

主持人 谢晖 陈金钊

# 民间法

第五卷

ANTHROPOLOGY

山东人民出版社

# 民间法

## 第五卷

主持人

谢晖

陈金钊

山东人民出版社

**图书在版编目(CIP)数据**

民间法. 第5卷/谢晖, 陈金钊主编. —济南: 山东人民出版社, 2006. 3  
ISBN 7-209-03967-8

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 (2006) 第 018105 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 青岛星球印刷有限公司印刷

\*

880 × 1230 毫米 32 开本 15.625 印张 2 插页 410 千字

2006 年 3 月第 1 版 2006 年 3 月第 1 次印刷

印数 1—2500 定价: 32.00 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。西洋法律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,即今有谔谔之声,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

#### 法治的中国道路

——在广西民族学院的演讲·····	魏敦友(1)
-------------------	--------

二元视域下的法律安定性·····	贾焕银(14)
------------------	---------

互动与借鉴:国家法与民间法共存之动力机制·····	缪文升(31)
---------------------------	---------

民间法研究批判·····	陈冬春(44)
--------------	---------

#### 论乡村社会权力结构合法性的分析范式

——对杜赞奇“权力文化网络”的批判性重建·····	魏治勋(53)
---------------------------	---------

民间法与法律文化方法·····	李 川(72)
-----------------	---------

#### 法律适用中的情理因素

——兼论传统观念对现代法治的影响·····	李爱荣(84)
-----------------------	---------

#### 民间法范式的反思与国家法之于民间法的

##### 正效应初探

——从对民间法在一个经典法律文本中适用的	
----------------------	--

检讨生发·····	樊 鹏 刘 超(99)
-----------	-------------

#### 论乡村社会自治权力区域效力的绝对性

·····	韩德强 郝红梅(126)
-------	--------------

乡村社会与国家法·····	吕 芳(136)
---------------	----------

#### 档案阅读与法律史研究

——以英租威海卫法律史研究为例·····	王一强(191)
----------------------	----------

## 社会调研

- 从苗族“罚3个100”等看习惯法在村寨社会的功能  
 ..... 徐晓光(207)
- 畲族习惯法及其历史变迁  
 ——以福建罗源八井村为例 ..... 董建辉(221)
- 恢复性司法在中国  
 ——以民间法为视角 ..... 吕欣(235)
- 嘉绒藏区刑事习惯法分析 ..... 杨华双(253)

## 经验解释

- 预流之士与求实之作  
 ——简评《黄岩档案及调查报告》..... 戚阳阳 田梅梅(264)
- 我国现代商法实践中的民间法、习惯法问题 ..... 宋一欣(271)
- 羌族诉讼习惯法的历史考察 ..... 龙大轩(289)
- 关于村落社会纠纷调解研究的研究 ..... 刘勤(308)
- 对三块“生态碑”的习惯法解读 ..... 李可(319)
- 土地资源与权力网络  
 ——英租时期的威海村庄 ..... 张志超(326)

## 制度分析

- 法院调解中的民间法运用 ..... 郑宏雁(337)
- 微服私访  
 ——作为一种社会控制的官方民间法 ..... 纪建文(347)
- 调解  
 ——以乡土社会的纠纷解决机制为视野 ..... 刘晶(362)
- 民间法缺失与信访制度的困境 ..... 高峰(370)
- 官方法律与风俗习惯的博弈  
 ——从禁放烟花爆竹说起 ..... 王林敏(381)



**传统医药知识保护的问题与对策**

——若干国家保护传统医药知识的实践及其启示

..... 蓝寿荣 谢英姿(396)

**域外视窗****法律文化的概念**

——以 L.M.弗里德曼相关研究为参照

..... [英]罗杰·科特勒尔著

周贇译(412)

**人际法律冲突中的法律选择方法**

..... [苏丹] Akolda M. Tier 著

朱伟东译(425)

**英国人在威海卫:帝国非理性之例研究**

..... [美]克拉伦斯.B.戴维斯 罗伯特.J.高尔著

王瑞君译(451)

**文献资料****民间法与习惯法:原理、规范与方法**

——全国首届民间法、习惯法学术研讨会综述

..... 张明新(471)

## CONTENTS

Preface ..... XieHui(1)

### THEORY STUDY

The Chinese Approach for Rule of Law

——The Lecture at Guangxi Institute of Nationalities  
..... WeiDunyou(1)

Legal Stability under Dual Threshold ..... JiaHuanyin(14)

Interaction and Use for Reference:

The Dynamical Mechanism for the coexistence  
of National Law and the Customary Law  
..... MiuWensheng(31)

Research and Animadverting on Folk Law ..... ChenDongchun(44)

The Analysis Paradigm on the Legality of the

Structure of Social Power in Rural Areas

——the Critical Reconstruction to Prasenjit Duara's  
Theory of The Network of the Power Culture ..... WeiZhixun(53)

Customary Law and Legal - Cultural Methodology  
..... LiChuan(72)

The Factor of Reason in the Legal Application

——And the Effect of the Traditional Conception  
on the Modern Law Nomocracy ..... LiAirong(84)

The Reflection to the Paradigm of the Customary Law

and the Exploration into the National Law's Active Effect  
on the Customary Law

—Explanation from the Review on the Application of Customary  
Law in a Classical Legal Text ..... FanPeng HaoHongmei(99)

On the Absoluteness of Regional Effectiveness of

Rural Autonomy ..... HanDeqiang HaoHongmei(126)

Rural Communities and State Law ..... Lvfang(136)

The Archives Unscrambling and the Study of Legal History

—Giving as an example the Study of the Legal

History of Weihaiwei leased by the UK

..... WangYiqing(191)

## SOCIAL INVESTIGATION

On the Social Function of Folk Law in Rural CommunitiesA

Case Study of "Fining Three One Hundreds" Practiced in  
the MiaoNationality ..... XuXiaoguang(207)

The Customary Law and Its Historical Variance in She

Nationality ..... DongJianhun(221)

Restorative Justice in China

—From the Viewpoint of Customary Law ..... LvXin(235)

The Analysis on the Criminal Customary Law in the

Jiarong Area of Tibet ..... YangHuashuang(253)

## EXPERIENCE EXPLANATION

A Scholar with Foresight and his factual work

—on Huangyan Files and the Related Investigation

Report ..... QiYangyang TianMeimei(264)

On the Problem of the Folk Law and Custom Law in the

Practice of the Modern Commercial Law in China

.....	SongYixin(271)
Research on the History of Procedural Customary Law in Qiang Nationality .....	LongDaxuan(289)
Research on Mediation in Rural communities .....	LiuQing(308)
A customary law readings of three pieces of " the ecosystem stone tablet" .....	LiKe(319)
Land Resource and the Network of Power ——the Villages in WeiHai During the British Lease .....	ZhangZhichao(326)

## INSTITUTE ANALYSIS

The Operation of Folk Law during the Mediation in the Court .....	ZhnegHongyang (337)
WeiFu SiFang: ——An Official Folk Law Used to Realize Social Control .....	JiJianwen(347)
Mediation ——Viewing from the Settlement of Disputes in Local Society .....	LiuJing(362)
The Lack of Folk Law and the Dilemma of XinFang System .....	GaoFeng(370)
The Game Play between the National Lawl and the Customs ——According to the case of forbidding of setting off Fireworks .....	WangLinmin(381)
Issues and Solutions Surrounding the Protection of Traditional Medicine Knowledge ——A Introduction of the Experiences of Four Countries on the Protection of Traditional Medicine Knowledge and the Expiration Drawn from these Experiences	

..... Lan Shourong Xie Yingzi(396)

## OVERSEAS REVIEW

The Concept of Legal Culture

——Referring to the Research of Lawrence M. Friedman

..... Roger Cotterrel(412)

Techniques of Choice of Law in Conflict of Personal Laws

..... Translated by ZhuWeidong Akoldam tier(425)

On the Irrationality of an Empire:

A Case Study of the British Occupation of WeiHai

..... Clarence. B Davis, Robert J Gowen(451)

## LITERATURE AND MATERIALS

Folk Law and Customary Law: Theory, rule and Methodology

——The Summary on the First National Symposium of the

Folk and customary Law ..... ZhangMingxin(471)

# 法治的中国道路

## ——在广西民族学院的演讲

魏敦友

各位朋友：

大家晚上好！今晚很高兴能来到美丽的相思湖边，在广西民族学院作一个学术演讲。我首先要对杨凤宁女士表示由衷的感谢！因为正是凤宁女士促成了这一次演讲。当然，我还要对今晚来听我演讲的诸位朋友表示深深的谢意！

我今晚的讲题是“法治的中国道路”。这个题目的选择是我与凤宁女士共同协商的结果。之所以选择这样一个看起来十分宏大的题目，有多方面的原因，当然主要原因当然来自于我自己，来自于我自己的学术背景。我不是学法学出身的，我从学士、硕士、博士及博士后，所接触的都是哲学，读的是哲学书，思维方式是哲学的，哲学的思维方式与法学的思维方式有一个很大的区别，在我看来，也许是，哲学非常强调反思性与批判性，即是说，哲学要求人们不能承认现实的东西，而是要不断地追求事物的根据，法学相比较起来，则比较强调在既有的制度之下进行分析，它不具有像哲学那样打破砂锅问到底的精神。当然法学与哲学也有交叉的地方，在西方的学术体制里面，法学本来是哲学的一个部分，只是近代以后才开始脱离哲学，如我们从黑格尔的百科全书体系里面所看到的，法学实际上只是哲学的一个部分，确切地说，是精神哲学的一个部分。我们知道他有一部名著叫《法哲学原理》。他的《法哲学原理》就是要考察法律制度演化的内在逻辑。可惜的是，近代以来法学从哲学里面分化出来之后，似乎与

哲学渐行渐远,一个明显的事实是,黑格尔以前,讲哲学史,从柏拉图以降,直至黑格尔,与法学史,基本上是同一些人物,但是从黑格尔以后,情况发生了重大的变化,哲学史就是哲学史,与法学史几乎不搭界了。在中国也是如是,哲学不了解法学,法学也不了解哲学,各自干着自己的营生。可喜的是,近来中国学界有一些重大的变化,我发现有一批法学学子开始对哲学产生兴趣,我可以举出长春吉林大学与重庆西南政法大学这两所高校,一所在东北,一所在西南,这两所高校的法学学子,尤其是理论法学的学子们对哲学似乎产生了执着的兴趣,他们有可能对未来中国的法学思维方式的转向产生深远的影响。法学子对哲学产生兴趣,我想原因是多方面的,其中一个重要原因,我想是,法学需要深化自己,特别是,法学试图对我们这个处于转型时代的思考,如何没有哲学,几乎是不可想像的。比如我们今晚所讲的这个题目,“法治的中国道路”,实际上就是一个法学与哲学相交的题目,这意味着,单是法学,或是哲学,都无力对它进行深入的思考,而这样一个题目,在我看来,又是当代中国法治转型的一个基本问题,不对这个问题进行深入的思考,当代中国的法治转型既无法从理论上展示其深广的内涵,也无法在实践上获得真正的推动。另一方面,我在复旦大学做博士后时,我的联系导师、著名哲学家俞吾金教授对我从事法哲学的研究很是赞许,并反复对我说“法哲学是当代哲学的本质”,这意味着,哲学如果脱离开法学,也是无法想像的。正是基于这样的考虑,所以我与凤宁女士讨论后就选了这个题目来讲,应该说,我自己对这个问题考虑也有七八年的时间了,自己认为有一些自己的想法,算是一得之见吧,而且,正好利用这个机会将自己的零零碎碎的想法整理一下,我也希望朋友们给我提出一些问题来校正、丰富与深化我的理解。

## 一、我的基本思路

先讲讲我自己的基本思路。当然我的思路也不是一下子明朗起

来的,实际上是经过了一个漫长的过程的。而且,我不得不承认,就我自己而言,我实际上对这个问题还处在探索之中。在这个过程中,我也受着国内一些优秀学者的影响,比如说中国政法大学王人博教授的《宪政的中国之道》就明确地标明了这样的主题,当然,我认为近二十多年最重要的著作要数吉林大学理论法学中心邓正来教授的著作《中国法学向何处去》。正来教授对二十多年来中国法学的批判性反思应该说对我们探讨当代中国法学的发展方向意义重大,而在在我看来,正来教授的这部著作在本质上其实就是在探讨法治的中国之道。

现在看起来,法治的中国之道,这样一个主题在我的视域里面实际上经过了一个发展过程。这个过程大致上或可区分为三个阶段。它可以看成是我接触法学并运用我自己的学术背景思考法学的一个过程。

第一个阶段是我最早接触法学并开始思考的阶段。这一个阶段是我批判“法律信仰”的阶段。我之进入法学,带有很大的偶然性。大约1998年,我从武汉大学获得哲学博士学位后,湖北大学成立法学系,我稀里糊涂地被任命为副主任,教授外国法制史,于是就有了我后来反复说的从哲学的鱼塘跑到了法学的鱼塘。那时候三十出头,年轻气盛,不知道天高地厚,因为湖北大学在沙湖边上,我第一次主持法学系的学术探讨,竟扬言我们要创建法学中的“沙湖学派”!初以为法学不过一小水杯而已,但是我很快发现法学如哲学一样,也是一汪洋大海,如不深加钻研,不可能有得。武汉朋友特别多,我的性格又比较外向,O型血,跟白求恩一样,万能输血者,又喜欢交朋友,所以在武汉难得读书,当时心想如有一僻静所在,潜心读书十年,或有所得。正巧位于南宁的广西大学至武汉招人,于是竟于1999年8月到了从来就没有想到过的广西来了。到南宁后,我尽量少交朋友,比如我从来不去参加别人的打牌等活动,几乎所有的时间都是在教研室度过的。因为没有师承,法学界于我也是一抹黑,所以就胡乱读书。在武汉的时候,已读到山东大学法学院谢晖教授的大著《法律



信仰的理念与基础》。这是一本很好的书,从其内容上看,完全是理性之言说,但著者却持法律信仰之论。当时是伯尔曼的《法律与宗教》风靡中国之时,像“法律必须被信仰,否则它将形同虚设”之类的“名言”在中国学界被奉为圣旨似的毫不加以反思地四处引用。因为我是弄哲学的,自然秉持理性之说,对法律信仰之说很不以为然,所以不揣冒昧,写出一篇批评谢晖教授的文章《法理论述的三重话语》,寄给《法制日报》很快就发表出来了。非常荣幸的是,我很快看到了谢晖教授的反批评文章,也登在《法制日报》上。有意思的是,我的文章没有谢晖教授的大名,因为编辑秦平女士认为不宜点名(但她后来跟我说可能直呼其名是好的),但谢晖教授的大作里面却是有我的“大名”的。我很快又写出一篇反反批评的文章,登在《广西大学学报》上。如此两个回合,没想到谢晖教授竟邀请我去烟台参加一个全国性的法律教育的研讨会,而且还是“特邀代表”!弄得我受宠若惊,因为那个会特邀代表全国只有十人,其中就有当时早已在全国大名鼎鼎的北京大学法学院院长苏力教授及中国社会科学院的刘作翔教授。《法理论述的三重话语》其实是一篇很小的文章,大意是当代中国的法理论述可以区分为三个类型,分别是法理论述的神圣话语、法理论述的独断话语及法理论述的理性话语。我自己持最后一种观点。我通过批判法律信仰而发展出我们只能在理性的交往中坚持法律的生存样式。谢晖教授对我的反批评是认为我的理性是冷酷的,我觉得很好。昨晚我在网上读到清华大学法学院许章润教授的一篇文章《法律、法学与法学家的中国语境》(见学术批评网),许先生在该文的最后一部分这样说,“法律信仰”这一命题不是什么“神圣论述”,其所赖以立基的也不是什么“独断论述”,而恰恰是法律理性。这其实就是对我的批评,只是许先生没有点我的名。如果这样讲,那么我们在本质上就没有什么分歧。不过我还是觉得我们可能存在着深刻的分歧。但到底许先生没有接受我的观点,我所认为的法律信仰其实是汉语法学的毒素他并没有接受。当然,这也没有什么,从吾所好好吧。从具体论述上看,我更加认同谢晖教授。