

民间法文丛 谢 晖◎主编

魏治勋◎著

民间法思维

中国政法大学出版社

民间法思维

魏治勋◎著

民间法文丛 谢 晖◎主编

中国政法大学出版社

2010·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

民间法思维 / 魏治勋著. —北京: 中国政法大学出版社, 2009. 9

ISBN 978-7-5620-3571-8

I. 民... II. 魏... III. 习惯法 - 研究 - 中国 IV. K920.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第162370号

- 书 名 民间法思维
MINJIANFA SIWEI
- 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 邮政编码 100088
zf5620@263.net
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880×1230 32 开本 11.25 印张 300 千字
- 版 本 2010 年 1 月第 1 版 2010 年 1 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-3571-8/D·3531
- 定 价 28.00 元

- 声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所



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，

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

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



目 录

总 序	1
-----------	---

导 论 现代性语境下的民间法问题与民间法思维	1
------------------------------	---

一、“民间法”何以成为一个问题? / 2

二、“民间法”概念作为一个问题 / 16

三、“民间法思维”的框架与含义 / 24

第一章 民间法研究的前提性架构及其张力	32
---------------------------	----

一、分析框架：“情境—话语”框架的引入 / 32

二、情境探源：“市民社会”的源流与变迁 / 36

三、关系求证：市民社会规范与市民社会秩序塑造 / 45

四、实证与辨思：对“韦伯式问题”的一种解答 / 58

五、历史透视：民间社会与民间法在近现代中国之遭遇 / 73

六、意义追问：在法治的真实与虚幻之间 / 84

第二章 民间法研究范式的迷思与辨正 94

一、民间法研究范式的迷思 / 95

二、范式在民间法研究中的适用性 / 99

三、民间法研究范式的概念与基本内涵 / 103

四、对民间法研究范式纯粹性的澄清 / 114

第三章 民间权力合法性研究范式与民间法的功能指向 117

一、传统与变迁：民间权力分析范式的解释力基础 / 118

二、批判与重构：民间权力合法性结构的基本内涵 / 123

三、交往与融合：大小传统共塑民间法治未来 / 133

第四章 “事实性民间规范”及其法律方法论意义 137

一、“事实性民间规范”的事实存在 / 138

二、“事实性民间规范”的规范特征 / 149

三、“事实性民间规范”的知识属性 / 163

四、“事实性民间规范”的法律方法论意义 / 169

五、事实的规范力量 / 175

第五章 基于规范法学立场的民间法核心概念区分 177

一、“习惯”与“习惯法”等概念的混淆与区分策略 / 178

二、英文中表达“习惯”与“惯例”的语词及其意义 / 184

三、“习惯”(Custom)与“惯例”(Usage)的混淆与

意义区分 / 190

四、“习惯”与“惯例”的本质区分点：规范性及其根源 / 198

五、“习惯”和“惯例”的不同司法识别标准与司法功能 / 204

六、“习惯法”的概念及其双重渊源 / 217	
七、法官适用习惯之合法性论证：从“奥斯丁困境”到 “社会惯习命题” / 226	
八、概念之后的难题：如何理解法典中的“习惯”和 “习惯法” / 240	
九、拉伦茨：司法解释造就的德国式“习惯法” / 248	
十、区分民间法核心概念的理论 with 司法实践意义 / 252	
第六章 “民间法消亡论”的内在逻辑及其批判	260
一、“民间法消亡论”的现代性根源及其逻辑 / 261	
二、近现代中国现代化进程中的“民间法消亡论” / 273	
三、当代中国法制现代化语境中的“民间法消亡论” / 277	
四、民间法赖以确立自身的内在生成逻辑 / 283	
五、民间社会规范自立性的法经济学论证 / 288	
六、民间法之于“中国法治图景”的构成性意义 / 303	
附 录 帕特里克·格莱恩：对“习惯”的俘获、重构和排斥	310
参考文献	322
后 记	343



导 论

现代性语境下的民间法问题 与民间法思维

一部学术论著，如果它还称得上有什么理论价值和实践意义的话，那它就必须对其所处时代的主要问题有所关怀、有所回应。作为一部专注于研究民间法思维问题的学术作品，也必须对中国当前民间法研究中的一系列重大理论论争和理论难题贡献自己的观点。同时，作为全球化时代的学术研究，还必须对自身所处的世界背景保持深度的清醒，并自觉地将自己的研究置于这种世界性的背景与视野之下，否则就难以为自身的研究定位并妄称是有价值的。理论是重要的，因为“所有的研究都开始于或多或少清晰的理论基点。所以，没有理论的研究是难以想象的，正如没有经验确认观点的科学是失败的一

样。”^{〔1〕}作为一部专门探讨民间法思维问题的理论作品，既然已经在全书的各章节中对民间法思维的各个向度进行了详细的阐发，笔者在这里不想过多地重复已经陈述过的内容，而是想对中国当代民间法研究包括本书的研究赖以定位自身的相关历史性和世界性背景首先作一介绍。笔者认为，只有弄清了中国民间法研究的背景依据及其根源，我们才有可能对当前困扰民间法研究的一系列难题作出本质意义上的回答；如此一来，则那些建基于这一背景之上的一系列理论问题也就迎刃而解了。

一、“民间法”何以成为一个问题？



民间法何以成为我们时代的一个问题呢？以至于，尽管有如此之多的学者投入到民间法研究的浪潮中去，但对民间法的研究愈是深入，学者们对这一研究提出的质疑就越多，越严峻。在这里，“‘民间法’何以成为一个问题”这一提问事实上包含了两个相关但又有所不同的问题：其一，为什么“民间法”会作为中国法治建设进程中的一个重要问题并被热烈地讨论着？其价值与目的何在？其二，这一提问还包含着对“民间法”概念的探讨和质疑，“民间法”到底是什么？这一概念能够成立吗？笔者在这里表述的这一系列问题并非空穴来风，而是近几年民间法研究过程中逐渐积累下来并日渐突出的两个重要问题。没有对这两个问题的解决，民间法的研究就不能根除自身的混乱并指示未来的发展方向。

我们必须明确的一个根本事实是：无论在东方还是西方，在现代社会到来之前，习惯或“习惯法”（从分析实证主义法学的视角看，古代世界的“习惯法”本质上仍旧是习惯）都曾经是占据主导或重要地位的社会生活秩序的构造手段。在东方的中国，在确定性的官僚法诞生以前，习惯或“习惯法”一直是占据支配地位的社

〔1〕〔挪〕斯坦因·拉尔森：《社会科学理论与方法》，任晓译，上海人民出版社2002年版，第293页。

会组织手段，即使国家层面上的官僚法确立以后，在共同的儒家意识形态的笼罩之下，习惯与“习惯法”依然对社会基础秩序的建构起着不可替代的作用，“习惯法规范乡民行为，为民间社会提供秩序。这种职能在一个习惯法与国家法同时在内容上有所分工的社会里尤为重要。”^{〔1〕}由此，构成中国社会传统秩序景观的就是这样一种形态：“传统中国的民间社会，既不是只受国家支配的非自立存在，也不是自立于国家之外的自我完善的秩序空间，而是通过共同秩序观念而与国家体制连接起来的连续体。”^{〔2〕}这样，通过民间习惯规范与国家官僚法的协同作用，在中国古代社会逐渐生发出了“文明”生活的理念：“这些生活理念，大体上就是在劝导甚至强迫民众建立和遵循一种理性的生活秩序，诸如长幼有序、男女有别的等级伦理，诸如怜贫恤寡、扶助乡里的社会道德，诸如勤俭节约、恪守本分的个人品格以维护家族与家庭的同一性等等，当然，也包括了相当多的关于遵守国家法令的约定，无论在家族内还是在家族外，无论是普通民众还是读书人，都应当记住的关键词语就是‘秩序’，一种天经地义的、符合天理的，也应当是发自内心的‘秩序’。”^{〔3〕}近代以前的中国人就这样生活在一个“以家庭、宗族关系为中心的”、“理智、克制、和睦的生活规则和社会秩序”^{〔4〕}之中，一种天人合一、圆融自洽的乡土生活秩序事实上在千年之前就已经走向了成熟。在西方人的坚船利炮打开中国的大门之前，无论中国的传统法律还是民间法，不仅不是一个问题，反而是中国人

〔1〕 梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，中国政法大学出版社1996年版，第169页。

〔2〕 梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，中国政法大学出版社1996年版，第26页。

〔3〕 葛兆光：《中国思想史》（第二卷），复旦大学出版社2001年版，第277页。

〔4〕 葛兆光：《中国思想史》（第二卷），复旦大学出版社2001年版，第279页。

构造自己的和谐生活秩序所不可缺少的重要的规范体系基础。只是到了近代，曾被视为自然合理的生活秩序及其规范体系才真正变成了一个极大的问题，这一切都是“现代性的入侵（inbreak of the modernity）所导致的”。因为“以血缘为基础，以家族为中心，追求社会整体秩序的中国传统制度，和以个人为中心，以权利与义务为界限，追求自由的西洋近代制度，在不同的价值系统中，本来很难分清孰优孰劣。”^{〔1〕}但是当在武力的对比中陷入失败之后，对曾经的制度和生活方式的怀疑进而抛弃也就成为不可避免的了，这就决定了中国的传统制度与民间法的必然命运。也就是说，传统中国的法律与民间法只是在面对现代性制度体系时，在力量与效率的对比中落败的，“从技术和竞争的角度讲，我们的文化在1840年就失败了。”^{〔2〕}因此，尽管我们在内心里经常幻想着一种更好的生活方式，尽管100多年来有很多中国人幻想着能够回到过去，但为了民族的生存和自救，我们不得不求助于现代性法律制度，因为只有这样我们才有可能在同一系统中走得更好，才能最终摆脱千年未遇的巨大危机。在制度选择上相伴而生的一个必然的结果就是：我们必须将我们曾经珍视的构成我们生活方式之根基的传统文化视为糟粕与祸害，并坚决地予以抛弃。于是，传统文化与民间法近代以来的悲惨遭遇就是完全可以理解的了；从现代性的视角看，这样的做法也是完全合理和必要的。

但是我们必须指出，中国近代一百之内所发生的这一切，并不具有源发的性质，中国文化与中国法律包括民间法所经历的这一悲剧性过程，其实不过是在西方曾经上演过的历史过程的中国式再现而已。只不过，在中国发生的这一切具有外来和被动的性质，而发

〔1〕 葛兆光：《中国思想史》（第二卷），复旦大学出版社2001年版，第462页。

〔2〕 魏治勋：“全球化语境下法治本质与困境的再审视”，载《山东警察学院学报》2006年第5期。

生在西方的似曾相识的类似过程，却是主动的、内生的因而是源发性质的。因此，要想真正了解中国文化与民间法的近代遭遇的实质及其根源，我们就必须重回这一问题的原生语境：通过追溯西方社会非正式传统（习惯体系）在现代性法律制度兴起过程中的历史遭遇及其发生机制，我们就能够对中国类似问题的发生机理有一个清晰的洞察，由此，我们就有可能彻底揭开覆盖在“‘民间法’何以成为一个问题”这样一个提问上面的层层面纱。

在这里，笔者主要借助于帕特里克·格莱恩在《对“习惯”的俘获、重构和排斥》^{〔1〕}一文中的深刻阐述，展示出西方近（现）代化过程中非正式传统的必然性历史遭遇，这对于理解中国语境中的民间法问题同样是关键的和本质性的。在文章的开端，帕特里克·格莱恩就通过一个故事揭示了西方人对习惯的现代性偏见：“在重复性的行动中，我们看到的是本质性的惯习和当下合理性的缺乏。”^{〔2〕}这也注定了习惯和惯习在现代性面前的必然命运：“习惯或惯习即使并非不能证明自己的正当性，它要证明自己的正当性也相当困难；它必须被持续不断地按照当下合理性的严酷标准去处置。”^{〔3〕}但是，帕特里克·格莱恩还是令人信服地指出，非正式法

〔1〕 需要指出的是，笔者是在全书的主体内容全部完成之后，才从王林敏博士那里看到帕特里克·格莱恩的“对‘习惯’的俘获、重构和排斥”这篇文章，并惊讶于自己在本书第六章的有关论述竟然与其观点有如此之多的契合之处。因此，笔者在导论中，为避免重复见，同时也是为了更好地展示出民间法问题的历史与理论背景，才决定在这里详细转述帕特里克·格莱恩此文的内容。至于本书第六章，既然未曾受其影响，也就不想事后再引用其思想以补强既有的论述了。同时，为了读者更好地了解帕特里克·格莱恩的思想，笔者将他的“The Capture, Reconstruction and Marginalization of ‘Custom’”一文翻译出来，作为附录附于本书之后。

〔2〕 H. Patrick Glenn, “The Capture, Reconstruction and Marginalization of ‘Custom’”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 45, No. 3, American Society of Comparative Law (Summer, 1997), pp. 613 ~ 620.

〔3〕 H. Patrick Glenn, “The Capture, Reconstruction and Marginalization of ‘Custom’”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 45, No. 3, American Society of Comparative Law (Summer, 1997), pp. 613 ~ 620.



律直到被中世纪后期法典编纂的过程所俘获 (capture) 之前都一直享有特权的地位, 当时的社会生活与非正式法律制度是一体同构的, 它是特定人群或社区“身份认同的定义性的和规范性的要素” (a defining and normative element of identity),^[1] 它被作为“社会凝聚力和社会认同的手段” (a means of social cohesion and identification) 来使用。在当时的人们看来, 非正式法律并不缺乏精确的和详细的形式, 它是清晰的、可知的和极为重要的。即使在 16 世纪专注于罗马法研究和习惯法编纂的法国学派的代表人物居亚斯^[2]也不得不承认, 存在于欧洲的古老的非正式法律制度乃是“基于更好的理性之上”, 并且代表着“沉默的和不成文的一致性认识”。既然古老的非正式法律传统有着如此众多的优点, 并妥当地构成了社会生活的规范性基础, 但在现代性面前它们却面临着被俘获、被重构和被排斥的命运, 而这种对待非正式法律传统的西方态度, 在帕特里克·格莱恩看来, “在这个世界上是一种例外的和特殊的事物”。至此, 意识到其中必然隐含重大问题的人们, 就可能会发出这样的疑问: “那么, 西方法律思维是如何能够俘获和重构一种‘习惯’概念的? 并且, 为什么‘习惯’一旦被重构, 就会导致排斥的观念?”^[3] 这的确是一个令人惊骇的历史过程, 就像帕特里克·格莱恩指出的那样, 非正式法律传统, 直到新的时代到来之后, 才被一种“更精妙、更具渗透性的技术所俘获”, 而这恰恰是现代性的杰作。

[1] H. Patrick Glenn, “The Capture, Reconstruction and Marginalization of ‘Custom’”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 45, No. 3, American Society of Comparative Law (Summer, 1997), pp. 613 ~ 620.

[2] 关于居亚斯及其学派的工作, 参见 [英] 梅特兰等: 《欧陆法律史概览: 事件, 渊源, 人物及运动》, 屈文生等译, 上海人民出版社 2008 年版, 第 125 ~ 126, 179 ~ 203 页。

[3] H. Patrick Glenn, “The Capture, Reconstruction and Marginalization of ‘Custom’”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 45, No. 3, American Society of Comparative Law (Summer, 1997), pp. 613 ~ 620.

那么这一切都是如何发生的呢？其观念逻辑和操作机制又是什么呢？帕特里克·格莱恩通过他深具震撼力地发掘，将这一切呈现给我们，这也对“‘民间法’何以成为一个问题”这一提问提供了一个极具批判性的答案。让我们循着帕特里克·格莱恩的思维路径，去探寻一个由现代性制造的关于非正式法律制度历史悲剧的真实故事。

首先，由启蒙运动引发的对习惯的调查与记录使得非正式传统为现代性所俘获，并开启了其悲惨命运的开端。帕特里克·格莱恩指出，启动这一过程的第一步是那种“显然无害但却深具动摇性的将旧的非正式的法律记录下来的过程”。事实上，调查、记录与编纂非正式法律制度的过程早在启蒙运动之前就已经开始了，但它与启蒙运动之后的习惯法调查却有着本质的不同。在启蒙运动之前人们对习惯法或称非正式传统的调查和记录，是抱着一种“忠实转述”的态度的，其背后并没有隐藏某种深具征服力的抱负或目的。但是到了启蒙运动时代，“通过理性的和形式化的决策程序制定法律的观念就成为压倒一切的和极其重要的了。”于是，在对成文习惯进行官方陈述的观念中，一种主导的然而大大增强的变化到来了。这就是：“新法得以形成的方式正在侵入到对旧法的改造之中；人们不再控制它（指对非正式传统予以改造的方式和限度的制约，笔者注）；它可以在实证的形式中被发现；习惯的内容被博学的学者们篡改并被重新阐述。那些控制了笔的人，也就控制了语词。”^{〔1〕}从帕特里克·格莱恩这一浓缩了复杂历史过程的描述中，我们至少可以获悉现代性强加到非正式传统之上的种种技术性操作：其一，通过对非正式传统的记录或曰“俘获”，以及对成文习惯的官方陈述，习惯逐渐获得了实证的形式，这是现代理性得以施

〔1〕 H. Patrick Glenn, “The Capture, Reconstruction and Marginalization of ‘Custom’”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 45, No. 3, American Society of Comparative Law (Summer, 1997), pp. 613 ~ 620.