

主持人 谢晖 陈金钊

# 民间法

第三卷

山东人民出版社

# 民間法

卷之三

民間法

卷之三

民間法

卷之三

民間法

卷之三

民間法

卷之三

# 民间法

主持人 谢晖 陈金钊

第三卷

山东人民出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

民间法.第3卷/谢晖,陈金钊主编.—济南:山东人民出版社,2004.3

ISBN 7-209-03410-2

I.民... II.①谢...②陈... III.习惯法—研究—中国—文集 IV.D920.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 009916 号

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 日照报业印刷有限公司印刷

\*

880×1230 毫米 32 开本 18.375 印张 2 插页 480 千字

2004 年 3 月第 1 版 2004 年 3 月第 1 次印刷

印数 1—3000 定价:36.00 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，亦有目共睹，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,更妥帖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

《民间法》编委会

（按中文姓氏笔画排序）

寺田浩明（日本京都大学教授）

何意志（德国科隆大学教授）

陈金钊（中国山东大学教授）

罗洪祥（山东大学威海分校教授）

铃木贤（日本北海道大学教授）

崔钟库（韩国汉城大学教授）

谢晖（中国山东大学教授）



## 目 录

《民间法》年刊总序····· 谢 晖(1)

### 学理探讨

超越民间法论····· [日]寺田浩明著 吴 博译(1)

简论民间法约束力的来源和表现····· 于语和等(14)

古代法·部落法·习惯法

——对藏区民间法现象的透析····· 多 杰(24)

民间法若干问题初探····· 王青林(35)

论习惯与习惯法····· 周 贇(82)

习惯法涵义的新解读

——一个个人主义法学方法论视角····· 黄 民(95)

民间法:一种法的社会学视角····· 王洪莉(110)

法官引入乡土逻辑的尺度

——从基层法院处理的两起家事纠纷案谈起

····· 王晓丹(126)

乡土社会与法律二元结构····· 秦 强(138)

### 社会调研

关于土家族习惯法的社会调查与初步分析····· 蓝寿荣(156)

## 少数民族习惯法的意蕴:理论与个案的透视

——以彝区解纷为例…………… 张明泽 严文强(187)

**经验解释**

明清时期地方“普法”宣传与法律教育…………… 龚汝富(240)

犯罪的民俗控制…………… 陈鹏忠(255)

**制度分析**

当代中国的乡民社会、乡规民约及其遭遇…………… 谢 晖(270)

少数民族地区村规民约的变迁与调适

…………… 田成有 欧剑菲(288)

中国历史上的宗教与社会控制

——一个法社会学的考察…………… 蒋传光(312)

从家族制度到家族本位法

——伦理法制形成探源…………… 林 明(379)

清中叶儒学思想的发展对习惯法的影响…………… 李爱荣(408)

社区法律服务中普法的地位和功能探析…………… 刘东升(419)

夫妻忠实义务与社区法律服务…………… 纪建文(434)

**域外视窗**

朝鲜乡约的福利行政功能及其意义

…………… [韩]徐元宇著 张小平译(448)

越南古代和现代乡约在法治建设中的作用

…………… [越]Dao Tri Uc 著 纪建文译(462)

南非《承认习惯法婚姻法》简述…………… 朱伟东(485)

---

**文献资料**

- 中国古代乡约三则…………… 张明新搜集整理(494)  
贵州锦屏林契精选(附《学馆》)…………… 罗洪洋搜集整理(509)

## CONTENTS

Preface ..... Xie Hui(1)

### THEORY STUDY

*On Overriding Customary Law* ..... Wu Bo(1)

*On the Origin and Expression of the Regulation  
of Customary Law* ..... Yu Yuhe(14)

*A Preliminary Study of Some Issues of Customary Law*  
..... Wang Qinglin(24)

*Ancient Law, Tribe Law and Customary Law*  
——*Analysis of the Tibetan Customary Law* ..... Duo Jie(35)

*On Custom and Customary Law* ..... Zhou Yun(82)

*A New Comprehension on Connotation of  
Customary Law* ..... Huang Min(95)

*Customary Law: From the View of Legal  
Sociology* ..... Wang Hongli(110)

*Judges' Manner of Introducing the Thinking Model in Rural Areas*  
——*According to two Family Cases Settled in Primary Courts*  
..... Wang Xiaodan(126)

*Rural Area and the Dualistic Structure of Law* ..... Qin Qiang(138)

## SOCIAL INVESTIGATION

- An Social Investigation and Preliminary Analysis on  
 Customary Law of Tujia Nationality ..... Lan Shourong(156)
- Connotation of Minority Customary Law: Review of Theory and Cases  
 ——Taking the Dispute Settlement in Yi Area as an Example  
 ..... Zhang Mingze&Yan Wenqiang(187)

## EXPERIENCE EXPLANATION

- The Local Popularization of Law and Legal Education in Ming  
 and Qing Dynasty ..... Gong Rufu(240)
- The Control on Crime according to Customary Law  
 ..... Chen Pengzhong(255)

## INSTITUTE ANALYSIS

- Rural Community, Covenants and their Plight in modern China  
 ..... Xie Hui(270)
- Evolution and Adjustment of Covenants in Minority Areas  
 ..... Tian Chengyou&Ou Jianfei(288)
- Religion and Social Control in Chinese History  
 ——From the View of Legal Sociology  
 ..... Jiang Chuanguang(312)
- From Kindred Institution to Law of Kindred Standard  
 ..... Lin Ming (379)
- The Influence of Development of Confusion on Customary  
 Law in the middle of Qing Dynasty ..... Li Airong(408)

- Analysis on the Role of Popularization of Law in Community  
Legal Services ..... Liu Dongsheng(419)  
The Liability of Fidelity to Husbands and Wives and  
Community Legal Services ..... Ji Jianwen(434)

### OVERSEAS REVIEW

- Role of Korea Covenants in Aspect of Welfare  
Administration ..... Xu Yuanyu, Zhang Xiaoping(448)  
Past Covenants and the Role of Modernized Covenants in  
nowadays Vietnam Rule of Law  
..... Dao Tri Uc, Ji Jianwen(462)  
A Brief Introduction to Recognition of Customary Marriage  
Act, South Africa ..... Zhu Weidong(485)

### LITERATURE AND MATERIALS

- Three Ancient Covenants of China  
..... Collected by Zhang Mingxin(494)  
The Choiceness of Forest Contract in Jinping, Guizhou  
Province ..... compiled by Luo Hongyang(509)

## 超越民间法论\*

寺田浩明著 吴博译\*\*

### 一、民间法论的昌盛

#### (一) 民间法论产生的背景

近一段时间在中国的法学书籍中经常会见到“民间法”的概念。笔者不清楚此概念首次使用的时间,在众多论著中,民间法论反复引用梁治平的《清代习惯法:社会与国家》(1996年,中国政法大学出版社)及苏力的《法治及其本土资源》(1996年,中国政法大学出版社)这两本书作为研究的出发点。这两本著作与其说是个别的实证研究,倒不如定位为在两部著作出版时年龄在四十岁左右的精通西洋学说的年轻气盛的学者在其作品中所倡导的一种法学方法论更为恰当。这两本著作宣称摆脱了过去仅仅着眼于研究国家成文法的教条主义法学,强调转而研究民间法律秩序的形成机制的重要性。此种动向在去年创刊的《民间法》年刊上有所体现(山东人民出版社出版,共422页,《民间法》的第二卷,今年由山东人民出版社出版并公开发行,共492页)。该书主持人谢晖在《民间法》年刊总序中对本刊的发行宗旨作出如下陈述:

“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

\* (原载于日本《Jurist(法律家杂志)》(双周刊,有斐阁发行)1258号(专题“中国法秩序与21世纪的全球社会”),2003年12月15日。

\*\* 寺田浩明:日本京都大学法学研究科教授。吴博:山东大学法学院博士生。

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。”〔1〕

民间法研究的主张产生并之所以能在一定范围内被接受,原因可能有二:一是对国家法律一元论和只有通过国家法才能建立更好的法律秩序之主张提出异议;二是对潜藏于主张理性设计的法律思想中的某种乐观主义、精英主义的畏惧或反弹。“正是在这个意义上,中国的法治之路必须依靠中国人民的实践,而不仅仅是几位熟悉法律理论或外国法律的学者、专家的设计和规划,或全国人大常委会的立法规划。”〔2〕不过,民间法的志向能否做到“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”(前引年刊总序“民间法宗旨之二”)、〔3〕能否形成这样一种学问,当然还取决与民间法的概念究竟能在多大程度上明确采取与国家法相对峙的立场。〔4〕

## (二)民间法概念的问题所在

通过对年刊中作为民间法的实例所讨论的几个对象以及逻辑关系的考察可以发现,民间法这一概念所包含的困难也昭然若揭。在这一系列的论著中经常提到的有以下两个事例:

第一,恋爱中男方将女方强奸,女方父母将男方告到派出所。不过在警察正式逮捕之前,男方父母向女方提出:立即结婚并给予三千元赔偿,要求撤回诉讼、私了此事。女方基本同意,但要求一万元赔

〔1〕《民间法》(年刊总序),载谢晖、陈金钊主持:《民间法》(第1卷),山东人民出版社2002年版。

〔2〕苏力:《变法、法治及本土资源》,载苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第19页。

〔3〕《民间法》(年刊总序),载谢晖、陈金钊主持:《民间法》(第1卷),山东人民出版社2002年版。

〔4〕为了从更广阔的领域捕捉民间法研究的动向,除去国家法与民间法的对比争论外,在《民间法》所登载的论文中,讨论现行实定法制度之社会机能的典型法社会学研究、以及少数民族法特征的实证研究均占有一定的比例。这些研究所具有的重要意义,本文因篇幅的关系在此不作论述。



偿,双方协商最终以五千元人民币达成一致。双方明知男女均未到法律规定年龄,但通过熟人领到了结婚证。后来,其规避法律的“私了”行为被政府发现,婚姻被宣告无效,男方以强奸罪被正式起诉,并宣判有罪。根据这一事例,朱苏力在《法律规避和法律多元》中指出:“那些潜在的、指导这一纠纷解决的规则为一种‘民间法’——也可以称之为在社会中衍生的、为社会所接受的规则”。〔5〕

第二,现在已经在全国范围内制度化了的农业生产承包制度等,市场经济的改革措施大多都是由个人和企业、地方官员发起的,这些措施当初都是违法行为或者“规避”当时正式的法律制度及政策的行为,由此推断法律规避有时也具有正当性和有效性。

前一事例,是否可以给民间自发解决纠纷以用武之地,的确是与国家法与民间法相对峙的设问相吻合的研究视角。不过民间存在的这种处理方式,在何种意义上可以称之为法?对此,除“从社会派生出来,又被社会所接受的规则”之外还没有更进一步的说明。然而,现代国家法与社会之间的逻辑关系归根结底是一致的。问题只在于两者的派生与相互容纳,存在着结构上的差异。只要民间法论没有足够的正当理由和合理论据,在与国家法相对立的意义上,说明其能与国家法的法理论相匹敌,那么在近代,国家法就是法理论理解的惟一根据。事实上,在近代国家的法理念中,当现实社会中的各种实际规则与国家法对立时,就被彻底否定;当两者不矛盾时,其中的一部分内容则被积极地吸收到国家成文法中。于是乎,就会陷入(软着陆)到立法论上的取舍选择中。

后一事例所指明的对象,原本是基层权力依具体情况而提出的政策建议及未经上级批准而实施的冒险性行为。的确,这不是国家中央的立法,但不能简单地称为民间惯例,更何况其也不是自然发生的。并且地方权力一方面也是国家权力的一部分。从此种意义上

〔5〕 苏力:《法律规避和法律多元》,载苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第44~45页。