

乡土社会中的 民间法

本书对国家法与民间法在乡土社会中的地位与功能、运作与实践、发展与走向，从历史的、社会的、文化的、个案的角度进行审慎。

田成有·著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

乡土社会中的 民间法

田成有 ● 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA



图书在版编目(CIP)数据

乡土社会中的民间法/田成有著. —北京:法律出版社, 2005. 11

ISBN 7 - 5036 - 5958 - 0

I. 乡… II. 田… III. 习惯法—研究—中国
IV. D920. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 133939 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/王 扬

装帧设计/于 佳

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/787×960 毫米 1/16

印张/20 字数/276 千

版本/2005 年 12 月第 1 版

印次/2005 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010 - 63939622

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

销售热线/010 - 63939792/9779

传真/010 - 63939777

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

苏州公司/0512 - 65193110

书号:ISBN 7 - 5036 - 5958 - 0/D · 5675

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



导读

目前学界关注民间法到了十分火热和强劲的地步。然而,系统、全面地对民间法进行阐述和分析,真正写出一部具有一定历史厚度、有理论高度和有法律实证分析通俗度的专著还并不多见。本文借鉴和采用法律社会学和法律人类学的一些观点和方法,在全面掌握学界已有研究成果的基础上,强调对历史的尊重,强调理论与现实的结合,强调传统与现代的结合,强调突出问题意识和一定的学术独创,强调回到中国特定的历史语境和现实国情中,回到特定中国农村的生活场境和具体审判经验中,着力对民间法在乡土社会中的地位与功能、运作与实践、发展与走向等提出一些核心的、重点的问题来进行思考,其基本的框架和提出的问题是:

一、什么是民间法?

本部分着力分析为什么要关注民间法?关注民间法有什么意义?如何在众多的学术争议中从学理上界定民间法和乡土社会?在此基础上,进一步探析民间法的特征,民间法存在的价值,以及民间法与国家法的相互关系和效力范围。

二、怎样认识民间法?

该部分着力从历史的视角、从国家与社会的关系、从文化人类学的思路多向度、多角度地思考民间法。其中,具体分析了传统乡土社会的规范系统,传统

乡土社会民间法发达和国家法疏离的原因,阐述了在政府推进型法治背景下注重社会的合理重组以及重视民间法的重要性;同时,结合文化人类学的思路,从语境论和大传统与小传统的关系中,进一步地审视民间法在中国法治进程中的地位 and 影响。

三、民间法有什么作为?

本部分着力从理论上反思中国近代以来对传统法文化抛弃和背离而给法治带来的负面影响,主张注重对本土法治资源中的民间法的合理部分进行有效利用,从历史与现实的高度说明了民间法对现代化法治的意义。同时,运用实证和个案的分析,从宗族对乡土社会的影响,从基层法院处理纠纷的具体实践,从村民自治村规民约的实际运作等多个维度,充分论证民间法在中国乡土社会中的重要作用。

四、民间法有什么发展前景?

本部分着力梳理民间法与国家法发生冲突与对峙的表现与原因,论述民间法与国家法互动的各种可能、类型及机制,并从学理上提出解决民间法与国家法冲突的基本思路 and 对策。同时,结合中国社会转型发展时期的各种基本特征,进一步分析民间法存在的合理性,同时也辩证地指出民间法存在的缺陷,强调国家法在未来法治社会中的重要作用,以及在乡土社会应该确保国家法得到落实 and 遵守的基本措施 and 建议。

贯穿文中的基本思路是:中国传统社会是一个高度组织化的国家,国家在很大程度上控制着社会的主要资源,社会秩序具有浓厚的公法化色彩,法律传统基本上是以国家为上,以社会为下,以公法为上,以私法为下。国家与公法本位主义的法律传统,一方面导致了法律数量的空前繁多,另一方面对社会丰富多彩的惯例和民间法却视而不见。现实语境下,由于国家法自身的缺陷 and 供给不足、路径不畅、成本太大、预期不明等因素,民间法还有一定的相对合理性和实用价值。中国法治现代化的目标应该是构建国家与社会、国家法与民间法的均衡结构,而不是偏废其一。



当今中国法治现代化最重要和最艰难的是乡土农村的法治现代化,最深刻的社会变迁是乡土农村的法律变迁,最剧烈的转型是乡土农村的法治转型。本文对乡土社会、民间法、国家法、法治现代化、传统文化、本土资源等重大学术问题,尝试从社会学、人类学、政治学、历史学、法学等方面,希冀站在更高的层面上有所突破、有所提高,倾其心力对乡土社会中的民间法作出自己同情和务实的理解。



Reading Guide

Now the academe has a great urge to the folklaw research. But there is still an absence for a systemic and all-around analysis of this area. There is no books of historic messiness, high theory and fantastic study of positivism. This article used some point views and methods of legal sociology, legal anthropology. And basing on the fruit of research, it focus on the respect to the history, the combination of theory and reality, the communication of tradition and moderation, the innovation of idea and study, the return to the common sense, the very environment of China, and the living scene and experience of the villages. It dedicated to do some critical thinking on the role of folklaw, the function, and practice of it.

What is folklaw?

The point of this part is the analysis of why we are doing the research of folklaw. What is the meaning? How to define it among so many different points of views? And further more, a deeper discusses of the features of folklaw, the value of its existence and its relation with the national law would be developed.

How to realize folklaw?

In order to give a full understanding of folklaw, this part focused on the thoughts

of it from a multi-layer viewpoints, which concern the history, the relationship between nation and society and culture anthropology. It gave a specific analysis of the regulation system of local society, the reason for the departure from national law, and the development of folklaw indeed. It expounded the attention to the reasonable re-organization of society and the importance of folklaw. And at the same time, with the view of culture anthropology, it further on the survey of the status of folklaw and its influence from the discussion of the language environment and the relationship of the upper and lower tradition.

What can folklaw do?

This part aimed at the negative influence of the departure from the traditional legal culture in recent history. It claimed a reasonable use of local legal resource. It explained the meaning of folklaw to the modernized law. At last, it set forth the important role of folklaw basing on the analysis on the influence of clan to the local society, the practice of local courts, and the practice of local regulations made by villagers themselves.

What is the foreground of folklaw?

This part focused on the embodiment and reasons of the conflicts of national law and the folklaw. It addressed kinds of possibilities, types and mechanisms of the interaction of folklaw and national law. And it also gave a measurement on this issue. At the same time, it furthered on the analysis on the rationality of the existence of folklaw and pointed out its defects. An emphasis is put on the importance of national law in the future. And what is more, it also pointed out how the local society will adjust to the application of national law.

The traditional society of China is a nation highly organized. The nation controlled the resources in a high degree. The order of society presented a strong color of public law. In the law, the nation is first, the society is second, and the public law is first, the private law is second. This attitude led to the situation that a mass of



laws occurred, but many folklaw were neglected. The goal of the modernization of law is to make a harmonious environment for the nation and the society, the public and private law.

Nowadays, the most difficult and important part of the moderation of law is the village part of this work. The deepest social transition is the one of the law of the local villages. The most furious change is the one happening in the local villages. From the views of sociology, anthropology, politics, history and law, this article do some research in some important topics concerning local society, folklaw, national law, the moderation of law, rational culture and local resource. Being on a new height, it dedicated to the understanding and compassionateness about the folklaw in local society.



从传统到现代的转型中重视民间法研究

中国法律的传统历史悠久、特色鲜明,它的内涵也极为宽广,因此,我一直主张需要从多侧面、多层次、多角度去研究、概括,以反映其原貌和历史的真相。只有这样,其所遗留下的丰富资料和提供的宝贵经验才能为我们全面深入地了解,从而有利于我们实现法律的现代化。近年来,学术界开始尝试用法社会学和法人类学的观点和方法来探讨与国家法或官方法相对应的民间法,挖掘其中有用的资源。田成有同志是一位优秀的年轻学者,长期从事法文化的研究,有深厚的学理功底和研究能力,又由于在云南工作便于进行民间法的调查和研究。《乡土社会中的民间法》一书是他的博士论文,也是他这些年来潜心研究所取得成果的集中体现。因倩予作序,遂欣然命笔,就中国民间法的相关问题略言一二,以之为序。

中华法系与大陆法系主要的一个相似之处在于它重视国家制定法,以法典为基本的法律渊源。而综观中国历朝的立法,又大多是刑事立法,民事法律渊源虽以法律为主,但同时也适用习惯、家族法规、乡保条约、儒家礼教等。另外,凡属轻微的刑事纠纷不一定按国家司法管辖去告官审理,而是听由民间依家族规等调处解决。这一方面说明了民事立法的薄弱,但也表明了民间法的传统与重要性。

在中国古代,宗法制的社会、特殊的治理结构、自给自足的自然经济等因素都有利于民间法的发达。总的来看,正如马克斯·韦伯的话,中国历史“乃是一



部皇权试图将其统辖势力扩展到城外地区的历史”，虽然实际中的情况是“出了城墙之外，统辖权威的有效性便大大地减弱了，乃至消失”。一方面，中国从夏朝起便初步形成了统一的部落国家，至秦统一六国，已经建立起统一多民族的中央集权国家。秦以后的著名王朝，都追求大一统的国家目标。为了维护统一的中央集权国家，统治者十分重视法律的统一适用，无论都城还是边陲之地，都要求运用划一的法律进行调整。另一方面，民间法又有其存在的社会现实基础，所以历代王朝在运用划一的法律促进国家的统一与稳定和中央集权的强化的同时也不得不允许民间法的存在，甚至在法律上予以确认。这可以从法制史上的一些资料看出。

例一，关于少数民族的自治。历代中原王朝对少数民族都采取一定的自治方式，因为历史上我国少数民族政治、经济、文化的差异性及与内地的发展水平差距较大。所以强调“修其教不易其俗，齐其政不易其宜”（《周礼·王制》），“以其故俗治”（《汉书》卷42），“各依本俗治”（《唐律疏议》），这样少数民族地区民间法在一定程度上得以承认并存在。

例二，关于家法族规。封建时代都以家庭为社会的基本构成单位，国家认同族长、家长自主的治家之权。如催办钱粮、维持治安、处理户婚田土等民事纠纷和轻微刑事案件。家族所依据的往往就是各种形式的习惯法，如家训、族规等。例如，南海《霍氏家训》规定：“凡子侄有过，俱朔望日告于祠堂，鸣鼓罚罪，轻罪初责十板，再犯二十，三犯三十。”合肥地区族长对违犯家法族规的宗族成员“或罚以金钱酒席，或责以杖，重且至于绞死”。

例三，关于姑舅两姨姊妹为婚。按《大清律例》“尊卑为婚”律文规定：“若娶己之姑舅、两姨姊妹者，杖八十，并离异。”但由于民间此类婚姻，普遍流行，法律禁而不止，已成习俗。因此雍正八年再定例如下：“外姻亲属为婚，除尊卑相犯者，仍照临时斟酌拟奏外，其姑舅两姨姊妹，听从民便。”商鞅说：“法不察民情而立之，则不成”（《商君书·壹言》），雍正八年定例，体现了法顺民情，因此乾隆五年修律时，馆修入律。

例四，关于旗房的典卖。乾隆四十五年以前限而不禁，乾隆四十五年以后定例：京内外旗房概不准典卖，否则房产入官并治罪。然而旗民之间的经济往来是客观需要，是禁而不止的，至咸丰二年，户部提出：“私相授受若仍照旧例禁

止,殊属有名无实。准互相买卖,照例税契升科。”(《户部则例·田赋》)同时还规定:“民人契典旗地,以二十年为限(一般为十年),限内准回赎,无力者许绝卖。”(《户部则例·田赋》)

以上可见民间法的基础是现实的社会生活,它密切联系社会生活,服务于社会生活。即使是在专制社会里统治者也不能任意取消,它的存在有其必要性与合理性。

中国法律的传统有一个基本特征就是“无讼是求,调处息争”。民间调处是中国古代较为常见的一种社会生活现象,其形式多样、适应性强,既没有法律的程序,也没有差役的勒索,因而受到民众的欢迎,至宋代已经普遍化了,明清时期民间争讼一般都是先找亲邻、族长调处解决,而不去官府申告,所以称做“私和”,又称“诉讼外调处”。私和不得违背现行的国家法律,在实践中更多的是依从传统的习惯法或宗族法规、乡规民约等。一方面,它有利于社会秩序的稳定,有助于一定领域内人们相互关系的和谐,防止了胥吏的侵渔,减轻了诉讼当事人的讼累;另一方面,调处息讼始终贯穿着的“息事宁人”的思想因素,也顿挫了民众为自己的权益而斗争的精神(《学治臆说·断案不如息案》)。虽然如同《牧令书》卷十七所说:“乡党耳目之下,必得其情,州县案牒之间未必尽得实情,是以在民所处较在官所断为更允矣。”但实际上并非全然如此,如《名公书判清明集》中“谋诈屋业”一案,司法官对于由乡里亲戚所进行的调处就表示不满,在判决中特别提到“乡曲亲戚,略无公论。”“阳与和对,阴行倾陷。”(《名公书判清明集》“劝谕事件于后”第193页)

清末修订法律大臣俞廉三、刘若曾在《民律前三编草案告成奏折》中提出大清民律草案要“求最适合于中国民情之法”,因为各国民情风俗不同,所以民事立法不能强令一致。这种认识是有一定道理的。面对传统与现代,实际上也存在参酌取舍的问题,其标准是有利于社会的进步和符合国情民情。

作为一个法治后进型国家。近代以来,由于传统封建因素的影响和西方外来的入侵,中国基本上失去了依靠内部因素促成、引发法治现代化变迁的背景和条件。因此我们不得不依靠西方国家的模式来构建自己的政治和法律制度,我们不得不循着西方法治的逻辑来建构和发展中国的法治。然而,一定社会、地区或国度的法律发展,总有其自身特定的价值系统,源于西方的法治现代化



模式,如果脱离中国的历史与社会实际,其在中国的推行效果就不会理想。在中国确立建立社会主义法治国家的宏伟目标之后,在我们树立了现代司法理念的同时,我们还不能忘记我国的基本国情,要充分考虑到中国社会结构的复杂性,要善于将现代司法理念与中国的现实、复杂的社会环境有机地结合起来,注意其深厚的文化渊源和社会基础。法治的源泉和基础不仅在于国家,更在于社会,如果没有内生于社会生活的自发秩序作支撑,国家法就有可能缺乏坚实的基础,难以形成合理的、正当的秩序。

在对当代中国法治的研究中,我们不仅需要对比法治本身进行周密的论证,而且还要对与法治有关的各种社会现象与社会规范进行详尽的考查,以期能在社会整体这个较大的系统中寻求法治的最佳途径。为此,做好学问必须深入到社会的基层做扎根的、长期的调研,要注意加强学科之间的对话,要随时关注和追踪学术前沿,要善于借鉴和吸纳最新的学术成果,特别是做好农村问题研究,更要回到中国特定的历史语境中,回到中国农村的生活场境中和具体经验中。当前,日益推进的全球化潮流在强有力地改变人类的生产方式、生活样式和生活状况的同时,也深刻地改变着法的存在方式、价值取向和发展方向。这就要求我们法学工作者必须以一种全球的视野和思维,深入把握全球化时代的法律现实,反思和检讨原有的法律理论,与时俱进地进行法律理论与法律技术的变革与更新。

成有同志从事法学教学与研究多年,在法律社会学、农村法制建设研究方面成果丰硕,颇有建树。作为他的导师,我深为他的人生执著和学术勤奋而感到欣慰。他一贯坚持“走出空泛,走入实际”的立场,在书斋与社会之间,在理论与实践之间行走。特别是他在调入云南省高级人民法院担任副院长以后,更加感受到法律理论与法律实践效果衔接,挖掘法治建设多种资源的重要性与必要性,于是潜心写下了这本《乡土社会中的民间法》。该书运用法律社会学的学理与方法,着眼于乡土社会,立足于中国现有国情和法律实践,对中国农村法治建设进行了深入的独到的研究。在书中,他系统阐述了民间法与国家法之间的冲突、对峙与互动,特别是探讨了社会转型期民间法的出路,资料翔实,角度新颖,论证严密,逻辑清晰,行文流畅,既有精深的理论探讨,又有现实的调研体会,表现了作者具有高度概括的学术视野和较扎实的法学基础,表现了一位学

人对中国社会深切的学术责任感和对农民、农村问题的至诚关爱,可贵可敬。可以说是一部难得的佳作,在一定程度上弥补了民间法研究的理论空白。

值得关注的是,本书在研究视角上并没有局限于“国家”的或者是“民间”的一隅,也就是说作者并没有单纯地只站在国家的或者是民间的立场,对我国农村的法治建设作一相情愿式的指手画脚,相反,该书的出色之处就在于作者同时把握好了“国家的”和“民间的”这两对视角,并且通过对这二者的交错使用,较好地弥补了彼此的不足和片面性,这种辩证、全面的研究视角对于分析较为复杂的社会现象具有较强的说明力,当然,文章中也流露出作者对国家法的偏爱,这可能是大部分接受过严格的法律训练的人所共有的特征和基本的思维习惯。对此我们既不能过分指责,也不能不假思索地随声附和,应在阅读中对其作出自己客观的认识和深一层的推进。

还值得关注的是,田成有同志并没有像很多学者那样对农村的法治建设作泛泛的叙述,将问题作简单化和一般化的处理。不管是从该书所论述的主题,还是从其所使用的分析方法,都充分体现了作者研究的特点和个性:(1)从西方国家法治秩序的建设经验来看,单纯依靠国家的正式制度和国家法,法治秩序是不可能建构起来的,法治秩序的实现还需要调动民间的各种积极力量和社会资源,在本书中,作者通过对国家法与民间法在乡土社会中的实践状况的论述,探求乡土社会中法治秩序得以形成的途径和方式。这种针对性较强、比较具体的研究路径既抓住了问题的关键,又可以把问题论述清楚。(2)穿插于各个章节中的个案分析,体现了作者努力将理论研究回应社会生活的期盼,整部书因此形成了一种理论观点与现实个案之间相互注释和点缀的效果与风格,对这样一种增强理论研究时效性的做法,有助于推动理论与法律实践以及现实生活的融合,在某种意义上,既保障了该书的可读性,又加深和扩大了读者继续思考的空间。颇具学术感染力。(3)还值得称道的是,整部作品包含着对我国农村、农民深深的人文关怀。在一个大变革和大发展的时代里,包括农民在内的弱势群体往往是最容易受到忽视和漠视的群体,这部分人的观点和利益很难得到完整的体现和表达。尤其在工业化过程中被不断推向现代社会边缘,农民通常被看成是大变革和大发展的对象而非参与者。在这样一个大背景下,敢于站在底层农民的文化立场上提出不同的声音,对农村法治实践有着清醒客观的评

价和认识,这本身就需要一定的勇气与良知。该书浸透着作者对农民,对农村的同情、理解和重视,这一点也是难能可贵和值得肯定的。

当然,与其他学术著作一样,本书也并不是完美无缺的,疏漏和误读之处在所难免,但瑕不掩瑜,本书仍然是近年来少见的学术价值很高、开拓性和时代感很强的作品。我相信该书的出版,能对中国的法社会学研究和农村法治问题的关注起到重要的推动作用。因而,值此书付梓之际,我愿意把它推荐给法律理论界、法律实践部门的同志以及其他社会各界的读者。学无止境,追求无限,期望他有更大的提高和贡献。

张晋藩

2005年8月



法学边缘处的民间法思考

在某种意义上,可以毫不夸张地说,中国史就是一部乡村发展史,几千年来中国社会实质上是一个乡土农村制导的社会。历史上那些最重要的暴动、动乱、起义和革命均发源于农村,“翻天覆地”的中国革命是“农村包围城市”的结果,20世纪80年代初掀起的家庭联产承包责任制以及以此为契机而在中国引发的一系列改革也是从乡村点燃的,成为中国未来最大多数的“民主直选”,仍然选择最缺乏民主意识的农村作为起点和“试验田”。直到今天,我国仍是个落后的农业大国,我们有九亿农民,我们仍有80%的人口生活在农村,这是中国社会的基本国情和现状。

农村、农民、农业也就是我们通常所说的“三农问题”是参与塑造中国现实与未来的最重要力量。

然而,熟知并非真知,虽然我们一直生活在“乡土中国”之中,生长在农耕文明的笼罩之下,但也许是人往往最容易忽视自己身边最为熟悉的事物,所以,中国学界在很长一段时间里,基本上是以“城市”和“西学”等上层的或所谓主流的学术话语来进行研究的,知识分子所具有的理论模型和思维方式也基本上是西方化、抽象化的,现代化进程中潜移默化的文化移植和学术殖民,已经使我们自觉不自觉地以一种西方化了的眼光去看待、分析和评价中国的一切问题,我们眼中的农村是理论的农村、是想象的农村,而不是真正的农村、现实的农村,我们并没有真正读懂现实而复杂的中国。对中国农村现实问题的研究,我们往

往缺席的多，中国乡土社会所发生的事总让我们这些久坐书斋的“饱学之士”始料不及，汗颜得很。

我注意到，一方面，农民子弟们由于没有受过较高层次的文化教育和接受过新思想的启蒙与洗礼，对于农村的认识始终只能停留在较为浅层的表面上而无法升华，他们更多地获得的只有些感性的、情绪化的和纷乱的浅见；另一方面，那些好不容易跳出农门离开农村，到了大都市吃上“皇粮”的人则基本上是背离了农村，来个一去不复返，只在逢年过节时回农村逗留几天，获得一些残缺的和零碎的印象，发点牢骚，来点感叹，也就急于丢下农民回到了用钢筋水泥浇灌的大城市。慢慢的，我们很多人日趋困在书斋里，陷在具体的日常事务中，逐渐远离和疏离了农村，与农村、与农民拉开了距离，对中国国情的认识也只停留在“地大物博、人口众多”这类无关痛痒的书本认识和童年残留的印象中。

在现代化、后现代化喧嚣不断的弥漫氛围中，在知识分子急于把中国推入现代化的努力中，我们更多的是忙于“观念更新”，进行着想象中的“学术创造”，我们更多的是学会了从书本“逻辑的事物”出发，而不是从现实“事物的逻辑”出发，结果我们在把一些高、精、尖的理论 and 非常深刻、晦涩的“外来术语”对照和搬到现实的乡土社会中时，我们会发现，书本上非常尖端和晦涩的学术语言，在中国这块土地上基本上很难找到它们的所指，成为漂浮在知识分子表层思维与语言中的浮萍，面对农村丰富的现实和具体的生活，我们实在没有作出什么可令人骄傲的贡献与作为，我们的理论似乎多少有些黯然失色、无病呻吟、不着边际，我们抛离乡土农村实在太久，太不应该。

当然，中国知识分子身上所具有的天下情怀和兼济意识积重难消。近几年来，来自人类学、社会学和法学界的一些有识之士们纷纷看到了乡土农村的巨大转型与变迁，几乎不约而同地将深层次的目光聚焦在农村这块土地上，对“乡土中国”的研究正在成为社会学、人类学和法学等诸领域所共享的一个话语中心和新的学术增长点，讨论“三农问题”在某种程度上成了学术时尚。在继前辈学者费孝通、黄宗智之后，王沪宁、杜赞奇、苏力、余建嵘等一些学者们通过跨学科的实证方法来立体透视乡村社会，作出了令人称赞的成绩与贡献，此种学术趋势已经出现，且势头越来越强。

对我而言，我坦言自己是个农民的儿子，是个地地道道的“乡巴佬”，我曾有