限中产生的法律”^①。近年来法律人类学家和法律社会学家从不同的角度讨论法律多元主义的问题，美国学者波斯皮士尔（Leopold Pospisil）认为，任何社会都不是只有一个单独的、一致的法律制度，社会中有多少次群体，就有多少法律制度。每个次群体都通过它自己的法律制度调整其成员的关系，这些法律制度在某些方面必然地不同于其他次群体的法律制度。那种一个社会仅有一个控制其所有成员行为的法律制度的观点，过多地关注了个体之间的关系，忽视甚至否认了社会次群体的关系。其实，每个社会都存在组成该社会所必要的次群体，如家庭、世系、社区、政治联盟等，都有相应的法律制度，它们形成了一个体现所有相应的次群体地位的等级体系，法律层次就是指同一类型的次群体的法律制度的总和。不同层次的法律之间必然有差别。无论是发达社会还是原始社会，一个社会成员同时也是几个不同的次群体的一员，必须服从所在的不同次群体的法律制度。

至于法律多元的具体内容，不同的学者有着不同的视角和理解。从比较法的角度看，法律多元不但是一种普遍的法律现象，而且它本身也是“多元”的。换言之，法律上的多元现象并非只有一种模式。具体说来，法律多元有以下几种提法：一是统治法—从属法。胡克（M. B. Hooker）将法律多元主义看作是一种与文化差异相联系的现象，他认为，当代世界中的法律多元主义是由于整个法律制度跨文化界面而产生的。在民族国家中，法被视为一批一致的原则，它源于单一的渊源，对所有人都有约束力，成文的、合乎理性的国家法才是唯一合适的法。对此，胡克指出，这种观念只有在文化和经济上同质的社会里才是适当的，但是这样的社会是例外而不是通例。在许多国家，过分强调上述法的观念往往造成对现实的曲解。事实上，官方的或国家的法律制度可能由于种种原因而没有效果，毕竟法律现实与法典的规定可能完全不同，因为在一个国家的范围内存在着多重的法律体系。胡克强调，在法律多元主义的情况下，不同法律制度之间的地位和作用是不平等的。首先，全国性的法律制度在政治上占优势，它能够废除当地的法律制度。其次，如果法律制度之间的义务发生抵触，全国性的法律制度的规则将取胜。任何对当地法律制度的允许都将建立在全国性法律制度所要求的前提之上，并以全国性法律制度所要求的形式进行。因此，尽管在民族国家中有种种法律制度在起作用，但是，只有一种法律制度是占优势的。他将多元的法律制度分为两类，即统治法与从属法。统治

^① [法] 亨利·莱维·布律尔著，许钧译：《法律社会学》，上海人民出版社1987年版，第22页。

法构成民族国家的主干,从属法附属于统治法,并通过统治法的形式而存在。二是国家法—民众法。巴克斯在分析非西方社会的法律制度多元性时认为,法律一词包括民众的法与国家的法。在他看来,如果法律完全等同于国家法,仅具有立宪政体的政治和政府,就不可能有民众自力更生、自主参与的发展,民众的法本身是社区真正的政治资源。他认为,那些执行国家法的人是民众,他们有着不受国家法支配的信条和做法,并在国家法的构架内产生自己的法。巴克斯强调,承认民众的法并不意味着否定国家法,而是承认法律制度的多元性。大量事实说明,民众的法可以加强国家法的积极方面,反对它的消极方面。例如,民众法除了解决冲突之外,还具有调查官员腐败、反对政府不公正、帮助民众行使权利、抵制多种统治集团等作用。三是国家法—民俗法。有的学者认为,民俗法是一个分析性的范畴,而不是分类范畴,它存在于国家法之外,但在某些情况下能进入或影响国家法的运作。^①四是本地法(或称固有法)和外来法(继受法)。格兰特是用“本地法”(indigenous law)一词来表示官方法之外的另一种法律形式,^②本地法是西方法律人类学的一个重要概念,是指产生于一个民族的本土文化的法律,与之相对应的是继受法或移植法。^③不过,无论继受法还是本地法,都难以在纯粹的形式中被发现。大多数调整都涉及继受法和本地法的结合,也就是说,本地法与官方法可能并不相互排斥,而是相互作用。五是官方法—非官方法—法律原理。千叶正士将法律多元主义的结构分为上述三个层次,它们构成一个国家全部法律运作的结构。官方法是由一个国家的合法权威认可的法律制度,国家法是标准的官方法。其他类型的法律,如宗教法、家庭法、地方法、少数民族法等,如果由国家正式认可并在与国家法一致的情况下运用,也可以归入官方法。非官方法不是由官方的权威正式认可的,但对官方法的效果有某些特别影响,如补充、反对、修改、削弱官方法。所有与国家法不同的法律,在没有被国家法直接或间接认可时,都归于非官方法和非官方法有关的价值和观念体系。法律原理是由既定的法律观念、宗教箴言和技术,与基本的社会结构有关的社会和文化原理或者经

① 不过有很多学者认为,民俗法并不是一个合适的概念,尽管“民俗法”一词经常被用来与国家法相对,如克卢兹指出,民俗法或民众法、习惯法等概念,依然是从国家法的观点来看问题,如果换个视角,例如去加纳的农村,就会发现村民们并不认为他们实施的是民俗法,法院适用的是国家法。斯奈德认为,民俗法与国家法之间的二元化区分是误导,因为,在任何特定的社会情景中,民俗法与国家法都是同一制度的基本组成部分,其自身并不一定是体系或成体系的,而且,民俗法与国家法通常交织在同一个微观过程中,相互作用,相互影响。

② 刚刚过去的20世纪之末,特别是在第三世界,国家法(包含继承西欧法)和在内部生成的固有法(indigenous law)的冲突和纠葛的状况,已经成为人们广泛研究的焦点话题。

③ 有人把本地法与国家法相比照,这显然是不确切的。

常与经济政策相关的政治意识形态组成，是官方法与非官方法的基础。它包括法律之间的一致和中立，有时也包括法律之间的不一致、对抗或冲突。一个国家的法律结构内，上述三者应维持最低限度的一体性，以维护官方法尤其是国家法的合法性。三个层次的结合随社会与文化而变化，在现代社会官方法胜过非官方法，而在原始社会则相反。

以上说法不外乎分为两类，一类是国家法、统治法、官方法，另一类则是民俗法、民众法、从属法、非官方法与本地法。^①可见法律多元着重突出的是可以被一般地理解为由特定国家机关制定、颁布、实行和自上而下予以实施的法律——国家法，^②并非由国家制定的、“人们在社会中根据事实和经验，根据某种社会权威和组织确定的具有一定社会强制性的人们共信共行的行为规范”——民间法的法律二元结构。^③由于法律多元针对的是国家法律中心主义的一元论法律，它尤其强调，民间法在二元结构中的重要作用，以及民间法与国家法之间的互动关系，从而要求国家法尊重和合理地对待民间法与民间法资源。换言之，国家法在任何社会里都不是唯一的和全部的法律，无论其作用多么重要，也只能是整个法律秩序的一个部分，在国家法之外、之下，还有各种各样其他类型的法律，它们不但填补国家法遗留的空隙，甚至构成国家法的基础。^④这里“各种各样其他类型的法律”，主要就是指民间法。

法律多元主义关于在同一社会领域中可能共存两种或更多种法律制度的主张，给法学研究提供了新的可贵的视角和研究手段，其意义在于：一是对法律多元主义的研究使人们得以挣脱国家法律中心主义，特别是以正式法典和制度为中心的法律研究传统。承认法律多元和民间法的重要性，有助于国家法和民间法的良性互动，理解和利用民间法的合理性。^⑤二是法律多元主义要求摆脱“本质主义”的法律定义，而强调对法律的历史的具体理解，因为每一种法律多元的情形都是经过长期历史发展并通过各种法律制度的相互影响而形成的，每一法律制度都在某些方面对其他法律制度或规范性秩序起到构成和重构作用。三是法律多元对法和各种规范性秩序的文化和意识形态的考察，注意点不

① 现在学术界很多学者使用“习惯法”的概念。民间法固然与习惯法在内涵和外延上都不完全一致，但差别多是从发生学意义上而言的，民间法是指生发于乡土民间，相对国家专门机关制定的法律而言的，尤其是作为国家法的对称，无国家法则无民间法之可言；而习惯法则指由习惯、惯例而渐成有约束力的规范，其大多也是发生于民间，即使并非必然，其与制定法对称，但早在制定法形成之前已有习惯法存在。

② 梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，中国政法大学出版社1996年版，第35页。

③ 田成有：《法律社会学的学理与运用》，中国检察出版社2002年版，第99页。

④ 梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，中国政法大学出版社1996年版，第35页。

⑤ 苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1998年版，第51页。

在于解决纠纷的个别规则,而是各种社会组织对秩序、社会关系和确定真理以及公正的方法的表达方式。四是法律多元主义不仅有助于分析纠纷和解决问题,也有助于分析无纠纷情况下秩序的形成和维持,同时不断促进由前者向后者转变。五是对规范性秩序间的关系的辩证分析研究,为理解法的变革和抵制变革的动态,为考察占统治地位的和被统治地位的阶级或组织之间的互动关系提供了一个框架。

以法律多元视角看待中国传统法律文化,其意义亦不可小觑。千叶正士认为:“在中国,广阔的地域内存在着多种多样的法主体,实际上远远超出了通常仅意味着中央政权的法的中国法的实体,能够将这种多元的法整体视为一个中国法的观念,即将其称为中华法而自豪的原理,即为其法的同一性原理。”^① 苏力也曾提出将其运用于中国古代法研究的设想,“从法律多元的角度,我们发现和看到中华法系在历史上并不是一个统一的传统,而是存在着许多冲突、断裂、变异;在法律规范秩序的主流旁总是有支流。我们也许因此可以发现许多由于我们的注意力过分集中在国家制定法而忽视的一些东西,被压抑的一些声音”^②。梁治平认为,在中国古代社会中,由于“国家没有、不能也无意提供一套民间日常生活所需的规则、机构和组织……在国家法所不及和不足的地方,生长出另一种秩序,另一种法律,这里可以先概括地称之为民间法”。“即使是在当代最发达的国家,国家法也不是唯一的法律,在所谓正式的法律之外,还存在大量的非正式法律”^③。法律多元在不同社会有不同的表现形式和“模式”,中国古代的法律多元格局就呈现为一种多元复合的统一结构:它既是杂多的,又是统一的;既是自生自发的,又是受到控制的;既有横向的展开,也有纵向的联系;既是各个分别地发展的,又是互相关联和互相影响的。这些彼此对立的方面,一方面包含了造成动荡的因素,另一方面也蕴涵了解决社会问题的创造性力量。正是因为同时存在着这些不同的方面,也是通过这些不同方面持续不断的相互作用,帝国秩序才可能在长时期的变化当中保持结构的平衡。谈到中华民族及所属各民族的法律文化的多元特征,容易使人想起人类学家费孝通先生关于中华民族的多元一体格局的著名概括:“由于中国地域广大,民族众多,历史上形成了许多有地方特点、民族特点的规范性秩序。这一切都使中国的法律多元问题普遍而深刻。”^④ 中华民族传统法律文

① [日] 千叶正士著,强世功译:《法律多元——从日本法律文化迈向一般理论》,中国政法大学出版社1997年版,第250页。

② 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1998年版,第56页。

③ 梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,中国政法大学出版社1996年版,第28—32页。

④ 赵震江:《法律社会学》,北京大学出版社1998年版,第372页。

化的多元性本身具有多重意义。相对人们确定不疑的、作为社会唯一真正的法——国家法，还存在着非国家法，譬如在各种意义上使用的各种民间法、非官方法、前国家法、习惯法等，存在着固定法和移植法、本土法和继受法、统治法和从属法的事实上的并存。同时，由于不同法律文化的存在，因交流而发生的冲突、矛盾和融合，必然蕴涵着产生新的法律体系及其多元特征的契机。如果再对中国传统法律文化作瓜分豆剖的话，从法律的地位来看，可有国家法与民间法之分；从法律的历史发展来看，可有国家法与前国家法之分；从法律效力来看，可有统治法与从属法之分；从法的文化渊源来看，可有固有法与外来法之分；从法律的结构来看，可有观念、规范、行为等之分。这些不同的角度在不同的民族、不同历史时期，往往有各自不同的显现，而且往往是错综复杂地纠缠在一起的。^①

二、从法律的地位来看：国家法与民间法

如果按照法律多元主义的观点，将法律理解为一种根植于社会与人们具体的生活方式紧密相连的一种规范性秩序，那么中国民族地区的法律首先或者说至少有两种基本形式，一是国家制定法（简称国家法），即由国家的专门机构依一定的程序制定并由国家强制力保证实施的强制性规范，二是民间法，即在人们长期的民间生活与劳作中逐渐形成的为社会所接受的一套地方性规范，国内一些学者常常称之为习惯法。

广而言之，就是民间社会规范；简而言之，就是民间习惯、风俗、道德、章制、礼仪。它是由国家法的存在而存在，是以国家法为参照而提出的。民间法可以有很多形式，不少学者认为，中国古代社会的特点是家国同构——家是国的缩影，国是家的放大，家与国分别代表了中国传统社会组织的“两极”和两种最重要的形式，所以家法、族规基本反映了民间法的特点，抑或说，家

^① 需要说明的是，民族地区的法律文化现象并不能都被视为法律的多元问题，因为很多民族的法律现象缺乏规范性和程序上的确定性，与其他的制度体系相比，也未见得有自己的特色，有的也许只是并不一定是完整意义上的“法”，如宗教的戒律、家训和家箴、禁忌以及各式各样的神意裁判等。因此，这里说的法律多元，有时所指的，也许只是其多元倾向，这也是为什么有的学者认为，中国历史上从来没有“民族法”，有的只是各个民族的法律。当我们由民间法中辨识出所谓“民族的”方面时，所针对的是在历史地形成的中华帝国版图之内生活着的诸多民族，各有其历史、文化、风俗习惯、社会制度，而且，尽管有统一的国家背景以及民族之间的长期交往和相互影响，这种社会生活的多样性始终存在着，它们构成了民间法乃至一般法律史上多元景观的一个重要背景。梁治平：“中国法律史上的民间法——兼论中国古代法律的多元格局”，载《在边缘处思考》，法律出版社2003年版。但也有学者认为，在中华法系尚未形成之前，甚至于中国奴隶社会形成之初，“民族法”就已经萌芽。吴宗金、张晓辉：《中国民族法学》，法律出版社2004年版，第39页。