

张晓萍 张 宇 王 彬 著

# 乡土社会视域下的 法治理念 研究

东北林业大学出版社

# 乡土社会视域下的法治理念研究

张晓萍 张 宇 王 彬 著

东北林业大学出版社

---

图书在版编目 (CIP) 数据

乡土社会视域下的法治理念研究/张晓萍, 张宇, 王彬著. —哈尔滨: 东北林业大学出版社, 2008.3

ISBN 978-7-81131-178-5

I. 乡… II. ①张…②张…③王… III. 社会主义法制—研究—中国  
IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 034693 号

---

责任编辑: 杨秋华

封面设计: 彭宇



NEFUP

乡土社会视域下的法治理念研究

Xiangtu Shehui Shiyuxia De Fazhi Linian Yanjiu

张晓萍 张宇 王彬 著

东北林业大学出版社出版发行

(哈尔滨市和兴路 26 号)

哈尔滨市工大节能印刷厂印装

开本 850 × 1168 1/32 印张 7.625 字数 200 千字

2008 年 3 月第 1 版 2008 年 3 月第 1 次印刷

印数 1—1 000 册

ISBN 978-7-81131-178-5

D·107 定价: 20.00 元

# 前 言

目前学界对民间法的研究到了十分火热和强劲的程度，可以说对民间法研究的持续升温正是我国法治建设向纵深发展的具体体现。基于此背景，本书从乡土社会入手对法治理念进行研究，将民间法研究置于特定视域之下，强调法治研究应尊重历史，强调法治理论的探讨应与现实相结合，强调传统与现代的结合，强调突出问题意识，强调回归中国特定的历史语境和现实国情，使之回到特定中国乡土社会的日常生活和具体审判经验中。此成果虽然微不足道，但我们相信将对我国构建法治社会具有一定的启发与建设意义。在拙著即将出版之际，笔者深深感谢给予我们无私帮助的老师和朋友，感谢学院的领导和同事给予我们的支持，感谢为我们查找和提供资料的朋友们，感谢出版社的编辑们，我们会铭记您们的关心与帮助，并以此书回报您们的恩情。

本书具体分工如下：绪论、第二章、第三章、第四章（第四节，第五节）、附录由张晓萍撰写；第一章由张宇撰写；第四章（第一节，第二节，第三节）由王彬撰写。

由于水平有限，内容难免有不足之处，真诚地希望学界给予批评与指正。

张晓萍 张宇 王彬

2007年11月于冰城梨园斋

## 目 录

|                                     |         |
|-------------------------------------|---------|
| 绪论 基本范式——国家与社会 .....                | ( 1 )   |
| 第一节 市民社会话语的双重意蕴 .....               | ( 1 )   |
| 第二节 中国社会情境的两种视角 .....               | ( 3 )   |
| 第三节 国家与乡土社会二元结构 .....               | ( 7 )   |
| 第一章 乡土社会的民本思想 .....                 | ( 14 )  |
| 第一节 基本范畴 .....                      | ( 15 )  |
| 第二节 传统中国乡土社会的民本因素 .....             | ( 31 )  |
| 第三节 传统中国乡土社会之民本价值 .....             | ( 58 )  |
| 第二章 乡土社会的权利(力)与义务 .....             | ( 86 )  |
| 第一节 借鉴与反思——西方社会中的权利(力)<br>与义务 ..... | ( 87 )  |
| 第二节 乡土社会中的权利(力)与义务 .....            | ( 101 ) |
| 第三章 乡土社会法律冲突与调适 .....               | ( 120 ) |
| 第一节 习惯法释义及其存在的意义 .....              | ( 121 ) |
| 第二节 乡土社会中习惯法运行及其困境 .....            | ( 124 ) |
| 第三节 乡土社会法律冲突的调适 .....               | ( 130 ) |
| 第四节 乡土社会习惯向法律转变的机制 .....            | ( 137 ) |
| 第四章 乡土社会的调解与审判 .....                | ( 149 ) |
| 第一节 功能透视:乡土社会秩序形态与调解<br>变迁 .....    | ( 150 ) |
| 第二节 个案分析:乡土社会场域下的纠纷解决 .....         | ( 165 ) |
| 第三节 意义追问:调解的法治意义与创造性<br>转化 .....    | ( 178 ) |
| 第四节 透视审判:基层司法的多元面向 .....            | ( 185 ) |

|                              |       |
|------------------------------|-------|
| 第五节 方法反思:民间法的话语悖论 .....      | (197) |
| 附录 中国民间法研究学术报告(2006 年) ..... | (210) |
| 参考文献 .....                   | (231) |

## 绪论 基本范式——国家与社会

进入 20 世纪 90 年代以后，市民社会开始成为我国学术界的热门话题，“市民社会与国家”这一概念构架逐步成为研究中国近代社会历史和当代中国社会的一个基本的模式或者说流行的思想路径。但是，市民社会研究范式的流行在带给学术界一度繁荣的同时，也因为其自身内涵的多重性而一度将社会理论引入纷繁复杂、莫衷一是的危险境地。尽管对市民社会学说史的考察不是本书作者的任务，但是在运用国家与社会这一研究范式之前，有必要对市民社会理论和国家与社会这一范式做一简单的学术梳理。

### 第一节 市民社会话语的双重意蕴

在关于市民社会的诸多学说中，市民社会既是一种经验性范畴，同时又是一种规范性话语。作为经验性范畴的市民社会展现了市民社会的描述性意蕴，而作为规范性话语的市民社会则体现了市民社会的价值蕴含。市民社会的双重意蕴体现了中国市民社会话语的两个不同题域，“一是对市民社会这一源出于西方历史经验的社会模式能否在中国作为一种社会实体而加以建构的论辩，二是对市民社会作为一种解释模式所反映出来的‘现代与传统’的思维构架及其理论预设中的各种理论问题而进行的论争”<sup>①</sup>。作为社会实体的市民社会是与资本主义市场经济出现之

<sup>①</sup> 邓正来：《市民社会理论的研究》，中国政法大学出版社，2002 年版，第 126 页。

前的“前市民社会”相对应的，前市民社会依靠明确的身份制和先天的等级制以及伦理力量实现社会整合，并达到私人领域和公共领域的统一。“市民社会是一个由私人利益关系构成的市民的社会，在这里私人利益获得了独立存在及其维护的正当性，公域与私域的区分获得了必要性；市民社会是一个公民的社会，在这里社会成员间摆脱了人身依附性，他们以平等、契约的方式组成自己的社会生活，平等、自由精神与社会的人权意识成了这个社会的基本价值信条；市民社会是一个政治的社会，在这里国家对公共生活的调节不再是无限度与无制约的，社会有权力制约国家对公共权力的行使”<sup>①</sup>。将市民社会作为经验实体的学术话语立足于中国社会变迁的历史事实：中国改革的不断深入，市场经济的独立性、开放性，利益多元性的不断彰显，体现了中国从乡土社会向市民社会的社会转型；以此型构建新型的法治话语，反对以政府推进为主的理性建构，而主张立足于市民社会的经验演进的法治模式，这种经验演进的法治模式主张从中国变迁着的社会事实中挖掘法治的本土资源。而作为规范性话语的市民社会理念则体现了这一从西方舶来的学术话语的价值倾向，市民社会的规范性话语表现为市民社会与政治国家相互分离和对立的分析范式，法哲学领域的诸如普遍利益与特殊利益、个人利益与社会利益、个人利益与国家利益、权利与权力等范畴都被纳入国家和社会这一关系范式的论域。这一分析范式在近代西方形成了三种不同的经典理论架构，即“洛克—康德模式的自由主义理论、霍布斯和黑格尔的国家主义理论和马克思辩证唯物主义的社會结构理论”<sup>②</sup>。洛克—康德模式从“自然状态”的前提预设出发，黑

---

① 高兆明：《市民社会的建立与家族精神的破灭——兼论市民社会研究进路》，《学海》，1999年，第3期。

② 刘旺洪：《国家与社会：法哲学研究范式的批判与重建》，《法学研究》，2002年，第6期。

格尔模式通过虚幻“绝对精神”的逻辑行进，马克思立足于社会实证和历史实证分别揭示了西方近代市民社会与政治国家分立的基本特点和历史进程。无论是抽象的人性预设也好还是科学的社会实证也好，西方市民社会理论作为一种解释模式，具有以下共同特点：①市民社会是西方市场经济自然演进的历史结果，无法通过政府的理性建构；②市民社会代表着与国家权力对抗的私人领域；③以契约关系为基础的社会关系体系决定了社会结构的近代形态，市民社会的契约关系建立了私人利益之间的对抗与协作机制，市民社会与政治国家的契约关系则建立了西方社会契约式的政治形态。作为规范性的西方市民社会话语移植到中国，遭到了来自经验层面和价值层面的质疑，这一分析范式的工具性在中国的适用性和方法论限度一直是学者们争议的热点，一些学者并不局限于这一西方学术话语的价值预设，而是从中国古代国家与社会的关系出发，在学术上做出开拓性的努力，如梁治平通过对清代习惯法的研究，解读中国古代社会与国家关系的生成形态，揭示西方国家与社会二元对立模式以及黄宗智等人的所谓“第三领域”理论所具有的地域限度，并通过这一考察，了解和评估中国现代化过程的传统与现代性问题。

## 第二节 中国社会情境的两种视角

作为产生于西方语境下的国家—社会的理论模式基于西方国家与社会非同质性的前提预设，要以这种“国家与社会”二元论的研究框架来分析中国社会，首先必须强调中国国家与社会的非同质性，因此，有必要对中国国家与社会的研究视角进行简单的梳理，以避免在实际研究中“遮蔽乡村国家机构与乡村社会之间在知识体系进而行动层面的相同性要远远大于这些乡村国家机构与上级或都市国家机构之间在知识体系进而在行动层面的相

同性的事实”<sup>①</sup>。对于中国国家——社会形态的研究视角可以简单梳理为外部视角和内部视角。所谓外部视角是指国外学者在西方语境中对中国国家—社会形态的审视，比较有代表性的有昂格尔、黄宗智、滋贺秀三、寺田浩明等。昂格尔在论述官僚法的产生时预设了国家与社会相分离的前提，并以“公共规则和私人活动领域规则的对立”<sup>②</sup>作为其基本预设。昂格尔把比较早的中国历史分为两个时期，“第一阶段姑且成为封建时期，……这一时期包括了西周的大部分（前 1122—前 771）以及随后的春秋的部分时期（前 772—前 464），第二阶段为改革时期……这一改革从春秋中叶开始，经战国直到秦于公元前 221 年的统一”<sup>③</sup>。昂格尔认为在封建时期，与之相适应的是作为习惯法的“礼”。“‘礼’并不是人们制定的，它是社会活生生的、自发形成的秩序，是一种人虽有力量破坏却无法创造的秩序。”<sup>④</sup>在昂格尔看来，这一时期的“礼”存在的社会基础是“古代中国的封建时期缺乏国家与社会的分离”<sup>⑤</sup>。昂格尔认为，中国早期历史的改革时期是从习惯到官僚法嬗变的时期，这一时期产生了国家与社会的分离。昂格尔在分析中国早期历史时，将“礼”作为自生自发的自然秩序，作为“模范行为的隐蔽模式”与国家法相对立。梁治平认为，昂格尔对于中国历史的论说，实际上是套用了—一个西方近代的社会理论模式，“它强调国家与社会的二元性，

---

① 邓正来：《市民社会理论的研究》，中国政法大学出版社，2002 年版，第 219 页。

② [美] 昂格尔：《现代社会中的法律》，吴玉章，周汉华译，中国政法大学出版社，2001 年版，第 56 页。

③ [美] 昂格尔：《现代社会中的法律》，吴玉章，周汉华译，中国政法大学出版社，2001 年版，第 84 页。

④ [美] 昂格尔：《现代社会中的法律》，吴玉章，周汉华译，中国政法大学出版社，2001 年版，第 90 页。

⑤ [美] 昂格尔：《现代社会中的法律》，吴玉章，周汉华译，中国政法大学出版社，2001 年版，第 91 页。

重视‘公共的’与‘私人的’两个领域之间的界分”<sup>①</sup> 昂格尔在论述中国历史时对中国国家与社会形态的二元界分忽视了中国古代国家形成与西方早期发展的不同而错解了中国法律，也错解了当时的社会形态<sup>②</sup>。黄宗智在分析中国清代民间调解与衙门审判时，试图超越国家—社会的二元模式，他从哈贝马斯“公共领域”的抽象概念出发，用国家/社会/第三领域分析清代国家与社会的关系，而预设了国家与社会是不同质的对立实体，官府调处与民间调处的第三领域作为国家法与民间法的互动与对话，发生在两种彼此对立的制度之间。日本的中国史学者描画出来的传统中国的国家与社会关系及地方社会秩序原理都呈现出与西方文明完全不同的另一种类型，而完全不同于西方学者的西化视角，这突出表现在近20年来有许多日本学者着手从地方的、基层社会的视点出发，通过研究明清以来民间团体、地方实力阶层和下层民众的具体情形来解释传统中国的社会与国家的关系及秩序问题。这种研究取向有一个被一般学者所承认的冠名——“地域社会论”，并且已经在明清时期地域社会史、经济史、法制史研究方面取得了大量引人注目的成果。“地域社会论”的代表人物是滋贺秀三和寺田浩明。滋贺秀三在清代司法的研究中，更为强调清代官方审判和民间调处的同质性，而描述出“国家（以皇帝为顶点的官僚机构）和社会（民间团体或更为不定型的人际网络）两者共有一个维持全社会安定的实质的目的，相互结合成连续的、非间断的秩序空间格局”<sup>③</sup>。在滋贺秀三看来，人们身边的血缘关系和地缘关系都是这种社会秩序的出发点，没

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5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6页。

③ 张思：《日本学者对中国社会形态问题的思考》，见：《中国社会历史评论》（第三卷），中华书局，2001年版。

有这个出发点便无法形成国家水平上的均质的秩序，并且血缘的、地缘的等社会集团也不是最终完结了的法共同体，它还敞开着朝向绅士、地方官以及皇帝这些高层次的有德者的情理判断。因此，中国社会秩序形态的本像应该是儒家的经典名句“修身齐家治国平天下”所表现出的那种连续性的同心圆状。滋贺秀三从否认传统中国国家与社会存在规制人们行动的统一的客观法规范出发，从而论述民间调处和官方审判的同质，进而勾画出国家—社会同心圆式的图像。寺田浩明则在研究“国法”和“私约”中发现了它们之间的共同性质，通过这一研究途径他也达到了与滋贺秀三同样的“中国类型的”国家—社会形态论：地方社会和国家权力之间呈现为连续的同心圆式格局<sup>①</sup>。梁治平对于国家—社会形态的内部视角进行了整理，国家与社会形态的内部视角分别表现为家—国—天下、公—私、官—民三组概念，这三组概念不是以国家与社会不同质的预设出发强调国家与社会的对立，这不同于西欧语境的国家—社会观念，而更为强调了国家与社会彼此渗透、互相转化的复杂关系。梁漱溟对中国国家与社会形态的论说是内部视角的极好总结，“中国国家与社会界限不清，国家消融于社会，社会与国家相互浑融，社会与国家不像在西方历史上那样分别对立”<sup>②</sup>。通过对“国家与社会”理论框架内部视角和外部视角的总结，“国家与社会”作为西欧特殊语境下的理论模型可以简单表述为：“个人从身份制的、血缘或地缘性的共同体获得解放；在旧的共同体瓦解的基础上，取而代之的是直接以个人（市民）为基本单位的新的社会结合形式；这样的结合形式一方面表现为统治及于个人的民族国家，另一方面则是通过个人的自由结合而形成，自立于国家能够与国家相对抗的

① 张思：《日本学者对中国社会形态问题的思考》，见：《中国社会历史评论》（第三卷），中华书局，2001年版。

② 梁漱溟：《中国文化要义》，学林出版社，1987年版。

市民社会。”<sup>①</sup> 这一理论视角更为强调国家与社会的不同质性，而预设了公共规则和私人活动领域规则的对立。日本学者的“地域社会论”和内部视角则更为强调中国国家与社会的同质性，强调国家与社会的交融和渗透。作为从西方舶来的国家与社会的理论框架要发挥对中国历史和制度的解释力，我们必须基于这一理论模型另一层面的含义，即“存在于一定时间空间中的公共权力以及此公共权力之下的日常生活世界”<sup>②</sup>。

### 第三节 国家与乡土社会二元结构

法律社会学上民间法和国家法的二分与对立，是基于独特的国家与社会的西欧研究范式，离不开市民社会描述性意义上的社会构造和作为规范性意义上的学术话语。西方市民社会的社会构造离不开西方独特的民主制度和市场经济的历史发展，从而在社会结构上形成了不受国家干涉的私人领域，在学术话语上形成了以权利对抗权力的学术范式。中国“家国一体”的历史传统使我们很难发现国家与社会分野的历史痕迹，尽管昂格尔的分析视角得出中国国家与社会二分的论断，但是这一论断的得出却是以对中国古代“礼”的误读和对历史的裁剪为代价的。从这个意义上，有学者认识到中国传统法的一统性和多层次性，从而指出“民间法”一词的慎用，进而否定了国家与社会范式在中国问题上的解释力。尽管中国“家国一体”的社会构造可以否定中国国家与社会对立的结论，但是却不能否认中国官方与民间的二分；尽管中国礼法精神的一统可以否定民间法与国家法的平起平

---

① 王亚新：《纠纷，秩序，法治》，见：《清华学术期刊》第二辑，清华大学出版社，1999年版。

② 王亚新：《纠纷，秩序，法治》，见：《清华学术期刊》第二辑，清华大学出版社，1999年版。

坐，但是不能以此否认民间规则与官方规则的差别。中国的治理史，用马克思·韦伯的话说，乃是一部“皇权试图将其统辖势力不断扩展到城外地区的历史”<sup>①</sup>。在韦伯看来，这部历史的记录基本上是失败的。“出了城墙之外，统辖权威的有效性便大大的减弱乃至消灭。”<sup>②</sup> 这种说法或有简单化之嫌，但它确实触及中国古代社会结构上的一个基本事实，即帝国派出官吏只到县一级，城市以外的广大村镇不在其直接统治之下。而这意味着存在一个极广大的空间，在此空间中调整“户婚田土钱债”等薄物细故的规则获得了一个理想的发育环境。在中国古代社会，“以执行道德为目标的国家法视‘户婚田土钱债’一类事务为‘薄物细故’从来不予重视”<sup>③</sup>，对乡民生活起主要调整作用的是作为自发秩序的民间规则。从这个意义上，稳定发展的中国古代法典在坚持刑法价值取向的同时，为民间规则的发展保留了广阔的空间，从而导致了政治国家与乡土社会的差异，在这个意义上，国家与社会的分析范式对于中国法治的现代化具有一定的解释力。

我们在强调国家与社会的相互渗透和交融时亦不可否认国家与社会在一定程度上的异质，这种异质性体现在中国乡土社会法律秩序的二元结构上。对于法律秩序的二元性或多元性，中外的法律学者多有论说，如日本著名法学家千叶正士认为，西方社会的法律三元结构由自然法、制定法和习惯法构成，而东方社会的

---

① 马克思·韦伯：《儒教与道教》，洪天富译，江苏人民出版社，1993年版，第109页。

② 马克思·韦伯：《儒教与道教》，洪天富译，江苏人民出版社，1993年版，第110页。

③ 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15页。

法律三元结构由法律原理、官方法和非官方法构成<sup>①</sup>。刘作翔认为，法律秩序二元性的形成源于制度性法律文化和观念性法律文化的冲突，“这种冲突，在发展中的社会中尤为明显，并且，它同社会的转型、变革、外来文化的传播引入，以及社会各类调整文化的影响都有关系”<sup>②</sup>。这种二元法秩序的构造无论在中国古代社会还是在现代化进程中都存在，但是二元法秩序的形成原因并不相同。自秦汉建立起统一的大帝国以来，中国古代社会虽然历经朝代更迭，然而政治经济秩序相对稳定，这是因为中国古代社会律典的相对稳定，中国法典的发展总是随着朝代的变迁而一脉相承，并没有随朝代的更替而发生多大变化。然而，从另一方面讲，相对于中国古代变迁的社会生活，也说明了国家法对于社会生活调节的有限性，“我们无法令人满意的透过国家法观察到当时社会的变化，尤其是以日常经济活动为重要内容的民众生活世界的变化”<sup>③</sup>。在中国古代社会，“以执行道德为目标的国家法视‘户婚田土钱债’一类事务为‘薄物细故’从来不予重视”<sup>④</sup>，对乡民生活起主要调整作用的是作为自发秩序的民间法，在“天高皇帝远”的日常生活世界，民间法构成了秩序的基础。尽管自秦以来，秦始皇实行“车同轨，书同文”的统一化措施，在国家法上追求普适性和普遍化，但是中国自古以来作为多民族国家，民族特色和地方差异使民间习惯仍有很大的生存空间，国家法在地方的失效不得不“礼失而求诸野”，民间法和国家法之间在内容上的“分工”格局从而形成。中国古代社会法律秩序

---

① [日] 千叶正士：《法律多元》，强世功等译，中国政法大学出版社，1997年版。

② 刘作翔：《法律文化理论》，商务印书馆，2001年版，第232页。

③ 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15页。

④ 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15页。

二元构造的形成,表现为国家法典文化和民间习惯法文化的对立,古代社会法秩序的二元对立与社会进步和社会转型密切相关,随着古代社会司法实践的逐步进步和古代法典的逐步完善,国家法成为社会生活中占主导地位的调整文化,而与此同时,习惯和风俗“仍以顽强的生命力遗存下来,成为人们的心理积淀或者意识表现,在社会生活中以隐形文化形态发挥作用”<sup>①</sup>。因此,在法律成为文化的进程中,习惯法文化仍有深厚的社会基础,并且在法制不发达的地区对社会关系的调整上占有主导地位,而国家法却位居下风。在中国古代,政治上消极无为主义盛行,历代政治皆以“不扰民”为其最大信条,以“政简刑轻”为其最高理想,消极无为的治国理念,为社会与国家的脱离提供了条件,为民间法秩序的形成提供了空间,从而促使了中国古代二元法秩序的形成。但是中国古代法秩序的二元性并不意味着国家与社会的二元对立,中国古代国家与社会相互交融,使中国古代社会的秩序形态呈现出“修身齐家治国平天下”的同心圆状,所以中国古代法秩序二元性,不仅仅意味着国家法与民间法的分工,更意味着国家法与民间法在实施社会控制中的互相配合,及其在长期演进和互动过程中的彼此渗透。近代晚清以来,法律移植仅仅停留在法典层面上,从西方舶来的异质性的法律文化在中国得以自上而下的推行,中国传统的法秩序开始接受现代化的改造,但是移植来的法律还没有成为浸透到社会生活中的“活法”,移植来的“正式制度”缺少一种源于本土文化的“非正式制度”作为内在支撑,制度的先行和观念的滞后使中国的法秩序呈现二元性。这正如美国法学家埃尔曼所说:“那些深深植根于诸如家庭、手工业作坊和村户的传统和价值制度通常更顽强的

<sup>①</sup> 刘作翔:《法律文化理论》,商务印书馆,2001年版,第232页。

抵制现代法律。”<sup>①</sup>

无论在中国的前现代社会还是在中国社会的现代化进程中，社会结构和法律秩序表现为两套不同质的系统。一是与国家法相连的大传统，“可以被看成是一种受到自觉维护的和更具统一性的精英知识传统，它具有很强的符号意味，并且表现出相当显著的文化选择色彩”<sup>②</sup>。文化“大传统”代表了精英的活动圈子，在法律秩序上，作为大传统的国家法是政治精英的理性设计，更多体现自上而下的人为秩序。二是与民间法相联系的小传统，是指乡民社区所代表的草根文化传统。在法律秩序上，民间法是生长于乡土社会的社会规范，作为自生自发的秩序，它与实用理性相连，更多体现“趋利避害”的人性特征。国家作为精英知识传统的代言人，体现政治精英的理性设计，政治精英从普遍性和整体性的意义出发，而设计自上而下的人为秩序。而社会代表大众的知识传统，体现大众文化的实用理性；社会秩序的形成具有自发性和个体性，因而不是不具有普遍意义的“地方性知识”。尽管中国具有强国家一弱社会的历史传统，但是国家对社会的强控也并未导致大传统对小传统的彻底湮灭，“事实上，‘家一国同构’只是一种仿照意义上的同构，即国家的组建及设置仿照家庭而立，至于在社会治理结构上，不但未实现家一国同构，而且家一国分立明显”<sup>③</sup>。因而，尽管在事实上存在中国社会对国家的依附，但是也不可否认国家与社会两种实体并存的事实。正因为中国历史上存在国家与社会的分立，所以也造就了官方与民间的知识传统，这在司法实践中必然存在着大小传统的冲突。从理论上讲，大小传统不同的文化特质，会造成文化与人性的紧张而

① [美] 埃尔曼：《比较法律文化》，贺卫方等译，生活·读书·新知三联书店，1990年版，第278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128页。

③ 谢晖：《法的思辨与实证》，法律出版社，2001年版，第299页。