

主持人 谢晖 陈金钊

# 民间法

第四卷

山东人民出版社

# 民间法

第四卷

**图书在版编目(CIP)数据**

民间法. 第4卷/谢晖, 陈金钊主编. —济南: 山东人民出版社, 2005.2  
ISBN 7-209-03635-0

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 (2005) 第 011404 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 18.125 印张 2 插页 470 千字

2005 年 2 月第 1 版 2005 年 2 月第 1 次印刷

定价: 35.00 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)

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

东亚的儒家法律文化及其全球化

——一个韩国人的视角

..... [韩]ChongkoChoi 著 吕廷君 王 斐译(1)

中国契约史与西方契约史

——契约概念比较史的重新探讨

..... [日]寺田浩明著 郑芙蓉 魏 敏译(11)

中国传统法律文化与当代中国法治社会构筑的理念

——全球化视野下的考察 ..... 蒋传光(31)

民间法研究批判 ..... 陈冬春(57)

法律的本土性与国际性 ..... 周 贇(70)

话语与规制:正式法的乡土社会进入 ..... 刘传海(87)

国家法与民间法互动之反思 ..... 于语和 戚阳阳(152)

法学研究中的民间法范式 ..... 厉尽国(167)

### 社会调研

“媒介审判”现象的三维审视

——人权、新闻自由和司法独立关系的知与行

..... 朱与墨(239)

论畲族婚姻家庭习惯法 ..... 雷伟红(255)



### 从乡土社会到现代社会的婚姻纠纷

——透过一个社会文本解读通过婚姻的治理…… 刘 超(270)

### 上海、温州行业协会信用制度发展调研

及比较分析…………… 朱国华 朱国泓(293)

### 法制现代化进程中乡规民约对国家制定

法的调适与消解

——以现实生活中的两起夫妻同居义务

纠纷案为切入点…………… 缪文升(332)

## 经验解释

### 中国固有法秩序与西方近代法秩序

…………… [日]寺田浩明著 郑芙蓉译(344)

乡土社会中民间法的审视…………… 李育全 马 雁(354)

法治的资源:国家法与民间法的对立和融合 …… 陈冬春(382)

## 制度分析

### 略论中国古代社会的“礼治”秩序

——一个法社会学的视角…………… 蒋传光(403)

中西文化冲突下的司法审判…………… 李 川(417)

反思法律职业共同体的建构…………… 陈 羽(479)

民间法与国家法冲突与融合的经济分析…………… 马得华(488)

论清末、民初民商事习惯调查之历史背景 …… 春 杨(505)

## 域外视窗

南非法律冲突的解决:普通法与习惯法的协调 … 朱伟东(516)

## 文献资料

贵州锦屏林契田契精选…………… 谢 晖 罗洪洋 搜集整理(554)

## CONTENTS

Preface ..... Xie Hui(1)

### THEORY STUDY

Confucian Legal Culture and Its Globalization in East Asia:

A Korean Review ..... Chongko Choi(1)

The History of Contracts in China and Developed Countries:

A New Review on History of Comparing the Concepts of Contract  
..... Hiroaki TERADA(11)

Traditional Legal Culture in China and Notions Built in

Chinese Modern Society Ruled by Law: From the View

of Globalization ..... Jiang Chuanguang(31)

A Criticism on Study of Customary Law ..... Chen Dongchun(57)

Nativism and Internationalism of Law ..... Zhou Yun(70)

Phraseology and Regulation: National Law Playing Roles

in Traditional Society ..... Liu Chuanhai(87)

AnonymReflect on Reciprocity of National Law and Customary Law

..... Yu Yuhe, Qi Yangyang(152)

Model of Customary Law in Jurisprudence ..... Li Jinguo(167)

### SOCIAL INVESTIGATION

A Three - Dimension Review of "Mass Media"s Trial:

Theory and Practiceof the Relationship among Human Rights,

Freedom ofInformation andDependence of Justice

..... Zhu Yumo(239)

- On the Customary Law of Marriage and Family in She Nationality  
 ..... Lei Weihong(255)
- Dispute of Marriage in Traditional and Modern Society:  
 to Comprehend the Rule Based on Marriage according  
 to a Social Text ..... Liu Chao(270)
- Investigation and A Comparative Study on the Development  
 of Guilds' Credit System in Shanghai and Wenzhou  
 ..... Zhu Guohua, Zhu Guohong(293)
- The Adaptation and Negation of Covenants to National  
 Law in Process of Legal Modernization: According to Two  
 Cases of Husband and Wife's Obligation of Cohabitation  
 ..... Miao Wensheng(332)

## EXPERIENCE EXPLANATION

- The Inherent Legal Order in China and the Modern Legal  
 Order in Developed Countries ..... Hiroaki TERADA(344)
- A Review of Traditional Society in Aspect of Customary Law  
 ..... Li Yuquan, Ma Yan(354)
- Sources of the Rule of Law: Conflicts and Blend between National  
 and Customary Law ..... Chen Dongchun(382)

## INSTITUTE ANALYSIS

- On the Order Ruled by "Li" in Chinese Ancient Society:  
 From the View of Legal Sociology ..... Jiang Chuanguang(403)
- Justice in Background of Culture Conflicts between China  
 and Developed Countries ..... Li Chuan(417)
- A Reflect on Construction of Legal Profession Community  
 ..... Chen Yu(479)
- An Economic Analysis on Conflicts and Blend between Customary

- 
- and National Law ..... Ma Dehua(488)  
On the Background of Customs Investigation Happened in the End  
of QingDynasty and Beginning of Ming Dynasty ... Chun Yang(505)

### **OVERSEAS REVIEW**

- Settlement of Laws Conflicts in South Africa ..... Zhu Weidong(516)

### **LITERATURE AND MATERIALS**

- Compilation of Forest and Land Contracts in Jinping, Guizhou Province  
..... compiled by Xie Hui, Luo Hongyang(554)

---

# 东亚的儒家法律文化及其全球化

——一个韩国人的视角

[韩]ChongkoChoi 著 吕廷君 王 斐\* 译

## 引 言

在当今世界的法学研究中,东亚法律文化在世界法律体系中是独树一帜的,其主要特征是带有浓厚的儒家法律文化的色彩。尽管正确理解儒家思想并不是一件容易的事情,但是大多数学者认为,中国、韩国、日本和越南的法律是以儒家伦理道德为基础的。用戴维林勋爵的话说,东亚法律是以“儒家主导型道德的法律规制”来型构的。

另一方面,东亚的学者和法律人也在谈论法律全球化和地方化问题。当我们思考东亚法律的全球化时,我们是从两个视角观视的:一个是全球化和西方化对于地方性法律文化之不可抵御的外在需要;另一个则是作为地方性法律制度的东亚法律其自身的包容性。

本文将考察东亚法律如何应对法律全球化的挑战和应当如何调整自己的姿态以面对未来。

## 一、东亚法律传统

在过去的十年间,我一直宣称,“东亚共同法”(Ostasiatisches Jus

---

\* Chongko Choi,韩国汉城国立大学教授。吕廷君,山东大学法学院2003级法理学博士研究生。王斐,山东大学法学院2003级法理学硕士研究生。

Commune)的概念对于更好地理解东亚法律至关重要。<sup>[1]</sup>当我讲到传统法律史中的东亚共同法时,我并不说东亚国家已经适用了统一的法律规则,因为每个国家都曾经拥有不同的法典编纂和独特的法律实践活动。但是,我的确认为他们在历史上形成了广泛的、共同的道德价值观和在这些价值观影响下的法律制度。

我曾经从以下五个角度解释了东亚共同法这个概念。<sup>[2]</sup>

- (1)法典编纂:东亚的法典编纂具有“连续性”特点。
- (2)儒家思想及其仪式(礼):儒家思想是道德和法律的动力。
- (3)社区团结:东亚曾经适用自治规则进行过独立管理。
- (4)法理:东亚法律学者具有共同的法律理念。
- (5)斡旋和调解:东亚依赖于对纠纷的自主解决机制。

东亚在原初意义上不过是指亚洲东部这样一个地缘概念,人们通常认为这个地区包括中国、日本、韩国、蒙古和越南。如今许多人认为它不仅仅是一个地理或者历史概念,<sup>[3]</sup>还把它看作一个具有特定含义的区域秩序。

---

[1] Chongko Choi, Foundations of East Asian Jurisprudence, Seoul Law Journal, vol. 41 No. 1, 2000; Chongko Choi, Foundations of Law and Justice in East Asia, Comparative Law(Nihon Univ.), vol. 18, 2002, pp. 1~17.

[2] 当我们谈到普通法时,我赞同霍姆斯的观点。在他的经典著作《普通法》(1881)中,霍姆斯指出:“本书的目的在于为普通法提供一般观点。为完成这一任务,除了逻辑以外的其他工具也是必需的。它揭示出制度的一致性需要特定的结果,但这并不是全部。法律的生命从来都不是逻辑,而是经验。时间的可感知的必要性,通行的道德和政治理论,对公共政策的直觉,不论是公开承认或是存在于潜意识之中,甚至法官和他们的追随者共有的偏见,都曾比三段论推理更多地作用于决定支配人们的规则。法律体现了一个民族多个世纪以来的发展历程,它不能仅仅被看作是数学教科书上的定理和公式。为了理解它是什么,我们必须知道它曾经是什么,以及它将要变成什么。我们必须不断翻阅法律的历史和现实理论。但最困难的工作将会是去理解二者在各个阶段结合而成的新产品。就其本身而言,法律实体几乎在任何指定的时间都符合便利的要求;但是它的形式和机构,以及它能够在多大程度上产生令人满意的结果,则主要取决于它的过去。”(Oliver Wendell Holmes, The Common Law, N. Y. 1991, pp. 1~2.)

[3] Charles Holcombe, The Genesis of East Asia, Univ. of Hawaii Press. 2001.

在政治和文化上,东亚已经建立了以中国为核心的统治秩序,我们可以把它称作“中华秩序”或“朝贡秩序”,尽管运用西方国际法的概念很难对其加以解释。<sup>〔4〕</sup>然而,根据 Min Tuki 教授(汉城国立大学汉学学者)所述,东亚国际关系的维持,靠的是建立在“小中心秩序”之上的外交,这种“小中心秩序”被认为是“对权宜之计的误解”。以中国为核心的中心秩序正是依靠其内部众多自恰的小中心秩序来维系。<sup>〔5〕</sup>在东亚历史上,长期以来一直具有一种持续的向心力和离心力,这和罗马在欧洲中世纪历史上的情形是相同的。

相比于从细节上进行解释,<sup>〔6〕</sup>我更想指出把“东亚法律”作为宽泛的概念来理解是必要的和有益的,尤其是从比较法(Rechtsvergleichung)的视角来看。东亚法律史研究曾经全神贯注于他们自己国家法律的历史,但是,随着东亚文化开始活跃在世界舞台上,我们这些东亚法律学者也开始意识到在一个广阔背景下研究东亚法律历史的重要性。这个新的视角提供了法律史研究的新进路,即有关邻近国家外交和文化关系的研究。

## 二、对西方法律的继受

对西方法律的继受开始于 19 世纪末,其直接结果是对某些东亚

---

〔4〕 Own Denny, *China and Korea, Shanghai 1888 and the debate of P. G. von M? llendorff*, A Reply to Mr. O. N. Denny's pamphlet entitled *China and Korea*, in: Rosalie M? llendorff, P. G. von M? llendorff: *Ein Lebensbild*, Leipzig, 1930, S. 124-136; M. Frederick Nelson, *Korea and the Old Orders in Eastern Asia*, Louisiana State Univ. Press, 1946, Reprint, Seoul, 1975.

〔5〕 Min Tuki, *The Identity and Prospects of East Asia: A Historical Approach*, paper read at the 1966 International Symposium "East Asia and the University in the 21st Century", commemorating the 50th Anniversary of Seoul National University, Oct. 16-17, 1966, p. 6.

〔6〕 For detail, Chongko Choi, *Foundations of Law and Justice in East Asia*, *Comparative Law*, Vol. 18, 2002, pp. 1-17.

法律传统形成了毁灭性打击,并使它们逐步淡出了我们的生活。<sup>[7]</sup> 很多人,包括许多学者,相信东亚国家现在是处在当代西方法律理论的控制之下,如果纯从法律机制这个视角来看,这个判断或许是正确的。如果这样的话,很多人就同时会问,为什么东亚国家不能发展出西方模式的民主和法治?虽然同样源自西方的共产主义意识形态以不同的形式在中国、北朝鲜和越南社会中持久地发挥着作用。

另一方面,许多学者指出了—个有趣的现象,即东亚国家都曾经受到过大陆法系的影响,而没有受到英美法系的影响。根据某些比较法学者的说法,这个共同现象也是当代东亚共同法的一个基础,比如,许多翻译成汉字的法律术语和概念被东亚的人们普遍地理解和接受。从这个意义上说,我们能够在东亚政治的民主和法治化过程中进一步认识儒家传统。

下面我来谈—下东亚法律教育中的一个热点问题:日本和韩国的法律学者正积极讨论司法制度和法学教育的改革,问题是美国的法学院制度(作为研究生课程)是否适合于日本和韩国。从1995年以来,韩国就激烈地争论过这个问题。日本讨论这个问题稍晚—些,但是他们得出了—个比较—致的结论,那就是必须建立日本自己的法学院模式,而不是美国的模式。到目前为止,中国对于建立在美国法律模式基础上的改革反应相对冷淡。

### 三、东亚和区域合作

自从冷战结束以后,世界已经发生了根本性的变革:从对抗转向对话与合作。对自由民主和市场经济普遍价值的尊重已经替代了意

---

[7] For detail, Kitagawa Zentaro, *Rezeption und Fortbildung des Europäischen Zivilrechts in Japan*, Frankfurt, 1970; Chongko Choi, *Traditional Korean Law and its Modernization*, Transactions of Royal Asiatic Society of Korean Branch, Vol.64, 1990; Chongko Choi, *Ueber die Rezeption Westlichen rechts in Korea*, in: *Zur Rezeption des Deutschen Rechts in Korea*, hrg., Manfred Rehbinder, Baden - Baden, 1990.



识形态的对抗。基于这些普遍价值,世界各国已经开始致力于将自己融入到这个新的国际环境中去。

后冷战时期国际关系的历史性变革以民族国家间日益增长的彼此依赖为主要特征,同时它也促进了全球化的发展,这个全球化过程伴随着信息和交流技术的进步而发生。随着冷战体系的崩溃,全球的紧张局势变得缓和,地区问题的焦点由追求安全转向追求经济发展。经济流动性的增强促进了国际国内贸易、资金流动和技术转让的发展,从而也促进了国家间的彼此需要和经济合作。区域化和国际化的增强使国内和国际联系日益密切,确实,这些发展趋势和全球化之间曾经存在着相互促进的作用。自由贸易体制建立在市场经济原则之上,它为经济的竞争与合作提供了持续的动力。紧密的经济联系增进了利益共同体的存在意义,刺激了经济联合与经济区域化的增长,这种整合反过来又具有了政治和安全的战略意义。

经济联系的加强有利于缓和民族主义情绪,国家之间的各种交往和多维关系大大降低了摩擦、紧张状态和冲突的可能性。地区倾向于把区域整体利益作为高于一国利益的共同利益来看待,地区在经济上的发展和对繁荣的关注,使其更加关注维持和平与稳定的手段和方法。这种对地区安全关注的增强能够激发地区内部建立自己的安全体系,并进一步推进经济的交流与合作。

如果我们从区域合作组织的成员资格来看,则在一个较为宽泛的概念和一个相对狭窄的概念之间存在着冲突。前者涵盖了亚太地区(包括北美),也就是指 APEC;后者只是包含着参加亚洲会议的这一部分亚洲国家,这就排除了北美、俄罗斯、澳大利亚或新西兰。即使在东盟成员国中,三个后加入的国家(老挝、缅甸和柬埔寨)也不属于 APEC 和亚洲会议这些区域合作组织。由于在 APEC 或亚洲会议中的成员资格久拖不决,导致像欧盟这类的区域性组织也对其暂时不予承认。

欧洲一体化的提速得到了包括东亚在内的其他地区的响应,敦促他们加快了自己建立经济共同体的步伐。随着东亚整体性作用的