

民间法文丛 谢 晖◎主编



姜世波 王 彬◎著

习惯规则的形成机制
及其查明研究



中国政法大学出版社

司法部国家法治与法学理论项目成果

习惯规则的形成机制 及其查明研究

姜世波 王彬◎著

民间法文丛 谢晖◎主编



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目(CIP)数据

习惯规则的形成机制及其查明研究 / 姜世波, 王彬著. —北京: 中国政法大学出版社, 2011. 12

ISBN 978-7-5620-4107-8

I. ①习… II. ①姜…②王… III. ①习惯法-研究-中国 IV. ①D920.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第244970号

- 书 名 习惯规则的形成机制及其查明研究
XIGUAN GUIZE DE XINGCHENG JIZHI JI QI CHAMING YANJIU
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034分箱 邮编100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
58908325(发行部) 58908334(邮购部)
- 编辑统筹 综合编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32开本 13.75印张 370千字
- 版 本 2012年3月第1版 2012年3月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4107-8/D·4067
- 定 价 36.00元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。



总序

这套筹备了多年的丛书，终于要和读者见面了！

近二十年前，鄙人开始关注民间法问题，其中缘由，是和当时参与教育部项目“回族法文化研究”密不可分的。通过相关调查和研究，我才自觉地认识到：人们日常的交往生活，尽管依赖于国家正式法律者甚多，但人类秩序的建制，并不首先是从法律开始的，相反，法律本身的制定，必须遵循社会生活的规定。这种认知，在既有的法学理论中不但有所耳闻，而且是彼时法学教育中大讲特讲的。那时，所谓研析“规范内部的学问”还不被人们所接受，不像如今这般红火。虽然人们在讲授课程时，把“经济基础决定上层建筑”、社会事实决定法律一类的观念不时传授给学生，但在实践层面上，究竟如何把握这一问题，学生也罢，老师也罢，经常

是不得要领的。相反，把人们在社会交往中存在的既有规则，如祭祖规则、节庆规则、信仰规则，等等，一股脑儿归结为所谓“四旧”，必欲彻底扫除而后快，却是司空见惯的。其结果是教材所授予实践操作之间巨大的反差，甚至出现实践所为和理论教化之间的倒挂：似乎不是经济基础决定上层建筑，反倒是意识形态等上层建筑决定社会及其发展。

不过近十多年来，我国立法、司法等法治实践的发展，还是最终趋向于对我们时代和国情的关注，法律的全球化和法律的本土化关怀几乎同时在中国法治实践中搬演。这显然是一个需要大智慧和大手笔予以探索、协调和对接的问题。在这期间，学人们不仅探讨法治化进程中和全球化相呼应的问题，而且也开始深究中国法治的自身土壤问题。在这一过程中，“法律文化论”、“本土资源论”、“民间规范论”、“私力救济论”、“替代性纠纷解决机制论”以及“法人类学论”等不同的学说，成为我国不同法学者之间探究法治化进程中自身土壤问题的几种主要进路和学术观点。围绕这些理论或进路，产生了一批学术论著。特别值得一提的是，在法治发展中，具有“春江水暖鸭先知”功能的司法机关，已经在认真尝试如何在司法中将法律的一般规定和民间规范相结合的问题。其中“泰州经验”、“东营经验”、“陇县模式”等，引起了国内法学界和司法界的普遍关注，这更进一步证明在学术研究中关注民间规则以资法治实践的必要性。

九年前，为了推进对民间规则的研究，促进教学中学生对社会事实问题的认知，我和同仁们共同创办了以书代刊的《民间法》年刊。如今，该刊已经正式出版了八卷。与此同时，我在《山东大学学报》、《甘肃政法学院学报》分别主持的“民间法专栏”、“民间法·民族习惯法专栏”两个栏目，

已分别坚持了五年和四年，期间稿件源源不断，所发表的论著也不断被转载、转摘和引用。其中《民间法》年刊被教育部“委托南京大学图书馆”评为“CSSCI 来源集刊”。此外，自 2005 年开始，我和同仁们发起了全国“民间法·民族习惯法研讨会”，已分别在西宁、成都、兰州、武汉、贵阳召开了五届，来自全国各地的学者们就相关论题积极参与、热烈讨论。如上情形，已经形成了民间法研究之静态和动态两个“阵地”。这表明，这一领域具有很大的研究必要和开发潜力。为了进一步推动民间法研究向纵深方向发展，北京理工大学法学院、山东大学法学理论泰山学者团队决定编辑出版这套“民间法文丛”。这套文丛，也是拟议中的北京理工大学法学院三种学术丛书之第一种。

此为“民间法文丛”的第一辑。收入第一辑的著作，有些是作者多年来调研的积淀之作，如《原生的法——黔东南苗族侗族地区的法人人类学调查》、《藏族古代法新论》、《乡土秩序与民间法律——羌族习惯法初探》三书就是徐晓光教授、多杰教授和龙大轩教授多年来深入苗族、侗族、藏族、羌族等地区认真调查、归纳、总结和研究的成果。鄯人的《大、小传统的沟通理性》、魏治勋的《民间法思维》两书，则是作者多年研究民间法问题的心得。其他五部作品，分别是贾焕银的《民间规范的司法运用——基于漏洞补充与民间规范关联性的分析》、姜世波的《习惯国际法的司法确定》、王新生的《习惯性规范研究》、厉尽国的《法治视野中的习惯法：理论与实践》、张渝的《清代中期重庆的商业规则与秩序——以巴县档案为中心的研究》，它们都是作者在其博士论文基础上修改而成。

自上述丛书第一辑的清单可以看出，本辑入选图书的一

半左右偏重于学理的探讨。但民间法问题恰恰是一个必须来自实践，通过对人们交往行为中的日常规范，特别是纠纷处理的日常规范之分析、解剖、归类、整理，才能深入其堂奥的问题。在这个意义上，民间法研究理所当然应当把社会实证放在第一位。这也是本丛书以后的各辑在组稿时将特别强调和注意的。

鄙以为，按研究内容和专题所编辑的学术丛书的功能，一是能集中展示某时段、某地方的学者们在某个研究领域里的研究成果；二是能更好地实现在某一研究领域里学术成果、学术规范和学术方法的积累；三是能给相关的学习者和研究者在查找资料时提供便利。在这三点中，我特别看中第二点。但要让一套学术丛书真正发挥学术积累的作用，贵在持之以恒。因之，本丛书拟在条件许可时，分辑编辑出版，不断坚持下去，以期为中国民间规范的研究，乃至法社会学的研究，贡献微薄的心力和智慧。

是为序。

陇右天水学士 谢晖

2009年7月3日于苏州桥畔



第二辑说明

自从“民间法文丛”第一辑九部作品问世以来，得到了学界较好的反响，于是，我们又着手编辑第二辑。编入第二辑的作品，除了原定于第一辑准备出版的谢晖的《大、小传统的沟通理性》外，还有王林敏的《民间习惯的司法识别》、张晓萍的《民间法的司法运用》、刘昕杰的《民法典如何实现：民国新繁县司法实践中的权利与习惯（1935~1949）》、谈萧的《中国商会治理规则变迁研究》、韦志明的《习惯权利论》以及尚海涛的《民国时期华北地区农业雇用习惯规范研究》等六部作品。在这六部作品中，王林敏、张晓萍和刘昕杰的三部作品，侧重于民间习惯与司法实践之间的关联研究；谈萧和尚海涛的作品，侧重于不同行业习惯法问题的研究；韦志明的作品则侧重于习惯权利这样一个重要的习惯法

范畴问题的研究。这六部作品，都立基于他们的博士论文，材料丰富、观点新颖、论证扎实是其共同特点。期待本辑作品的出版，能进一步丰富和推进我国民间法问题的研究。

谢 晖

2010年12月29日于北京

第三辑说明

转眼间,“民间法文丛”前两辑已大体出齐,将要推出的第三辑,共有五部作品。唐峰的《纠纷和解研究》一书,是目前我所看到的国内学者对相关问题最系统的研究,特别是作者长期参与纠纷和解工作的经验,使该书既有理论深度,又有操作启迪。淡乐蓉的《藏族“赔命价”习惯法研究》一书,则是我在相关研究领域内所看到的第一部中文博士学位论文。“赔命价”作为藏区解决命案纠纷的重要制度,一直受人关注。作为一位长期生活、工作在藏区的藏族同胞,相信作者对该问题的观点和见解,更有参考价值。陈文华的《民间规则在民事纠纷解决中的适用》一书,聚焦于民间规则在民事纠纷解决中的运用。尽管在行政纠纷,甚至轻微刑事纠纷中,民间规则都有适用的可能,但民间规则的主要适

用场域，还是在解决民事纠纷中。这一客观情势也决定了该选题的研究价值。上述三部作品，都是诸位作者在其博士学位论文基础上修改定稿的。姜世波、王彬合著的《习惯规则的形成机制及其查明研究》，对习惯规则的两个重要问题——作为交往行为规则的形成机制和作为习惯法运用时的查明场域、查明方式等，做出了较为系统的探索，对习惯规则如何进一步升华为习惯法，从而运用于司法提供了一系列可资参考的见解。程泽时的《清水江文书之法意初探》一书，对黔东南清水江流域存留达数百年之久的契约及其他文书进行了较为全面的梳理，并对其中展现的组织、观念、管理、词讼、司法、立法、法理等问题做出了颇有见解的思考。

上述作品的出版，和前两辑作品一起已经形成了一定规模。期待以后能收到从规范学和人类学两个视角更深入地研究民间法问题的作品。

谢 晖

2011年11月21日于西安



目 录

总 序	1
第二辑说明	5
第三辑说明	7
第一章 习惯法研究的基本范式及其反思 / 1	
第一节 习惯法研究的基本范式 / 1	
第二节 习惯法研究的范式迷思 / 20	
第三节 习惯法研究的基本概念 / 35	
第四节 本书所涉主题的研究现状 / 55	
第五节 本书的研究视角和方法 / 63	
第二章 习惯规则形成机制的基本理论 / 69	
第一节 习惯规则形成机制的文化分析 / 69	
第二节 习惯规则形成机制的经济分析 / 79	

第三节 习惯规则形成的博弈论分析 / 92

第三章 乡土社会的秩序冲突与司法沟通 / 98

第一节 转型时期的秩序冲突与调和 / 98

第二节 转型社会秩序冲突的形成机理 / 122

第三节 基于调解的法秩序沟通 / 137

第四节 以帮工习惯为例的考察 / 152

第五节 基于审判的法秩序沟通 / 172

第六节 能动主义的乡土司法模式及其反思 / 184

第四章 习惯法的构成要件 / 198

第一节 物质要素 / 199

第二节 法律确信要素 / 211

第三节 物质要素和法律确信：孰轻孰重 / 216

第四节 从国际法推及国内法 / 225

第五章 习惯法的属性及司法功能 / 244

第一节 民间习惯法的司法功能 / 244

第二节 习惯法的性质：事实还是法律 / 249

第三节 习惯法的双重属性及其识别 / 256

第四节 习惯法查明的域外经验及其启示 / 258

第五节 中国语境下的习惯法判定 / 263

第六章 通过习惯法编纂查明习惯法 / 266

第一节 何为习惯法编纂 / 266

第二节 习惯法编纂对于司法查明习惯法的意义 / 274

第三节 习惯法编纂机关的选择 / 283

第四节 当代司法机关系统地适用习惯法的典型——泰州经验的检讨 / 285

第五节 习惯法编纂的成功代表——国际商事习惯法 / 288

第六节 习惯法编纂的缺陷及其克服 / 292

第七章 通过权威证明查明习惯法 / 295

第一节 权威及其说服力 / 296

第二节 普通法系与非洲地区运用权威方法查明习惯法的
经验 / 301

第三节 确立我国的民间权威证明制度 / 305

第八章 通过判例、司法认知查明习惯法 / 319

第一节 判例与习惯法的查明 / 319

第二节 司法认知与习惯法的查明 / 340

第九章 通过利益衡量确定习惯法的方法 / 362

第一节 法律确信的得出需要价值判断 / 363

第二节 司法如何面对利益冲突的衡量和抉择 / 389

第三节 通过利益衡量调和法律与习惯的冲突 / 395

参考文献 / 405

后 记 / 422

第一章

习惯法研究的基本范式及其反思

第一节 习惯法研究的基本范式

自从1996年梁治平先生在其著作《清代习惯法：社会与国家》中提出“民间法”的概念以来，中国法学界民间法的研究可谓蔚为大观。随梁治平之后，苏力的《法治及其本土资源》以其独特的叙事方式再次将民间法推向了法学界，这一力作在法治现代化思潮中掀起的“法治保守主义思潮”起到了法学研究的“鲰鱼效应”，^{〔1〕}

〔1〕 尽管苏力先生称自己也是现代主义者，他认为自己“从来没有讲过法治的本土化”，而只是谈到“法治研究的本土化”，但是苏力作为作者已经在他创作的文

令更多的学者对民间法瞩目关注。其中以谢晖先生为代表的学术群体对民间法的研究显得更有声势，他主持的《民间法》年刊已经形成了民间法研究的理论阵地。尽管民间法作为一种研究方法引起了知识分子对理性建构的精英主义思想路线的警惕，并为研究范式从“书本中的法”向“行动中的法”的转向提供了理论契机，但是，自从民间法这一语汇诞生以来，概念的模糊与话语的纷杂就在民间法的研究中相伴而生。因此，笔者认为，在转型时期的中国社会，民间法仍然不能作为一种成熟的研究范式存在，^{〔1〕}出于对形式主义和法条主义的学术反思，民间习惯法研究作为“法治进程中的知识转变”逐步成为法科中的显学。以梁治平为代表的“法律文化论”将视域投向了历史典籍中试图挖掘本土的法学智慧或者在民间的草根文化中建立法治的本土根基；以苏力为代表的“本土资源论”则试图超越传统和现代的对立对“地方性知识”进行价值重估，以对抗法律移植的变法逻辑。“法律文化论”与“本土资源论”因存在不同的问题旨向而具有相异的研究进路，前者着力于习惯法的意义探究，而后者则致力于习惯法的功能分析，研究进路的不同代表着背景知识的差异，但是学术界对习惯法的共同关注均以国家与社会这一整体性的分析框架作为前提。因此，在展开具体研究前，本书正是出于对国家与社会范式的知识清理，基于中国独特的社会文化情境，对这一范式于中国民间习惯法研究的适用限度进行理论反思。

本中死亡，更多的是留给读者的理解和争议。对苏力“本土资源”观点的评论性文章颇多，如强世功：“暗夜的穿透者——对《法治及其本土资源》的解读”，“再论法治的本土资源”；赵晓力：“法治及其本土资源序”；萧翰：“认真对待苏力”；沈岍：“法律移植论和自由选择的制度实践”；徐忠明：“解读本土资源与中国法治建设”；田成有：“苏力法学研究的特点、方法与问题商榷”；等等。

〔1〕 有学者将民间法作为范式来研究，参见厉尽国：“法学研究中的‘民间法’范式”，载谢晖、陈金钊主编：《民间法》（第四卷），山东人民出版社2005年版。

一、“国家与社会”范式的原初理论旨趣

在西方社会科学的话语情境中，“国家与社会”范式来自于“市民社会与政治国家”的概念构架，这一概念构架近年来逐步成为研究中国近代社会历史和当代中国社会的一个基本的模式或者说流行的思想路径。但是，市民社会研究范式的流行在带给学术界一度繁荣的同时，也因为其自身内涵的多重性而一度将社会理论引入纷繁复杂、莫衷一是的危险境地。因此，在探讨这一研究范式对民间法的适用限度之前，有必要探讨这一范式的基本理论旨趣，针对不同的社会情境对市民社会理论和国家—社会范式进行必要的概念清理。

在关于市民社会理论的诸多学说中，市民社会既是一种经验性范畴，同时又是一种规范性话语，作为经验性范畴的市民社会理论展现了市民社会的描述性意蕴，而作为规范性话语的市民社会理论则体现了市民社会的价值蕴涵。市民社会的双重意蕴体现了中国市民社会话语的两个不同题域，“一是对市民社会这一源出于西方历史经验的社会模式能否在中国作为一种社会实体加以建构的论辩，二是对市民社会作为一种解释模式所反映出来的‘现代与传统’的思维架构及其理论预设中的各种理论问题而进行的论争”。^{〔1〕}作为社会实体的市民社会理论是与资本主义市场经济出现之前的“前市民社会”相对应的，前市民社会依靠明确的身份制和先天的等级制以及伦理力量实现社会整合，并达到私人领域和公共领域的统一，“市民社会是一个由私人利益关系构成的市民的社会，在这里私人利益获得了独立存在及其维护的正当性，公域与私域的区分获得了必要性；市民社会是一个公民的社会，在这里社会成员间摆脱了人身依附性，他们以平等、契约的方式组成自己的社会生活，平等、自由精神与社会的人权意识成了这个社会的基本价值信条；市民社

〔1〕 邓正来：《市民社会理论的研究》，中国政法大学出版社2002年版，第126页。