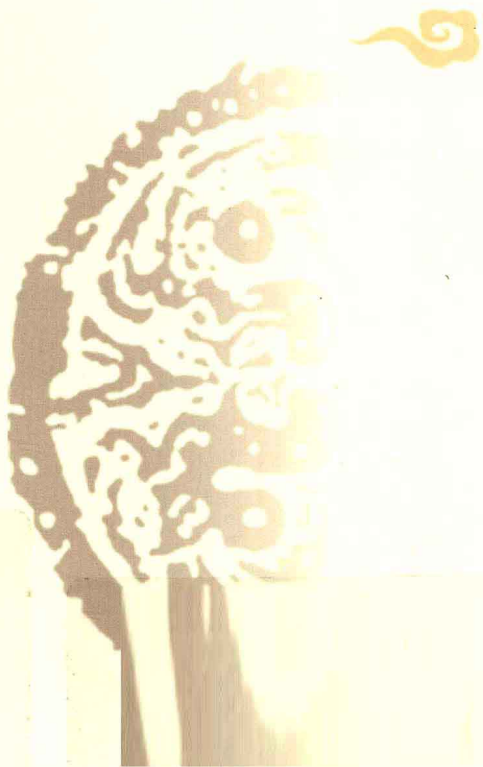


民间法文丛 谢 晖◎主编

谢
晖
◎
著

大、小传统的沟通理性



中国政法大学出版社

大、小传统的沟通理性

谢
晖◎著

民法法文丛 谢 晖◎主编 



中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

大、小传统的沟通理性 / 谢晖著. —北京: 中国政法大学出版社, 2011. 4

ISBN 978-7-5620-3903-7

I. 大… II. 谢… III. 文化学-研究 IV. G0

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第067570号

- 书 名 大、小传统的沟通理性 DA XIAO CHUANTONG DE GOUTONG LIXING
出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 zf5620@263.net
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908285(总编室) 58908325(发行部) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880 × 1230mm 32 开本 12.25 印张 325 千字
- 版 本 2011 年 5 月第 1 版 2011 年 5 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-3903-7/G · 3863
- 定 价 32.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。



总 序

这套筹备了多年的丛书，终于要和读者见面了！

近二十年前，鄙人开始关注民间法问题，其中缘由，是和当时参与教育部项目“回族法文化研究”密不可分的。通过相关调查和研究，我才自觉地认识到：人们日常的交往生活，尽管依赖于国家正式法律者甚多，但人类秩序的建制，并不首先是从法律开始的，相反，法律本身的制定，必须遵循社会生活的规定。这种认知，虽然在既有的法学理论中不但有所耳闻，而且是彼时法学教育中大讲特讲的。那时，所谓研析“规范内部的学问”还不被人们所接受，不像如今这般红火。虽然人们在讲授课程时，把“经济基础决定上层建筑”、社会事实决定法律一类的观念不时传授给学生，但在实践层面上，究竟如何把握这一问题，学生也罢，老师也罢，

六、小传统的沟通理性

经常是不得要领的。相反，把人们在社会交往中存在的既有规则，如祭祖规则、节庆规则、信仰规则，等等，一股脑儿归结为所谓“四旧”，必欲彻底扫除而后快，却是司空见惯的。其结果是教材所授与实践操作之间巨大的反差，甚至出现实践所为和理论教化之间的倒挂：似乎不是经济基础决定上层建筑，反倒是意识形态等上层建筑决定社会及其发展。

不过近十多年来，我国立法、司法等法治实践的发展，还是最终趋向于对我们时代和国情的关注，法律的全球化和法律的本土化关怀几乎同时在中国法治实践中搬演。这显然是一个需要大智慧和大手笔予以探索、协调和对接的问题。在这期间，学人们不仅探讨法治化进程中和全球化相呼应的问题，而且也开始深究中国法治的自身土壤问题。在这一过程中，“法律文化论”、“本土资源论”、“民间规范论”、“私力救济论”、“替代性纠纷解决机制论”以及“法人类学论”等不同的学说，成为我国不同法学者之间探究法治化进程中自身土壤问题的几种主要进路和学术观点。围绕这些理论或进路，产生了一批学术论著。特别值得一提的是，在法治发展中，具有“春江水暖鸭先知”功能的司法机关，已经在认真尝试如何在司法中将法律的一般规定和民间规范相结合的问题。其中“泰州经验”、“东营经验”、“陇县模式”等，引起了国内法学界和司法界的普遍关注，这更进一步证明在学术研究中关注民间规则以资法治实践的必要性。

九年前，为了推进对民间规则的研究，促进教学中学生对社会事实问题的认知，我和同仁们共同创办了以书代刊的《民间法》年刊。如今，该刊已经正式出版了八卷。与此同时，我在《山东大学学报》、《甘肃政法学院学报》分别主持的“民间法专栏”、“民间法·民族习惯法专栏”两个栏目，

已分别坚持了五年和四年，期间稿件源源不断，所发表的论著也不断被转载、转摘和引用。其中《民间法》年刊被教育部“委托南京大学图书馆”评为“CSSCI来源集刊”。此外，自2005年开始，我和同仁们发起了全国“民间法·民族习惯法研讨会”，已分别在西宁、成都、兰州、武汉、贵阳召开了五届，来自全国各地的学者们就相关论题积极参与、热烈讨论。如上情形，已经形成了民间法研究之静态和动态两个“阵地”。这表明，这一领域具有很大的研究必要和开发潜力。为了进一步推动民间法研究向纵深方向发展，北京理工大学法学院、山东大学法学理论泰山学者团队决定编辑出版这套“民间法文丛”。这套文丛，也是拟议中的北京理工大学法学院三种学术丛书之第一种。

此为“民间法文丛”的第一辑。收入第一辑的著作，有些是作者多年来调研的积淀之作，如《原生的法——黔东南苗族侗族地区的法人人类学调查》、《藏族古代法新论》、《乡土秩序与民间法律——羌族习惯法初探》三书就是徐晓光教授、多杰教授和龙大轩教授多年来深入苗族、侗族、藏族、羌族等地区认真调查、归纳、总结和研究的成果。鄙人的《大、小传统的沟通理性》、魏治勋的《民间法思维》两书，则是作者多年研究民间法问题的心得。其他五部作品，分别是贾焕银的《民间规范的司法运用——基于漏洞补充与民间规范关联性的分析》、姜世波的《习惯国际法的司法确定》、王新生的《习惯性规范研究》、厉尽国的《法治视野中的习惯法：理论与实践》、张渝的《清代中期重庆的商业规则与秩序——以巴县档案为中心的研究》，它们都是作者在其博士论文基础上修改而成。

自上述丛书第一辑的清单可以看出，本辑入选图书的一



六、小传统的沟通理性

半左右偏重于学理的探讨。但民间法问题恰恰是一个必须来自实践，通过对人们交往行为中的日常规范，特别是纠纷处理的日常规范之分析、解剖、归类、整理，才能深入其堂奥的问题。在这个意义上，民间法研究理所当然应当把社会实证放在第一位。这也是本丛书以后的各辑在组稿时将特别强调和注意的。

鄙以为，按研究内容和专题所编辑的学术丛书的功能，一是能集中展示某时段、某地方的学者们在某个研究领域里的研究成果；二是能更好地实现在某一研究领域里学术成果、学术规范和学术方法的积累；三是能给相关的学习者和研究者在查找资料时提供便利。在这三点中，我特别看中第二点。但要让一套学术丛书真正发挥学术积累的作用，贵在持之以恒。因之，本丛书拟在条件许可时，分辑编辑出版，不断坚持下去，以期为中国民间规范的研究，乃至法社会学的研究，贡献微薄的心力和智慧。

是为序。

陇右天水学士 谢 晖

2009年7月3日于苏州桥畔



日常生活批判与法学研究（代序）

在法律学术界，人们对法律究竟是什么，有许多完全不同的界定，但其中两种观点值得这里特别关注：其一是把法律看作理性，不论这种理性是神启的理性、自然的理性还是人的理性。其二是把法律看作经验，法律来自于人们的日常生活，来自于日常生活的内在规定性。把法律看作理性，就意味着法律仅仅是精英者们的事情，和普通公民没有必然的逻辑关联，即使有，也是精英们强加给普通公民的一种规范，而不是从公民的日常交往行为中自然衍生出来的规范。反之，如果把法律界定为人们根据日常交往关系的内在规定而安排生活的规范，那么，法律就是和任何一位普通公民息息相关的存在，它不待精英们特别强加，就自然会体现于公民的日

• 本文原载《光明日报》2006年2月14日。

常交往行为中，因为不这样，人们的日常交往行为就无由展开。

当把法律纳入日常生活视野中观察时，它其实是交往行为中人们意志实践的基本游戏规则。它不但不远离人们的日常交往和生活，而且就是人们日常交往行为的基本条件和根据，须臾不能离开人们的日常生活。这大概正是我们把市场经济界定为法治经济，把民主政治界定为法治政治，甚至把多元文化界定为法治文化的基本言说根据。失却了人们日常生活关注的法律，也只能被人们的日常生活本身所抛弃。所以，才有所谓“纸上的法律”这样的说法。那意思就是说，你在法律条文上规定了再严谨的法律，但如果这些条文不能有效地融入主体日常交往的生活世界，那么，它只是死的规则，或者只有象征意义，而缺乏实践意义。这方面，我国曾经颁布的《全民所有制工业企业破产法》可谓绝好的例证。

大概正是出于这种考虑，社会法学者既没有停留于价值设证，像自然法学者那样强调法律的价值追求；也没有满足于国家立法的严谨、有序，像规范法学者那样津津于规范内部的逻辑证成。与此不同，他们旗帜鲜明地把论证的触角伸向人们的日常交往行为领域，其中“活法”或者“行动中的法”这一类概念的提出，就十足地表明了他们对作为非日常生活的、或者远离日常生活的一些法律规定可能带来的对日常生活世界的挑战、销蚀、无效之担心、忧虑和理论矫正。他们强调要从人们日常生活的事实中去观察法律、发现法律。一方面，要把业已制定为纸上的法律代入到人们的日常社会生活中去，倘若这种代入不能发生可预期的法律调整效力，则只能被判定为是缺乏生活活性的“死法”。另一方面，进一步的问题是：“死法”的存在并没有消灭人类生活必需的

秩序，反之，人类总是生活在秩序体系中，否则，社会的存在、公共交往的进行、人们的日常生活等都将无从谈起。恰恰是在这国家法律失效、但人类秩序依然的事实中，社会法学者发现了另一类的“活法”，这就是“民间法”。这样，“活法”的含义，既包括在人们日常生活中被遵循、运用，从而具有实效的国家法，也包括因为人们构造秩序的需要，而在公共交往行为中所形成的自生自发规则。

社会法学者的如上努力，事实上就是把法学研究纳入到日常生活领域中。当然，在日常生活中寻求法学研究的对象、灵感和动力，必然存在一个法学研究者自身对日常生活的态度问题。其中两种最基本的态度是：要么以日常生活为根据，构造作为国民公共交往、甚至跨国交往的规则，把法律纳入到日常生活的世界。这其中所存在的文化复杂性及其方案、路径的艰巨性就可想而知。要么对日常生活世界报以必须的同情，但与此同时以批判的姿态剖析日常生活世界可能存在的对公共规范的解构、销蚀，把日常生活纳入到既定的法律世界。当然，这也不是一项轻松的任务，因为复杂、多样的生活世界总会给人们留下这样的问题：以法律统帅日常生活，那么，究竟是谁的法律？谁的日常生活？这时，其实又回到和前一问题大体相当的提问上了。



毫无疑问，由日常生活的世界向法律世界的转换，其实质是从日常生活世界向非日常生活世界的转换、从日常生活事实向制度事实的转换。在这一转换过程中，对日常生活世界自身的考量、研习和批判可谓基本前提。丧失这一前提，则作为制度事实的法律就无由形成，人类依据法律而建构秩序的理想就只能是枉然。但话又说回来，一旦作为制度事实的法律得以形成，那么，它发挥作用的基本条件就是要回到、

大、小传统的沟通理性

或者还原到人们的日常生活世界中去，否则，法律不过徒具形式，无所作为。因此，日常生活世界与非日常生活世界、日常生活事实与制度性事实、经济基础与上层建筑、市民社会与政治国家……这些对应概念的分野，在人们的日常生活实践中并不是那么截然两分的，它们只是学术研究者为了其学术研究本身的方便和明晰而给出的概念。这些，无疑给法学研究提供了一种新的学术视角，也拓展了新的学术思考空间。

现在，在哲学界，学者们已经超越了仅仅关注实证的社会学视角，而将日常生活理论由社会学的实证升华为哲学的反思和辨析。作为哲学思考的日常生活理论，其要旨就是要沟通日常生活与哲学思辨间的关联，以日常实践为向度或坐标来搭建哲学思考的平台。把日常生活自身纳入到哲学视野中，从而使自在的日常生活及其合理或非理形成自觉的证明效力。具体到法律和法学领域中，我觉得这一理论的意义在于：

第一，以日常生活为根据，发现人们生活中的规定性（法律）。归根结底，不是法律派生了人们的日常生活，而是日常生活和主体交往关系决定了法律的内容和面向。在西方法律实践中，英美法系陪审团对案件事实的认定，在一定程度上就是在社会纠纷这种生活事实中发现法律、发现规则。尽管在那里有遵循先例的原则，但先例并非案件的必然解决方案。先例识别本身就是对遵循先例的一种修正措施，而根据当下的案件进行必要的创造——自由裁量更是在案件事实中直接发现法律（规则）。至于强调制定法的国家，其法律制定的基本事实根据和逻辑前提是对主体生活实践及其关系的把握。即使在现代中国的立法史上，人们也不难发现这样

的例证。譬如清末以来的民法典起草和制定工作，是与当时中国民、商事习惯的社会调查工作紧密地联系在一起。这种调查工作，其实就是在以往并没有民法典的日常生活实践中发现民法典起草和制定的日常生活事实和基础。我以为，当下中国的民法典制定工作所缺乏的，同时所急要做的，就是要寻求人们日常生活中的支持因素。

不过话说回来，日常生活乃是一个变量，而不是“天不变、道亦不变”的常量。譬如一个传统农业社会的日常生活和现代工商社会的日常生活就呈现着完全不同的样态。因此，对日常生活的梳理、观察、解析、批判本身也是一个变量。我们不能以一个农耕社会的日常生活及其规定性来规范工商社会的日常生活，当然，我们也不能硬性地以一个工商社会的标准来调整农耕社会的日常生活。不仅如此，日常生活还是一个文化的概念，不同民族的文化传统、生活方式构成其日常生活中最坚固的内容，因此，在不同文化背景的日常生活之间更不宜硬性地推行一种所谓普适性的规范。这样，发现人们日常生活中之规定性的学术研究，就多了一重复杂性。但无论如何，这在立法理论和研究中是格外重要和必要的。

第二，以日常生活为根据，研究法律应用的过程和方法。法律的制定，固然要全方位地作用于公共交往的一切领域，但其典型的运用，则在于借助法律对社会纠纷的解决上。然而，立法仅仅为司法者解决人们的纠纷创造了一个必要的前提，它不可能包办对所有社会纠纷的解决方案，其基本原因在于法律有穷尽而生活世界中的纠纷无穷尽。这种冲突使得法律在人们纠纷解决中的作用是有限度的。但是，法治原则容不得人们在纠纷解决中轻易放弃法律，这就需要在理论上为完善法律“打圆场”——寻求有说服力的案件解决方案，



在法治原则之下，为社会纠纷的解决寻求基本的方法和出路。

可以说，以规范（而不是价值、事实）为典型研究对象的法学，在近百年来，越来越发展为一种以司法活动为中心的技术之学、方法之学。特别是在法学相当发达的国家，为了解决法律规范和案件事实之间的冲突、张力，法律方法论业已成为法学院教授的重点课程。然而，倘若法律方法离开人们日常生活交往的事实，而仅仅满足于推理、解释、论证一类的技术规程，那么，它也只能提供给人们一套在解决案件过程中的说服技巧，而不能解决人们心悦诚服地接受案件判决的问题。这种矛盾，在我看来，最好是借助日常生活来进行。其中所谓“民间法”的作用，在这样的场合，就可大为显现。笔者在未来准备做的一项学术努力，就是设法把“民间法”和法律方法的研究结合起来，其实就是把人们的日常生活事实和和规范内部或者适用规范过程中所派生的法律方法结合起来，从而为法律和案件事实间的脱节寻求可能的弥补方案。

第三，以日常生活为根据，反思法律自身可能存在的一系列问题。如前所说，只要我们把法律建基于生活世界，而不是远离生活的抽象理性世界；只要法律是人们日常公共交往的行动指南，而不是仅仅供精神贵族们任意拿捏、赏玩的工具；只要法律是人们对日常生活认识的结果，而不是神灵启示的结果，那么，法律自身的局限性，如法律漏洞、法律冲突、法律时滞等就是可以避免的。特别是自从近代商业社会、城市社会以来所形成的法治，把法律凌驾于一切社会规范之上、一切社会主体之上，从而法律无形中成了没有君主社会的君主，没有神仙时代的神仙。作为一位法学者，既要为法律的这种至高无上的规范效应而高兴、自豪，但这高兴

和自豪的基础只有进一步立足于人们日常交往行为中时，才更有价值。

当代西方世界中所兴起的批判法学、后现代主义法学，在一定程度上正是本着对日常生活负责，而不仅仅是对用文字堆砌的法律的负责，才提出了对法律和法治的深入批判和反思。就我国而言，尽管法治建设才刚刚起步，法治理念因为体制自身的掣肘，尚远未建立。但是对业已建立起来的一些法律制度，根据我国既有的和正在形成的人们的日常生活而加以反思、评判、辨析，自然也是法学家们理应关注的问题。在这个意义上讲，如果日常生活批判成立的话，那么，对法律的日常生活批判照样成立。对法律的日常生活批判，一是根据日常生活来对照、反思、检讨法律的问题；二是对人们的日常法律生活本身进行清理、总结和提升。正是这种对法律的反思，才可能使我们在推进法治的同时，也把法律真正融进日常生活世界，而不是相反，使法律远离人们的日常生活。

法学界不少人很是喜欢霍姆斯的这句名言，笔者以前未曾引用过，今天写这么一篇文章，不妨将其引在这篇文章之末尾：“法律的生命不在于逻辑，而在于经验”。





目 录

总 序	1
日常生活批判与法学研究（代序）	5
大、小传统的沟通理性	1
——兼论当代中国官方与民间的法律沟通	
一、大、小传统间冲突的必然性 / 2	
二、沟通大、小传统间冲突的既有方式 / 5	
三、契约性法律与自治：沟通大、小传统的最高理性 / 10	
四、中西之变，大、小传统的断裂结构和沟通难题 / 14	
五、央地关系，大、小传统的断裂结构和沟通难题 / 19	
中国法学的路向与民间法	25
一、法治、大国意识与中国法学的理想图景 / 26	

六、小传统的沟通理性

二、拒绝西方？照搬西方？抑或寻求法学世界结构中的自我？ / 30

三、申言中国法学的路向 / 35

四、大国法理格局中的民间规范 / 41

全球化的法律、法理与民间法 49

一、法律的全球化所提出的几个重要的法理学问题 / 50

二、法律全球化对法理学研究的一般意义 / 51

三、法律全球化背景下法律的定性问题 / 54

四、法律全球化背景下主权国家的作用 / 56

五、法律的全球化与法学家关于法律普适性的努力 / 58

六、“普适性”与“地方性”：法律全球化的悖论 / 60

七、法律全球化与法理的全球对话 / 62

八、对话的全球化与民间规范的作用 / 66

社会变革、法理学的进路与民间法 71

一、价值选择与政治变革 / 72

二、社会实证与社会变革 / 76

三、规范研究与法律变革 / 81

四、回应型社会、民间规范研究和规范法学研究的结盟 / 86

当代中国的乡民社会、乡规民约及其遭遇 94

一、当代中国乡民社会的一般性描述 / 95

二、当代中国乡民社会的乡规民约 / 98

三、变革社会中乡民社会与乡规民约的遭遇 / 107

四、简要的结语 / 112

民间规范与习惯权利 116

一、何谓习惯权利 / 117

二、民间规范作为习惯权利之载体 / 122

三、习惯权利作为民间规范之必要内容 / 128

四、结论：透过民间规范关注习惯权利 / 135	
民间规范与人权保障	138
一、一国法制建设的出发点就是为了回应国民在交往行为中的人权要求 / 139	
二、民间规范自身在一定程度上表达着不同人群的权利（人权）要求 / 144	
三、借助司法把民间规范中的人权内容及其保障方式吸纳到国家体制中 / 149	
四、借民间规范中的人权内容沟通大、小传统 / 153	
法律、民生与民间规则	160
——兼论两岸交流制度中民间规则的作用	
一、需要、民生与法律 / 161	
二、民生、民间规则与法律 / 168	
三、两岸交流、民间规则与民生保障 / 175	
论民间规则与司法能动	184
一、司法能动与我国的司法能动 / 185	
二、我国民间规则能动地进入司法的实然样式及评论 / 191	
三、民间规则作为司法能动前提的可能条件 / 198	
四、结语：司法能动与民间规则的地位 / 207	
论民间法对法律方法的可能贡献	211
一、民间规范作为法源而被引入——国家认可 / 212	
二、民间规范作为价值衡量的社会根据 / 216	
三、民间规范作为判例或判例法产出的社会根据 / 221	
四、民间规范作为司法论证的合法（理）性前提 / 225	
论民间规范司法适用的前提和场域	233
一、民间规范适用于司法活动的基本前提 / 234	

