

民间法

第一卷

图书在版编目(CIP)数据

民间法·第一卷 / 主持人：谢晖，陈金钊. - 济南：山东人民出版社，2002.3

ISBN 7-209-02956-7

. 民... . 谢... 陈... . 习惯法-研究
-中国-文集 . D923.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2002)第014385号

民间法(第一卷)

主持人 谢晖 陈金钊

山东人民出版社出版发行

(社址：济南经九路胜利大街39号 邮政编码：250001)

<http://www.sd-book.com.cn>

新华书店经销 日照日报社印刷厂印刷

*

880 × 1230毫米 32 开本 13.375印张 2插页 350 千字

2002年3月第1版 2002年3月第1次印刷

印数 1-3000

ISBN 7-209-02956-7

D·720 定价：28.00元

《民间法》年刊总序

自文明时代以来，人类秩序，既因国家正式法而成，亦藉民间非正式法而就。然法律学术所关注者每每为国家正式法。此种传统，在近代大学法学教育产生以还即为定制。被谓之人类近代高等教育始创专业之法律学，实乃国家法的法理。究其因，盖在该专业训练之宗旨，在培养所谓贯彻国家法意之工匠——法律家。

诚然，国家法之于人类秩序构造，居功甚伟，即使社会与国家分化日炽之如今，前者需求及依赖于后者，并未根本改观；国家法及国家主义之法理，仍旧回荡并主导法苑。奉宗分析实证之法学流派，固守国家命令之田地，立志于法学之纯粹，其坚定之志，实令人钦佩；其对法治之为形式理性之护卫，也有目共睹，无须多言。

在吾国，如是汲汲于国家（阶级）旨意之法理，久为法科学子所知悉。但不无遗憾者在于：过度执著于国家法，过分守持于阶级意志，终究令法律与秩序关联之理念日渐远离人心，反使该论庶几沦为解构法治秩序之刀具，排斥法律调节之由头。法治理想并未因之焕然大光，反而因之黯然神伤。此不能不令人忧思者！

所以然者何？吾人以为有如下两端：

一曰吾国之法理，专注于规范实证法学所谓法律本质之旨趣，而放弃其缜密严谨之逻辑与方法，其结果舍本逐

末，最终所授予人者，不过御用工具耳（非马克斯·韦伯“工具理性”视角之工具）。以此“推进”法治，其效果若何，不说也知。

二曰人类秩序之达成，非惟国家法一端之功劳。国家仅藉以强制力量维持其秩序，其过分行使，必致生民往还，惶惶如也。而自生于民间之规则，更妥贴地维系人们日常交往之秩序。西洋法制传统中之普通法系和大陆法系，不论其操持的理性有如何差异，对相关地方习惯之汲取吸收，并无沟裂。国家法之坐大独霸，实赖民间法之辅佐充实。是以19世纪中叶、特别20世纪以降，社会实证观念后来居上，冲击规范实证法学之壁垒，修补国家法律调整之不足。在吾国，其影响所及，终至于国家立法之走向。民国时期，当局立法（民法）之一重大举措即深入民间，调查民、商事习惯，终成中华民、商事习惯之盛典巨录，亦成就了迄今为止中华历史上最重大之民、商事立法。

可见，国家法与民间法，实乃互动之存在。互动者，国家法借民间法而落其根、坐其实；民间法藉国家法而显其华、壮其声。不仅如此，两者作为各自自治的事物，自表面看，分理社会秩序之某一方面；但深究其实质，则共筑人间安全之坚固堤坝。即两者之共同旨趣，在构织人类交往行动之秩序。自古迄今，国家法虽为江山社稷安全之必备，然民间法亦为人类交往秩序所必须。故人间秩序者，国家法与民间法相须而成也。此种情形，古今中外，概莫能外。因之，此一结论，可谓“放之四海而皆准”。凡关注当今国家秩序、黎民生计者，倘弃民间法及民间自生秩序于不顾，即令有谔谔之声，煌煌巨著，也不啻无病呻吟、纸上谈兵，终其然于事无补。

近数年来，吾国法学界重社会实证之风日盛，其中不乏关注民间法问题者。此外，社会学界及其他学界也自觉介入该问题，致使民间法研究蔚然成风。纵使坚守国家法一元论者，亦在认真对待民间法。可以肯定，此不惟预示吾国盛行日久之传统法学将转型，亦且表明其法治资源选取之多元。为使民间法研究者之辛勤耕耘成果得一展示田地，鄙人经与合作既久之山东人民出版社洽商，决定出版《民间法》年刊。

本刊宗旨，大致如下：

一为团结有志于民间法调查、整理与研究之全体同仁，共创民间法之法理，以为中国法学现代化之参照；

二为通过研究，促进民间法与官方法之比照交流，俾使两者构造秩序之功能互补，以为中国法制现代化之支持；

三为挖掘、整理中外民间法之材料，尤其于当代特定主体生活仍不可或缺、鲜活有效之规范，以为促进、繁荣民间法学术研究之根据；

四为推进民间法及其研究之中外交流，比较、推知相异法律制度的不同文化基础，以为中国法律学术独辟蹊径之视窗。

凡此四者，皆须相关同仁协力共进，始成正果。故鄙人不揣冒昧，吁请天下有志于此道者，精诚团结、互为支持，以辟法学之新路、开法制之坦途。倘果真如此，则不惟遂本刊之宗旨，亦能致事功之实效。此乃编者所翘首以待者。

是为序。

天水学士谢晖

序于公元2002年1月10日

目 录

《民间法》年刊总序..... 谢 晖 (1)

学 理 探 讨

乡土社会中的国家法与民间法..... 田成有 (1)

民间法：法律的一种民间记忆..... 谭岳奇 (30)

民间法初探..... 马存利 李 晨 (41)

论习惯法的概念与特征..... 曹艳芝 (48)

民间习俗与国家法律关系初探..... 王宏瓔 王存河 (56)

初论民间法及其与国家法的关系..... 黄金兰 周 贇 (64)

制 度 分 析

试论民间社会规范与国家法的统一适用..... 范 愉 (78)

关于少数民族习惯法文化与法制现代化的思考..... 王学辉 (117)

乡村社会的秩序与纠纷处理..... 张立伟 (144)

法治进程与法律文化建设研究

——以司法文化形态与建设为中心..... 张薇薇 (155)

认真对待基层人民调解制度..... 翁开心 (172)

订婚制度的演变及其法理透视..... 吕廷君 (190)

社 会 调 研

习惯法与羌族习惯法..... 俞荣根 (218)

法律多元中的民间法文化

——羌族议话评制度研究..... 龙大轩 (226)

百年来苗族习惯法的遗存、传承与时代性变化

——贵州苗族习惯法的调查报告..... 徐晓光 (245)

乡土社会纠纷解决中的个人理性、社群意志和国家观念

——对一纠纷个案的法人类学分析..... 王 鑫 (271)

中国的乡村社区与法律供给

——两个案例引发的思考..... 姜 峰 (286)

中国乡村社会法治化的三大羁绊

——对周广立现象的思考..... 薛 珍 (298)

经验解释

关于陵县经验的两则背景资料..... (312)

一、陵县土桥镇有个司法调解中心..... 纪德伟 李耐勇 (313)

二、乡镇司法调解中心运作机制..... (314)

官方主持下的调解

——对陵县乡镇司法调解中心的法理学思考..... 桑本谦 (316)

陵县如何经验法治..... 夏贞鹏 (331)

识得“庐山真面目”

——对陵县乡镇司法调解中心的分析..... 马永华 (354)

域外视窗

债务人因部分履行给债权人增加累赘的情形较为少见

——对《德国民法典》第266条的质疑

..... [德] 罗尔夫·克努特尔 田土永译 (367)

论非洲习惯法的现代化..... 洪永红 (378)

文献资料

《孔府档案》等有关孔氏家族宗族法资料选摘..... 袁兆春整理 (392)

乡土社会中的国家法与民间法

田成有

如果说，在传统乡土社会里，从整体上讲是疏离和松弱国家法，国家法是萎缩的，民间法〔1〕显得活跃与兴盛，那么，随着近现代以来农村的变革与转型，这种状况在当今农村有无发生转变，以及是如何发生转变的呢？

在中国近代，传统乡土农村进入了空前的解体、动荡和组织重构的时期。鸦片战争唤醒了民族主义，真正意义上的民族——国家开始得以构建，此时国家的概念已突破了文化识别意义上的概念，而更多地具有了主权与政治的含义。国家的一大核心内容就是要建立合理化的官僚制度，将国家权力深入到基层社会，加强国家对乡村社会的监控和动员能力。但是直至解放前，乡村社会的状况总体上仍处于费孝通先生所说的“处于蜕变过程中”的层面上，属于国家“法治秩序”与“礼治秩序”、“德治秩序”、“人治秩序”、“宗法秩序”等交错并存的“多元混合秩序”这样一种格局，或者说国家法仍然是疏离和松弱的，而民间法还很管用。

中国共产党执政后，国家高度重视“三农问题”。在农村通过实行彻底的土地改革，结束了地主乡绅在农村的统治，通过逐步推行和

〔1〕讲到民间法，便牵涉到“什么是法”的争论。严格说来，从马克思主义关于法律的国家立场看，民间法不是法律，而是一种规范，民间法这一提法是从社会学或人类学的角度分析的。本文中所指的民间法主要从这一角度分析的，它只能限定在学者们分析问题时的一个分析性概念使用，而不能把它当成是一个与国家法相对应的分类概念使用，或者说，它只能限定在有价值上、学理上的意义，而没有功能上的和文字上的意义。对民间法这一提法要慎重。为便于探讨，本文仍然使用民间法这一概念。

提高合作化及公有化程度，国家对乡村社会的整合放在一个极其重要的位置，土地改革、合作化运动直至实行人民公社化，有力地冲击和改变了农村的基本组织和控制方式。特别是公社化运动，全面影响和改变了农村社会生活的各个领域和农民世代沿袭的生产、生活方式。“公社化造就了一套自上而下的经济控制与行政控制网络，使得国家权力对乡村社会的渗入和控制达到了前所未有的规模和深度”。〔2〕人民公社是在超经济的政治强制下运作的，农民的迁徙自由，流动自由受到限制，家庭、宗族、村落的生活功能被大大压缩，一些传统的风俗习惯和交往方式或者被批判、被禁止，或者被纳入人民公社的轨道，农民只是在公社留下的空隙中继续像他们的前辈一样待人处事。如黄宗智所说：“解放后的政权比明清时代的国家权力更垂直地深入社会基层，不管是通过党支部还是生产队长，每个农民都直接感受到了国家的权力”，“随着解放后国家权力的扩大，最重要的关系已经换成国家政权与农民的关系”〔3〕

从理论上说，现代民族国家的形成，它要求做到规则的统一和国家强力的垄断，地方性规则在这一过程中要逐渐丧失其正统性和分散性，国家要以一套建构的理想化标准把民众的生活“拉入”到国家建设的整体进程中，因而1949年以后，国家权力在乡村的加强，其结果使得乡村社会成为国家权力荫庇下的一分子，整个社会接受国家一体化的权力管辖。在这种情况下，应当说，国家凭借它的强制力，完全有能力渗透到原来为社会控制和主宰的范围，国家通过对社会的重新域化也完全能够获得对个人的直接监控，旧的社会关系也容易被统一的国家意识或“普遍性知识”所取代，特别是国家法律通过国家的强制作用能有意识地塑造我们的生活世界，将我们每个人的

〔2〕王铭铭：《乡土社会的秩序、公正与权威》，中国政法大学出版社1997年版，第418页。

〔3〕黄宗智：《长江三角洲小农家庭与乡村发展》，中华书局1992年版，转引自陈吉元、胡必亮：《当代中国的村庄经济与村落文化》，山西经济出版社1996年版，第212页。

行为都纳入一个预定的轨道内，将我们的生活环境、行为方式进行标准化和规则化。因而，应当说以国家面目出现的法律，具有国家意志属性的国家法在农村的推广和实施具备了前所未有的条件。然而，遗憾的是，作为一种起点或标志，传统乡土农村的转型与变迁并不必然导致国家法在农村推广的兴旺，中国农村的法律传统、法治土壤和法律环境也决定了它不具备这种兴旺的条件。建国后，中国乡村在政治全能主义的思想指导下，乡土农村社会高度压抑与萎缩，没有民主法制的传统培育与启蒙训练。受前苏联法学阶级斗争的影响，诞生于战争年代的政策大于法律的制约，以及更为重要的是生产力落后、商品经济不发达的现实，整个国家“无法无天”的大背景、大气候，都使得国家法律在农村建国后近30年的时间内，其实施和推广没有很好的效应与基础。

需要引起关注的是，80年代以来，以推行家庭承包制为开端，乡村的经济体制和社会状况发生了重大变化，“联产承包责任制开启了我国从传统社会向现代社会转型的按钮”。〔4〕人民公社制度结束之后，取而代之的是在原生产大队基础上普遍建立的村民委员会，通过制度创新，逐步成为独立的“法人行动者”。〔5〕十一届三中全会以来商品经济的发展促进了人们权利意识、主体意识、平等意识、契约意识的觉醒和不断强化，激发了人们对自己合法权利寻求法律保护的内在要求，控制方式也由过去的行政命令型、强制型向指导型、管理型过渡，如土地承包、粮棉定购等各种经济合同就取代了原来的行政命令和行政强制。特别是依法治国方略的确立，“三五”普法教育的影响，各种法律、法规的出台与实施，现代农村正摆脱“纯粹”传统乡土的意识，法律这一神圣的外在的东西，在农村也不是“纯粹”的“不入之地”，〔6〕法律被秋菊、被更多的农民讨着说法，打官司的人多

〔4〕参见王春光：《中国农村社会变迁》，云南人民出版社1996年版，第30页。

〔5〕参见周晓虹：《现代化进程中的中国农民》，南京大学出版社1998年版，第114页。

〔6〕此语出自强世功：《法律不入之地的民事调解》，载《比较法研究》1998年第3期。

了。

可见，1978年开始的农村改革，已使今日之农村不再是费孝通先生笔下典型的“乡土中国”形象，沿袭几千年的、以农为主的，或一辈子只能是生于斯、长于斯、死于斯的封闭式循环状态正在改变。这种改变，一个最大的特点是昔日以民间法调控为主的状况正在让位于国家法，乡土农村正从一个不流动的社会转化为一个日益流动的社会，农村不再是我们想像中的一个静止不变的“超稳定结构”的社会，更不是我们向往的真正传统意义上的伊甸园。20年来，市场经济的导向和民主政治在农村的推行使农民从幕后走到了前台，从传统走向了现代，农民的历史角色发生了深刻变化。他们不再是以一个旁观者，而是以参与者、实践者甚至是创造者的姿态投入到改革开放的历史进程中，发挥着重要的甚至是改变中国历史的作用。

在乡土农村近20年来的这种巨大转型与变迁中，我粗浅地对农村的法制状况进行这样的定位与描述：在现今乡土社会，农村的人际关系仍主要是血缘性的，但血缘关系的社会意义已基本消失，不再构成社会的主要基础，以契约形式为依据的社会关系正逐渐形成，封闭性的地缘关系随着农村人口的外流和流动杂居而在改变；按阶级、血缘划分的社会等级被打破，人们的社会等级和地位更多地由经济和法律所赋予；普法的深入和市场经济的冲击，国家法在农村的地位逐步上升，传统的礼俗和习惯等民间法地位在逐步下降但仍有影响；外部环境的变化与农民法律素质的提高，农民正在学着拿起现代的法律武器。然而他们又多不懂法律的运作程序和路径，国家法的运作和实施有问题，导致了民间法还有存活的市场。

能否这样认为，在中国社会的转型中，社会呈现出强烈的“二元结构特征”和各种新旧社会因素交杂的多层面的运动态势，我们深刻地体会到国家法与民间法交汇存在的无言与无奈，社会转型呈现的这种二元性特征、过渡性特征、不稳定性特征，在国家与社会的关系上出现了“两种行为标准的对立，即公共规则与个人活动领域规则的

对立”。〔7〕进而是两种社会秩序，两种社会状态或文化的对立。从总体趋势上讲，社会的转型变迁，农村现代化进程中对现代性因素的认同，“民间法”本身固有的缺陷，国家法制统一的必然要求，都必须确保国家法在乡土社会的全面控制。但是大量存在于农村的各种民间法又是客观存在的事实，是社会普遍共同认可的不成文的行为规范，它既简单又能帮助农民获得最大的效益，成为“内化”为村民心中非常管用的制约机制。显然，这些民间法，在短期内还不会按照我们学者推导的逻辑和理性需要，想当然地将其逼出农村这块领域，而完全让位于国家法的调控。面对社会呈现的二元对峙状况，我们该如何建立一套适合于乡土农村社会多元行为标准、多元秩序或多元社会文化形态的法律互动机制？如何看待和处理国家法与民间法的对峙与互动？国家法是给民间法留出相应的空间，还是通过国家强制力对其进行控制，以在短期内达到法治统一的目标？如何建构现代农村的法治秩序？等等，就是我提出来需要加以探讨和深思的“真问题”。

一、民间法引起关注的原因

进入90年代以来，法学界极为关注国家法之外的诸如习惯法、民间法的研究。之所以牵动学者们要关注和研究民间法，我认为有以下原因。

（一）挥之不去的传统回归

普遍认为，中国传统的乡土社会是一个“没有法律”的社会，虽说没有法律，但并不影响这个社会的秩序，秩序的生成主要依“礼”和依“习惯”而治，于是，对中国乡土社会而言，一个沉重的传统包袱就是

〔7〕〔美〕昂格尔：《现代社会中的法律》，中国政法大学出版社1994年版，第53～54页。

国家法或王法显得相对萎缩，或者说国家法没有得到充分的发育，没有走进人心，贴近社会，相反民众对国家法之外的所谓习惯、民俗、伦理、道德等民间法更感兴趣，更有所偏好和青睐。如勒内·达维德所说，“中国人一般是在不用法的情况下生活的”，〔8〕“中国人解决争端首先必须考虑‘情’，其次是‘礼’，最后是‘理’，只有最后才诉诸法”。〔9〕韦伯也认为，在中国传统社会中，法律与宗教、伦理规范和风俗习惯等含混不分，道德劝戒和法律命令没有被形式化地界定清楚，因而导致了一种特殊类型的非形式的法律，即中国传统法律是一种“实质的伦理法”。以上这些说法，其共同点都在向我们传达一个信息，即在中国，真正管用的是国家法之外存在的“另一种法”，国家法之外的活生生的秩序似乎更能牢牢地扎根于民众，更能有效地作用和规制着这个社会，这种带有“历史烙印”的传统基础是决定着所谓“民间法”或其他类似的“活法”一而再再而三引起学者关注的原因，也就是说对习惯法的推崇有向传统回归和回复的因素。

（二）现实国家法神化破灭的反思与移情

民族国家的建立，为国家法的推行奠定了基础，国家的统一也必须要求有统一性的、普遍性的国家法作保障，但在我国，短暂时间内政府推进型法制的苦心经营和依法治国的全民共识，大规模的立法活动和声势浩大的执法行动，似乎并没有完全改变人们的价值偏好，在现实社会中，许多人依然偏好由习惯、民俗、土政策、土办法等所谓的“习惯法”或“民间法”来解决，加之国家法的缺陷和供给不足、路径不畅、成本太大、预期不明等客观因素的影响，使人们总是感叹法律很不管用，国家法还停留在纸上，远没有亲近民众，走入民心。对国

〔8〕〔法〕勒内·达维德：《当代主要法律体系》，上海译文出版社1984年版，第487页。

〔9〕〔法〕勒内·达维德：《当代主要法律体系》，上海译文出版社1984年版，第486页。

家法这种理性建构神化的失望与破灭，推动着一些学者跳出“法律出自于国家的”思路，从社会的立场来观察和思考真正意义上的法和对社会真正管用的法，朝这方面努力的代表似乎要数苏力。如他说，“自清末以来，中国法律制度的变迁，大多数都是变法，一种强制性的制度变迁。这样的法律制定颁布后，由于与中国人的习惯背离较大或没有系统的习惯惯例的辅助，不易甚至根本不为人们所接受，不能成为他们的许多规范”。〔10〕这说明在我国建立社会主义法治，“依据、借助和利用本土的传统和惯例的重要性”，〔11〕“我们更应当重视研究和发展中国社会中已有的和经济改革以来正在出现和形成的一些规范性做法，而不是简单地以西方学者的关于法治的表述和标准来否认中国社会中规范人们社会生活的习惯、惯例为法律”，〔12〕“在中国的法治追求中，也许最重要的并不是复制西方的法律制度，而是重视中国社会中的那些起作用的，也许并不起眼的习惯、惯例，注重经过人们反复博弈而证明有效有用的法律制度，否则的话，正式的法律就会被规避、无效，而且可能给社会秩序和文化带来灾难性的破坏”。〔13〕无疑地，对国家法作用的失望与法制在实践中运作的担忧与无奈反思，是推动学者们注重研究国家法之外民间法的另一重要原因。

（三）法律多元认识的推动

什么叫做法？这是一个永远存在争论和永远也争论不清的问题。按马克思的观点理解，法是由国家制定或认可的，并由国家强制力保障实施的行为规范。这意味着法与国家是不可分的，所有的法都是“国家的”，或者说法律必然是国家的法律，它是统一和排他的，至于那些功能上与法相似或相同，对法起着辅助和加强作用的社会

〔10〕〔11〕苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版，第13页。

〔12〕苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版，第21页。

〔13〕苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版，第36页。

规范（如政党、社团的章程及乡规民约等），可以称之为“准法”，“类法”，但不能归属于法的范畴。

但对于法律社会学家和法人类学家来说，法的概念既不是一个超经验的哲学思辨，也不是纯粹的逻辑分析，法是一个可以通过经验研究解决的问题。因此，法有很多个面，国家并不是法律存在的必要条件，除了国家法之外，还有各种形式的非国家法，任何社会的法律制度都是多元的而不能是一元的。如孟德斯鸠说，“万事万物都有法”，亨利·莱维·布律尔说，“只要对社会生活简单地观察一下就可使我们相信，除了由政权强加的法律规则外，还存在着某些法律规定、或至少具有法律效力的规定。过去存在，现在仍然存在着一些并非总体社会的组织权限中产生的法律。即有超国家法，也有国家法。”〔14〕波士皮斯尔也认为，任何一个社会都不只有一个单独的、一致的法律制度，社会中有多少次群体，就有多少法律制度。巴克斯也强调，法律一词包括民众的法与国家的法，民众的法才是社区真正的政治资源。〔15〕对“非国家法”，格兰特是用“本地法”（Indigenous law）一词来表示的，而日本学者千叶正士是用非官方法来进行解释的。〔16〕在这方面，最有代表性的说法要数埃利希，他主张法律发展的重心不在立法，不在法学，也不在司法判决，而在社会本身。他认为，法律有两种：一种是国家制定的，即“国家法”；另一种是“社会秩序”本身，或者称为人类联合的内在秩序。“人类联合的内在秩序不仅是法律最初的形式，而且直到现在为止，还是它的基本形式”。法

〔14〕〔法〕亨利·莱维·布律尔：《法律社会学》，上海人民出版社1987年版，第22页。

〔15〕在他看来，如果法律完全等同于国家法，就不可能有民众自力更生、自主参与的发展。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。

〔16〕他把法律分为三个层次，即官方法、非官方法和法律基本原理。所谓官方法，即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。所谓非官方法，即不是由官方的权威正式认可的。或者说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内。非官方法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。参见〔日〕千叶正士：《法律多元》，中国政法大学出版社1996年版。

不独与国家相连，不独出自于国家，“国家的法”（State law）只是社会法律秩序的一部分，除了国家法之外，还有非国家法。法可以是创制的，也可以是非创制的；可以是事先确定的，也可以是事后创造出来的或直觉的。人类学家和法律社会学家的这些观点和看法在启发和推动着人们学会从不同的角度观察、分析法的多元性。

二、民间法的界定与特征

如前所述，在传统乡土农村，中国农民的行为更多的是被牢固地限定在人情、礼俗、宗法、习惯的规范秩序内，内化为乡民内心深处，成为比国家法还管用的无形的指令模式。我们从学术上暂且把农村活生生存在的这种礼俗、人情、习惯、族规、族法等称为中国式的“民间法”。

什么是民间法？这是一个相当复杂和难以界定的问题。在此我借用梁治平先生的观点加以阐释。梁先生认为，在中国传统语汇中，与“官府”相对的是“民间”，因而在国家法之外，可用“民间法”的概念来作区别。他说国家法“可以被一般地理解为由特定国家机构制定、颁布、采行和自上而下予以实施的法律”，而民间法主要是指“这样一种知识传统，它生于民间，出于习惯乃由乡民长期生活、劳作、交往和利益冲突中显现，因而具有自发性和丰富的地方色彩”。他指出，国家法在任何社会里都不是惟一的和全部的法律，无论其作用多么重要，它们只是整个法律秩序中的一个部分，在国家法之外、之下，还有各种各样其他类型的法律，它们不但填补了国家法遗留的空隙，甚至构成国家法的基础。人们一旦有逾越行为，就会受到来自以族长为代表的宗族势力和来自本村社会共同体的谴责、蔑视和惩戒，其方式有的是加以贬抑，使其名望下降，在乡邻中抬不起头；有的是加以制裁，使其利益受到损失，如重罚和多出劳役等严厉的惩戒，有的还可以处死。这些人情、礼俗、宗法、习惯或有明文规定或约俗相定而成，它具有多样的形态。“它们可以是家族的，也可以是民族的；可能形

诸文字，也可能口耳相传；它们或是人为创造，或是自然生成，相沿成习；或者有明确的规则，或者更多地表现为富有弹性的规范；其实施可能由特定的一些人负责，也可能依靠公众舆论和某种微妙的心理机制”。〔17〕乡民们在对待和处理公共生活的冲突和纠纷时，宁愿求助于区域内的人情和礼俗，而不愿求助于国家的“王法”。可见，民间法是独立于国家法之外的，是人们在社会中根据事实和经验，依据某种社会权威和组织确立的具有一定社会强制性的人们共信共行的行为规范。

说到民间法，还不得不提另一重要概念——习惯法。习惯法和民间法，都是抛开“法条主义”的狭隘视角，不以国家法为观察视角的，它们更多的是从法社会学和法人类学的层面进行审视。习惯法与民间法的相同点，主要有：第一，如以国家制定法或者官方正式法作为参照系，（1）从性质上说，它们都是非国家性的社会性规范；（2）从产生看，它们都是生成于民间，而非政权统治机构的内部；（3）从合法性来源看，二者的合法性都主要来源于社会大众的认同，而非上层统治者的赋予和严格的立法程序；（4）从与传统的关系看，习惯法与民间法往往更接近民俗惯例，保守性更浓，甚至本身就是传统的一部分，而国家制定法则更多体现的是现实和未来的要求，它具有前瞻性和一定的超前性；（5）从社会性看，习惯法、民间法比国家制定法具有更多的社会性，它们的运行依赖于社会文化的支持，而国家制定法更多的要依靠强有力的国家强制手段。第二，如以民俗惯例作为参照系，习惯法、民间法还有如下共同点：即它们本质上属于“法”的范畴，具有法的性质和特点，与其原形的民俗惯例有着本质的不同。具体地说，习惯法、民间法，（1）具有与“法”相一致的规范形式，如它们都以权利、义务方式确定人们之间的社会关系，并借此调整 and 解决社会冲突；（2）具有一定的确定性和可操作性，习惯法和民间法都为众人

〔17〕参见梁治平：《民间法、习惯和习惯法》、《习惯法和国家法》，载《清代习惯法：社会和国家》，中国政法大学出版社1996年版。