

民间法与法治社会

MINJIANFA YU FAZHI SHEHUI

吕廷君 著

 人民出版社

中共北京市党委党校 北京行政学院学术文库系列丛书

民间法与法治社会

MINJIANFA YU FAZHI SHEHUI

吕廷君 著



人民教育出版社

责任编辑:邓创业

封面设计:姚 菲

责任校对:吕 飞

图书在版编目(CIP)数据

民间法与法治社会/吕廷君 著. —北京:人民出版社,2016.12

ISBN 978-7-01-017209-5

I. ①民… II. ①吕… III. ①习惯法-研究-中国 ②社会主义法制-
建设-研究-中国 IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 324006 号

民间法与法治社会

MINJIANFA YU FAZHI SHEHUI

吕廷君 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京市东城区隆福寺街 99 号)

北京中科印刷有限公司印刷 新华书店经销

2016 年 12 月第 1 版 2016 年 12 月北京第 1 次印刷

开本:710 毫米×1000 毫米 1/16 印张:19.75

字数:290 千字

ISBN 978-7-01-017209-5 定价:48.00 元

邮购地址 100706 北京市东城区隆福寺街 99 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

版权所有·侵权必究

凡购买本社图书,如有印制质量问题,我社负责调换。

服务电话:(010)65250042

《民间法与法治社会》一书紧扣主题，既关注诸如民间法的社会权力基础、民间法的回应性等一般理论问题，亦探索诸如菜刀禁忌、谣言控制等民间法的实践问题；既探究诸如订婚习惯、乡规民约等传统民间法的领域，也深察诸如微信社会、民间权力等民间法的新兴领域。可谓纵向深入、横向宏阔，把民间法的研究搭架在波澜壮阔的中国构建法治社会的现实需要中。从中可见温情对待具体文化情境，对国情复杂、文化多元的国家构建法治的意义所在。

——谢晖（中南大学法学院特聘教授、博士生导师）

“礼失而求诸野”，法治亦当求助民间。《民间法与法治社会》描绘了民间法的诸面相，铺设了通往法治社会的新路径，必能启迪学思，嘉惠学林，滋养法治，堪称新时代的“吕氏法治春秋”。

——喻中（首都经济贸易大学法学院院长、教授、博士生导师）

中国法治建设一向被认为是政府推进型法治模式，如此一来民间法与民间社会的正向功能极易受到遮蔽。事实上，如果没有良好的社会规则基础和深具守法精神的公民构铸的社会根基，法治社会建设势成缘木求鱼。《民间法与法治社会》所揭示的，正是那些法治社会建设所必需而又难以得到宏大叙事注目的重要而细致的社会规范原理，值得时人品读、时世汲取。

——魏治勋（山东大学法学院教授、博士生导师）

当前学界有个很有意思的现象：有些论者倡导面向本土，却动辄黑格尔、福柯或美国联邦宪法；有些论者强调理论思考的中国主体

性，却似乎对“何谓中国”“何谓当下中国”压根儿没有兴趣。在这样略显吊诡的氛围中，《民间法与法治社会》对当下中国民间法所作的踏实调研、厚重思考以及蕴于其中的深度本土关怀，就显得特别难能可贵。因此，本书虽无哗众取宠的口号或亮丽光鲜的包装，却值得所有真正关心中国法治问题的人认真对待。

——周赞（厦门大学法学院教授、博士生导师）

法治既是一种理想的追求，也是一种生活的方式；法治不是西方社会的专利，而是人们社会生活的现实需求。看见就是你所能看见的，生活的精彩超乎我们的想象。《民间法与法治社会》借助民间法思维的一双慧眼，在谣言、婚约、微信这些看似平常的社会现象中，看见了社会权力的运行轨迹，深入其中，一幅法治社会的图景在我们的眼前一一展现出来。让我们一起把这个世界看得清清楚楚、明明白白……

——李学兰（宁波大学教务处处长、法学院教授）

国家治理的现代性建构，以善治为基本目标。对于中国这样一个统一的多民族国家而言，要实现善治，除了全面推进依照国家法的治理之外，还应当充分关注作为小传统的民间法。《民间法与法治社会》就经典地展现了民间法参与多元共治的逻辑可能、话语表达和治理实践，为中国特色国家治理模式之建构展现出了一幅全新的图景。

——钱锦宇（西北政法大学人权研究院副院长、行政法学院教授）

法治社会与法治思维绝不是无法具体和细化的民间日常生活。它存在于民众的婚丧嫁娶习俗中；存在于锅碗瓢盆菜刀使用的禁忌中；存在于你我微信交流的谣言识别中；存在于乡间闾里的自治规约中。《民间法与法治社会》一书，精细地深描了中国北方农村的人民的日常理性和传统社会的自治规则，展现了社会对秩序的追求路径，

为法治的本土资源做了完整的人类学诠释，使法治社会的目标变得清晰可见。

——淡乐蓉（青海民族大学法学院教授）

民间法是传统乡村社会的“经络”，能否成为现代法治社会的“经络”呢？这个问题值得研究，答案值得期待。《民间法与法治社会》从两个角度和一个侧面回答了这个问题。两个角度分别是社会权力理论和具体的民间法，一个侧面则是“跋”：《思想的芦苇——追忆民间社会的祖父与父亲》。跋文很长，是一个近代社会小人物的故事，但折射出了民间社会人际交往的诸多规范，更反映了近代中国之国家权力对民间社会嵌入的范围和程度，令人回味，值得反思。

——王月峰（北京政法职业学院应用法律系副教授）

自序：民间法研究的时代意义

民间法研究是一种起于青萍之末的学术研究，与当代法治的宏大叙事相比，民间法研究似乎显得微不足道，这种认识与民间法的研究对象有一定关系。民间法的研究对象常常聚焦于家法族规、村规民约、交易习惯和民风民俗等不被现代法治重视的领域，这些领域经常被认为是传统社会的“遗老遗少”，是应当被现代文明所舍弃的沉渣糟粕。因此，如何客观准确地认识民间法和民间法研究，进一步说，如何认识民间法研究对于法治社会建设的意义就成为一个绕不开的问题。

民间法及其研究虽现于微末，却不乏微言之大义。

民间法是社会秩序构造的基础规则。诚然，国家法是社会秩序构造的主要规范，传统社会如此，现代社会也是如此。但是，从人们的交往秩序形成来看，并非时时处处依靠国家法规范，相反的，人们的交往行为更多地依赖于习惯风俗等民间法规范。这不仅在传统乡村社会可以窥见，即使现代民间社会的家庭关系、邻里关系也常常以家庭伦理、民间习惯来建构和维持。订婚习惯法在传统和现代社会规范订婚行为所起的作用已经越来越受到包括法院在内的国家权力的重视，这主要由民间订婚习惯法之于民间社会构造的基础意义所决定。一般的家庭关系、邻里关系，甚至城乡的陌生人之间的关系，莫不以民间习惯作为基础的构成性规则。所以，埃利希才说：“要想把全部的人类活动都包入法律条文，就像把河流纳入池塘



的企图一样愚蠢。”^①在这个意义上，“故人间秩序者，国家法与民间法相须而成也”。^②

民间法规范是社会秩序构造的“活法”。活法是有生命力的法，是塑造人们的生活却又不易被察觉的法，是庞德所说的“行动中的法”和“生活中的法”。活法属性决定着民间法的较强的适应性和自然天成的实效性，民间法如水，自然流淌于社会秩序的每一个构造维度之中；民间法如雨，被自然万物所吸纳而难拒。所以，鲜活的民间法规范游走于社会秩序的每一个关系之中，效力彰显却难以被主体所意识。因为民间法的活法属性既是顺应自然法的自然规律性，又符合了人的生命属性，民间法的活法属性与人的生命属性浑然天成，不可分割。正是在这个意义上，埃利希才说“活法是支配生活本身的法，即使它未曾在法律命题中被陈述过”。^③

民间法研究是对社会秩序和人类生活本身的研究。包括国家法、民间法和道德伦理等规范在内的所有人类规范都来源于人类社会，根源于人的生活。民间法规范是社会秩序和人类生活的经纬线，虽然民间法规范网络有时层次不甚分明、时稀时密、此稀彼密，但其在不易察觉和发现的时空中发挥的基础作用的确不容小觑。因此，我们的民间法研究常常就是对社会秩序和人类生活本身的研究，这既需要我们具有独具慧眼的识别洞察力，还需要我们具有剥离民间规范于社会生活的庖丁解牛之术。从这个角度看，民间法研究与法人类学、法社会学有许多重合的领域和方法，民间法研究的确不是一门轻松的学问。

民间法研究是对国家法和民间法互动关系的研究。我们在强调民间法独立于国家法的地位、强调民间法作为独立学科的价值的时候，并不意味着我们忽视民间法与国家法互动关系的研究。相反的，我们认为，民间法

① [奥] 欧根·埃利希：《法社会学方法——关于“活法”的研究》，张菁译，《山东大学学报（哲学社会科学版）》2006年第3期。

② 谢晖：《民间法年刊总序》，载谢晖、陈金钊主编：《民间法》（第1卷），山东人民出版社2002年版，总序第2页。

③ [奥] 欧根·埃利希：《法社会学方法——关于“活法”的研究》，张菁译，《山东大学学报（哲学社会科学版）》2006年第3期。

与国家法互动关系的研究是民间法研究的一个重要领域。传统中国,“国家消融在社会里面,社会与国家相浑融”。^①现代法治社会则是国家法与民间法共同构筑的多元社会,民间法不仅仅是“地方性知识”,有时也会成为具有一定普适性的“国家知识”;国家法也不仅体现规范的一般性和普适性,也越来越回应和关照规范的特殊性和个别性。因此,民间法研究是以民间法为基础的对整个法治国家、法治政府和法治社会的研究,也必将为法治中国建设提供理论帮助和智力支持。

关注民间法研究起源于我的导师谢晖教授的传道授业,也可以说是谢晖教授民间法研究的感召力和《民间法》年刊的召唤使然。谢晖教授致力于民间法研究已近20年,在这个过程中,他的民间法研究团队越来越壮大、成果也越来越丰硕,对于我国的立法、司法等法治实践也作出了卓越贡献。作为这个研究团队的一员,我倍感荣幸,也深感压力山大。

从事干部教育工作后,一直没有离开民间法研究领域的我,常常思考“民间法研究对于法治社会、法治国家建构的意义在哪里”这个问题。对于这个问题的思考虽然体现出了实用主义的法治思维倾向,但作为社会科学中的“技术”的法学不就是要解决实际问题吗?因此,我认为,民间法研究必须关注和回应当代法治发展的现实问题,为当代法治建设添砖加瓦是民间法研究不容回避的历史责任。中国共产党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出:“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。”这是党的重要文献中第一次明确民间法在社会治理中的重要地位,这不仅为我们的法治社会建设提供了更加广阔的视野和空间,也为我们民间法研究提供了重要的理论依据和政策支撑。

《民间法与法治社会》是我民间法研究的学术记录。我早期的民间法研究侧重于实证调研,以两次订婚习惯法的社会调查为代表,也包括关于菜刀禁忌、谣言规制等民间规范的研究。随着民间法研究的逐步深入,侧

① 梁漱溟:《中国文化要义》,上海人民出版社2005年版,第147页。



重于以社会权力为分析工具的民间法理论研究越来越多，民间权威、民间司法、民间信仰、回应型民间法等相关研究纳入我的研究视野。近几年来，微信的社会权力与民间规范的理论研究与实证研究引起了我的兴趣，这也算是我对民间法研究关注和回应社会热点和前沿问题的一个回应。总之，民间法研究既是一种对法文化传统和法治传统的整理、反思与回望，也是一种对当代法治文化和现代法治的梳理、关切与整合。

在民间法研究的十余年间，我不仅受到了来自谢晖教授的耳提面命和谆谆教诲，而且还受到了来自同门师兄弟的许多关怀和帮助，喻中、魏治勋、周贇、韩德强、李学兰、黄金兰、厉尽国、张晓萍、淡乐蓉、彭中礼、钱锦宇等同学给予的学术帮助和深情厚谊令我感怀；《山东大学学报》的李春明和林舒、《法学论坛》的吴岩、《理论探索》的杨在平、《中共中央党校学报》的刘学侠、《新视野》的李燕奇和高寿仙、《北京行政学院学报》的袁吉富和鄂振辉、《求是学刊》的康敬奎、《学习与探索》的冯向辉、《山东警察学院学报》的李锡海和解永照、《甘肃政法学院学报》的史玉成和王存河、《原生态民族文化学刊》的吴平、《法制日报》的秦平、《北京日报》的魏志奇、《人民法院报》的宁杰、《中国社会科学报》的郭烁等多位编辑老师给予我的学术支持和无私帮助令我难忘；人民出版社的邓创业编辑在本书出版过程中的学术建议和周到安排令我钦佩；我的夫人王月峰和儿子吕天时对我的悉心照顾和情感慰藉是我学术研究的源源动力。

《论语》有言：“贤贤易色；事父母，能竭其力；事君，能致其身；与朋友交，言而有信。”作为学者，我们的学术研究不仅秉承“贤贤易色”和“言而有信”的行为风范，而且还要始终为家庭、为国家竭尽全力，奉献所能。只有这样，我们才不会“耿耿不寐，如有隐忧”，才无愧于这个国家、无愧于这个时代。

吕廷君

2016年11月16日

目 录

Contents

导论 法治思维视角的民间法思维	1
一、习惯权利思维	2
二、民间权力思维	6
三、民间规范思维	10
四、道义思维	14
第一章 民间法基础理论	23
第一节 民间法的社会权力基础	25
一、民间法的原始起源	25
二、社会权力及其规定性	27
三、社会权力视角的民间法及其规定性	30
四、民间法的社会权力基础	33
第二节 社会自治的民间法资源	37
一、社会自治的消极自由权依据	37
二、社会自治的社会权力基础	41
三、民间法的效力与实效	45
四、社会自治的民间法资源	48
第三节 “社会结构理论”与回应型民间法	53
一、社会三元结构理论	54



二、“社会三元结构理论”对民间法的可能意义	56
三、社会结构多元与回应型民间法	60

第二章 具体的民间法

66

第一节 “菜刀禁忌”的起源与本质	68
一、“菜刀禁忌”规范	69
二、“菜刀禁忌”的起源	72
三、“菜刀禁忌”的本质：对生物本能的第一次规范性控制	75
第二节 谣言的社会权力分析	78
一、谣言的规范属性	79
二、作为一种社会权力的谣言	83
三、权力如何规制谣言？	87
第三节 乡规民约的效力基础	92
一、乡规民约的内涵和外延	92
二、乡规民约的效力和实效	96
三、乡规民约的效力基础之一：社会权力	100
四、乡规民约的效力基础之二：国家权力	107
五、社会权力与国家权力的互动关系	114
第四节 订婚制度的历史流变及法理分析	121
一、我国订婚制度的历史流变	122
二、西方订婚制度及其与我国订婚制度的差异	132
三、订婚制度的法理分析	138
第五节 关于民间订婚习惯的调查报告	148
一、订婚习惯	149
二、订婚程序	150
三、订婚彩礼	153
四、媒人	155
五、订婚后的同居现象	157

六、订婚的约束力	158
七、订婚年龄	159
八、订婚立法	160
九、婚书	161
第三章 微信的社会权力分析	166
第一节 微信的权利空间	168
一、重构个人的精神权利空间	168
二、赋予财产权新内涵、财富实现新渠道	172
三、提高公众知情权的实现效率	176
四、提高公众参与权的实现程度	178
五、结语：行走在习惯权利的延长线上	182
第二节 微信的技术权力之维	184
一、技术权力的概念	185
二、微信的技术权力分析	186
三、技术权利的后果	191
四、微信时代的社会治理	193
五、结语：技术权力的法治思维	196
第三节 微信社群及其规制	198
一、社群的概念	198
二、微信社群的构成要素	201
三、微信社群的民间规范	206
四、微信社群的规范体系	211
第四章 民间权力与民间司法	218
第一节 民间权力的概念	220
一、民间权力：社会权力的中国话语	221
二、民间权力的构成要素	224



三、民间权力的功能	229
四、民间权力的法治面向	232
第二节 民间信仰的权力分析	234
一、作为行为和制度的民间信仰	235
二、民间信仰的国家权力分析	237
三、民间信仰的民间权力分析	241
四、面向法治社会的民间信仰	247
第三节 民间司法的概念	251
一、有关民间司法的三段记述	252
二、民间司法的社会权力基础	256
三、民间司法主体：权威人物和社会组织	258
四、民间司法的规则依据与适用方法	260
第四节 民间司法的“情、理、法”	264
一、民间司法的“情”	264
二、民间司法的“理”	268
三、民间司法的“法”	271
四、“情理法”的民间司法适用总原则	274
跋 思想的芦苇	277

导论 法治思维视角的民间法思维

“法律之所以能构造主体的规范生活，端在于法律自身对主体生活的照应、提炼与回护。这一由生活到法律，再由法律到生活的回环型命题，彰显着一国的法治建设如果决然抛开自家的文化传统，割断自己的法制经验，我们收获的可能是法治的外观，我们失去的，则是法治赖以生存的文化基础和生活事实。”（谢晖：《主体中国、民间法与法治》，《东岳论丛》2011年第8期。）

与法律思维强调根据法律的思维不同，法治思维除了强调根据法律的思维之外，更强调所根据的法律的多元性和多样性。也就是说，法律思维所根据的法律主要是指国家制定法，而法治思维所根据“法律”则是一个包括国家制定法、政策、党的纪律规范和民间习惯法等主体多元、形式多样的规则体系。与法律思维的单向度、单维度相比，法治思维还强调思维空间的多向度和多维度。也可以说，法律思维指向国家法律如何贯彻到社会实践之中的单一向度和单一维度，但法治思维不仅包括法律思维这个向度和维度，还包括某些重要的国家政策，如《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十三个五年规划的建议》和《促进大数据发展行动纲要》等国家战略如何在社会各界贯彻实施；包括党的纪律规范如何在党员领导干部和普通党员中加以落实；还包括产生于民间组织、社会自身的民间法规范如何在相应的效力范围内发挥应有效力；等等。更重要的是，法治思维



还强调在贯彻实施这些多元多样规则过程中,社会如何形成对规则的反馈机制,以及多元多样规则在法治实践中的彼此影响和相互作用。总之,法治思维是一种莫基于形式多样、内涵丰富的规则体系之上的交叉互动、立体多维的思维形式。与法律思维相比,法治思维是一个内涵更丰富、外延更广泛的概念。

也正是在这个意义上,我们说,在法治国家、法治政府和法治社会建设一体化建设方面,法治思维更加符合运用法治方式认识、分析问题和解决问题的一般规律。因为法治思维的立体化、多维度正好与法治国家、法治政府和法治社会的综合性不谋而合。

法治思维认识事物的全新视角和方法为民间法思维开启了方法论之门。民间法思维不再是简单地依据民间法规则的思维,而是依据民间法精神、原则和规范的多元化思维,民间法思维也不仅仅是单一的民间社会指向的思维,而是国家、政府、社会和民众交互作用的立体化思维。具体说来,我们可以从以下几个方面来认识民间法思维。

一、习惯权利思维

“习惯权利是人们在长期的社会生活过程中形成的或从先前的社会传下来的,或由人们约定俗成的,存在于人们的意识和社会惯常中,并表现为群体性、重复性自由行动的一种权利。”^①“习惯权利针对法定权利而言,它是指一定社区内社会主体根据包括社会习俗在内的民间规范而享有自己为或不为;或者对抗(请求)他人为或不为一定行为的社会资格。”^②以上关于习惯权利的定义或多或少的是以国家法为参照系、以理论法学的权利义务为标准展开的,并着重强调了习惯权利产生于社会(而非国家)、依靠民间法规范(而非国家法)运行、具有群体性特征、具有自由意志性等属性。从这些基本的认知出发,我们可以从习惯权利起源上的习惯性、内

① 张文显:《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社2001年版,第313页。

② 谢晖:《民间规范与习惯权利》,《现代法学》2005年第2期。

容上的利益性、价值上的正当性，以及运行上的规范性等几个方面对习惯权利进行分析研究。

从起源上说，习惯权利起源于某个群体对利益表达方式的约定俗成，并表现为一个逐步习惯和固化的渐进过程，在这个过程中，权利的内容和形式被群体逐步客观化、客体化，并最终形成人们的认知习惯和思维模式。在起源意义上认识习惯权利，这不仅昭示着习惯权利是先于国家制定法意义上的法定权利，而且还意味着习惯权利是先于后起的社会权力^①。这有助于我们厘清习惯权利、法定权利、社会权力和国家权力之间的关系，并形成习惯权利本源，法定权利、社会权力和国家权力派生的基本的法治思维框架。

习惯权利在内容上具有利益性。利益性是权利的本质属性，是指主体享有的对某种好处的诉求。因此，权利的利益性包含着好处和对好处的诉求两层含义。“权利”中的“权”有权衡利弊之意，表达的是对利益、好处的衡量；而“权利”中的“利”则是好处、利益等对主体有正向价值的核心内涵。我们可以想象，蒙昧时代的权利指向的“好处”可能仅指人们赖以生存的物质财富，后来逐步演化到包括身份、等级、地位和权力等非物质财富。而且，有学者认为，在中西方文化中，权利的利益性表现也具有不同侧重。与我国传统文化更加强调权利的利益性、忽视权利的正当性相比，西方法治文化则更加强调权利的正当性与利益性的统一。^②也正是在这个意义上，我们认为，权利的利益性所包含的利益诉求恰恰是利益、好处上升为法治意义上的权利的最根本规定性。我国传统文化中，“权利”之利益诉求的权衡，可能更多的是考虑利益好处的人际关系，也就是我要得到这个好处会影响到谁、谁会提出异议甚至反对；而西方法治文化中，“权利”之利益诉求更加强调的是权利的正当性，即我要得到的这个权利

① 当然，习惯权利更先于国家权力，国家权力是从社会权力派生而来。详见吕廷君著《山东人民出版社2007年版〈消极自由的宪政价值〉》。

② 参见郑虎潼：《利益性与正当性：试析中西方对“权利”的认识差异》，《广西政法管理干部学院学报》2011年第2期。