

中文摘要

近年来,民间法问题引起了学界的广泛关注。关于民间法的研究可谓是纷繁复杂,然而却少有从司法视角关注这一问题的。本文主要对司法过程中的民间法问题进行了系统的论述。第一章主要是综述目前的研究现状,指出研究司法过程中的民间法的意义,并对本文的有关问题进行说明。第二章主要观察和分析民间法在司法过程中的应用。首先是考察社会中的风俗习惯、乡规民约等如何进入司法过程。其基本过程是乡民依据其日常生活的理性认为其受了委屈,在社区纠纷解决的框架内不能解决问题时,通过起诉和答辩会将民间法带进司法过程。其次,考察民间法在审理过程中的应用,主要集中于认定事实、寻找规范和增强说服力三方面。再次,从案件审理结果上对民间法在司法中的应用进行了考察。第四,观察民间法对解决纠纷和当事人有何影响以及民间法在应用过程中的修辞。第五,对民间法在司法过程中的作用进行总结。接下来的三章,主要是就民间法本身及民间法为何能在司法中加以应用的理论性问题进行探讨。第三章将回到民间法自身,重新认识民间法,阐释民间法自身的合理性,以加深对前面研究的认识。在本章中,将指出民间法是一种事实性存在,有其存在的社会场景,其合理性可以从社会学、经济学和文化学的角度进行解释。第四章重点就司法中为什么会应用民间法进行学理分析。本章首先指出民间法在司法中应用的困境,原因主要来自于制度层面、观念层面和民间法自身。接下来则主要阐述民间法司法应用的可行性,主要是从法律渊源、法律体制、民间法自身的合理性以及实践层面进行论述。第五章是关于民间法的定位问题。从前面的论述出发,试图就民间法的地位给出本文的界定。本文认为民间法相对于国家法而言,处于一种基础性的地位,是人们的集体理性在日常生活中的创造,是我们真正的本土资源。

关键词: 民间法 司法 修辞 经济分析 可行性

ABSTRACT

The folk law has attracted a lot of attentions of the jurists in recent years. The researches on the folk law are complex, but there are only a few of investigations from the view of justice. This article is the expatiation about the folk law in the judicial process. Chapter 1 is about the current status of the researches, pointing out the significance of the investigation from the view of judicial process and explaining some questions about this article. Chapter 2 is analyzing the applications of the folk law in the judicial process. Firstly, to observe how the folk regulations in the society comes into the judicial process. The basic process is that when people thinks he is hurt according to his sense formed in the daily life, he will bring the folk law into the judicial process by indictment or rejoinder, if the conflict can not be solved in the community. Secondly, the application of the folk law in the judicial process will be illustrated, which focuses on the asserting the fact, looking for the norm and enhancing the persuasion. Thirdly, the application of the folk law will be expatiated in the perspective of the trial results. Fourthly, the influences of the folk law on the parties and on solving the dispute will be explained, and the embellishment of the folk law in the application will be analyzed. Fifthly, the functions of the folk law in the judicial process will be summarized. Chapter 3 will return to the folk law itself and elaborate the folk law from different perspectives to elucidate its rationality. The existence of the folk law is a fact which exists in particular circumstances. The rationality of the folk law will be comprehended in the perspectives of sociology, economics and culture. Chapter 4 will analyze why the folk law can be applied in the judicial process. Firstly, the dilemma which the folk law has been facing will be pointed out. The embarrassments are from the system, the idea and the folk law itself. But there are also the feasibilities that the folk law can be applied in the judicature. The feasibilities can be explained in the dimensions of legal sources, legal system, the rationality of the folk law and the practice. Chapter 5 is about the position of the folk

law. This article takes the folk law for the basement compared with the state law. It is the creature of the collective sense in the daily life, which is the real local resource of ours.

Key Words: the folk law; justice; rhetoric; economic analysis; feasibility

原创性声明

本人郑重声明：所呈交的学位论文，是本人在导师的指导下，独立进行研究所取得的成果。除文中已经注明引用的内容外，本论文不包含任何其他个人或集体已经发表或撰写过的科研成果。对本文的研究作出重要贡献的个人和集体，均已在文中以明确方式标明。本声明的法律责任由本人承担。

论文作者签名：刘洪展 日期：2006.5.23

关于学位论文使用授权的声明

本人完全了解山东大学有关保留、使用学位论文的规定，同意学校保留或向国家有关部门或机构送交论文的复印件和电子版，允许论文被查阅和借阅；本人授权山东大学可以将本学位论文的全部或部分内容编入有关数据库进行检索，可以采用影印、缩印或其他复制手段保存论文和汇编本学位论文。

(保密论文在解密后应遵守此规定)

论文作者签名：刘洪展 导师签名：刘洪展 日期：06.5.20

第一章 纷繁复杂的民间法

一、民间法的研究现状

近年来,民间法问题引起广泛关注,学界对此进行了一定的探讨。既有从法制史角度对中国民间习惯法(包括宗族法、家族法、行业法和其他地方规范)的历史考证,也有对少数民族地区的民族习惯法的实证调查;既有对民间法与国家之间的关系所作的发展研究,也有从法理角度对这种关系的考证;有人看到了它的优点,也有人看到了它的缺点,尤其是对我国法治建设的阻碍。^①这些研究无疑加深了我们对民间法的认识,增进了我们的知识水平。

对民间法的研究,遇到的第一个问题便是什么是民间法。对于这个问题,目前众说纷纭,但我们不妨从法学流派及相关法学家的观点中进行简单的梳理。

自然法学派认为存在超越国家法的自然法,有些自然法学家就注意到非正式规范的意义。如卢梭就曾指出非正式制度“既不是铭刻在大理石上,也不是铭刻在铜表上,而是铭刻在公民们的心里,它形成了国家真正的宪法。”^②孟德斯鸠主张研究法的精神,而研究法的精神就是研究法律和地理、地质、气候、人种、风俗、习惯、宗教信仰、人口、商业等的关系。^③在研究风俗习惯、宗教信仰等无疑会涉及我们所说的民间法,而关注地理、地质、气候、人种等更可以说会为民间法提供一种全面的诠释。历史法学派的萨维尼也曾指出:“一切法律本来是从风俗与舆论,而不是从法理学而形成;也就是说,从不知不觉的活动力量而不是从立法者的武断意志形成。”虽然这三位法学家的论述是在民间法概念提出之前,但仍有借鉴意义,既使我们认识到研究民间规范的重要性,也使我们明确了研究的方向。真正推动民间法研究的是法社会学。法社会学宣称“无论现在或其他任何时候,法律发展的重心不在立法,不在法学,也不在司法判决,而却在社会本身”。^④法社会学家认识到:社会的存在与发展需要秩序,而秩序的维持则需要规范,规范则是多种多样的。“只要对社会生活简单地

^① 主要可以参见谢晖、陈金钊:《民间法》一至四卷以及“民间法与法律方法网”。

^② 卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆2003版,第66-67页。

^③ 孟德斯鸠:《论法的精神》,孙立坚、孙丕强、樊瑞庆等译,陕西人民出版社2001年版,第三卷地14-19章。

^④ 埃里希:《法律社会学基本原理》,转引自张宏生、谷春德主编:《西方法律思想史》,北京大学出版社2000年版,第351页。

进行一下观察就可使我们相信，除了由政权强加的法律规则以外，还存在着某些法律规定，或至少是有效力的法律规定。过去存在，现在仍然存在着一些并非总体社会的组织权限中产生的法律。”^①法社会学、法人类学、法律文化学以及法律多元论将非正式规范的研究一步步地推向高潮。

在不断深入的研究中，非源出国家的规范、禁忌就取得了各种各样的称呼，当关注其权威渊源或管辖范围时，它就被称作非国家法、非官方法、人民的法、地方的法、部落法等等；当关注其文化起源时，就被称作习惯法、传统法、固有法、民间法、初民法、本地法等等。^②由此，它也就获得了各种各样的定义。比较典型的例如千叶正士对民间法的定义就是“没有被官方当局正式认可的，但在实践中被一定范围人们——无论是否在一国之内——普遍认可的法律体系，并局限于那种对官方法的有效性有着独特影响、补充、对抗、修正甚至破坏着官方法的法律体系。”^③在国内，关于民间法，比较有影响的主要有梁治平的“知识传统说”、朱苏力的“本土资源说”和郑永流的“行为规则说”。梁治平认为与“官府”相对的是“民间”，故在“国家法”之外，特别标出“民间法”概念作为区别。民间法主要是指“这样一种知识传统，它生于民间，出于习惯乃由乡民长期生活、劳作、交往和利益冲突中显现，因而具有自发性和丰富的地方色彩”，它具有多样的形态，“它们可以是家族的，也可以是民族的；可能形诸文字，也可能口耳相传；它们或是人为创造，或是自然生成，相沿成习；或者有明确的规则，或者更多地表现为富有弹性的规范；其实施可能由特定的一些人负责，也可能依靠公众舆论和某种微妙的心理机制”。^④苏力先生在他的文章中则将民间法简练的表述为在社会中衍生的、为社会所接受的规则。他还指出民间法必定会受到历史上的在社会中占主导地位的意识形态的影响。^⑤郑永流则如此界定：“所谓民间法，意指一种存在于国家之外的社会中，自发或预设形成，有一定权力提供外在强制力来保证实施的行为规则。就中国的而言，包括家法族规、乡规民约、宗教规范、秘密社会规范、行业规章和少数民族习惯

① [法]亨利·莱维·布律尔：《法律社会学》，许物译，上海人民出版社1987年版，第22页。

② 参见千叶正士：《法律多元—从日本法律文化迈向一般理论》，中国政法大学出版社1997年版，强世功等译，第2页。

③ 千叶正士：《法律多元—从日本法律文化迈向一般理论》，强世功等译，中国政法大学出版社1997年版，强世功等译，第2页。

④ 梁治平：《清代习惯法：国家与社会》，中国政法大学出版社1996年版，第35-36页和第1页。

⑤ 苏力：《法治及其本土资源》中国政法大学出版社1996年版，第44-45页及45页注3。

法。”^①

从以上的论述中，我们不难看出民间法纷繁复杂，一方面是指研究视角和观点是多样的，另一方面是指纳入民间法研究视野的内容更是千姿百态。本人在此无意提出一个能够广为接受的定义^②（笔者甚至认为即使提出这样的概念，也只是万里长征迈出了第一步），在此只是想介绍一下关于民间法的大体认识。可以说，目前的研究基本上形成了一个框架，形成了“什么是民间法”的通常认识，给了我们一个探讨的平台。本文无意于探求民间法的概念，但在此也必须说明本文所使用的民间法的主要意义，因为“在国家法和‘民间法’之间，重要的不是它叫什么，而在于它是什么”。^③本文所称民间法，主要是在与官方法相对的意义上使用，相当于法社会学的“非正式的法”或“活的法”。它指的是在一定区域内，在人们长期的生产和生活过程中逐渐发展起来的，能够对人和事产生约束的风俗、习惯、礼仪、禁忌、乡规民约等社会规范的统称。这样的用法很宽泛，没有细化，就像当年罗马人将北方的蛮族统称为日尔曼人，巴黎人将巴黎之外的人统称为“外省人”。但不影响我们使用，就如同“日尔曼人”和“外省人”在实际生活并未影响人们的使用一样。唯一想强调的就是不论怎样界定，它都是作为事实的法秩序的一部分，是在人们的生活中实际发生作用的。这也正是民间法作为“行动中的法”引起人们关注的原因。

二、研究司法过程中的民间法

从历史上看，对民间的风俗、习惯、礼仪、禁忌等方面的研究已经在近代衰落了，法律国家主义兴起，使得在现实世界和观念世界中，国家法或者说制定法成为主角。这一点，可以从分析法学的兴盛可见一斑。然而，民间规范从来就没有消失，或许它在学界会败退，或许人们的注意力正在更多地集中于通俗意义上的“法律”——国家法，但在现实生活中，活生生的事实是它们仍然为广大普通的民众默默地遵守着、实践着、修正和充实着。

① 郑永流：《法的有效性与其有效的法》，载《法制与社会发展》2002年第2期。

② 关于民间法的定义有很多探讨，可以参见《民间法》第一至四卷中的相关文章，也可以重点参考《乡土社会中的民间法审视》，载《民间法》第四卷山东人民出版社2005年版，第356-358页。

③ 刘作翔：《具体的“民间法”——一个法律社会学视野的科学考察》，载《浙江社会科学》，2003年第4期。笔者赞同作者的这一观点并欣赏其研究方法，但不同意他解构民间法的姿态。的确，民间法是存在弊端，很大的弊端，很多学者在分析我国法治建设所面临的阻力时虽未使用民间法一词，但已指出传统的束缚是一大阻碍，而传统中就蕴含着民间规范。对民间法相关内容的批判早已有之，我们不是认识不到民间法的弊端，只是目前我们不是过于强调了民间法，而是过于强调国家法。笔者认为刘作翔的这种姿态与他的国家中心主义法律观相关，他在分析权利冲突时，也仅限于讨论法律权利，并非常强调国家法律的作用。

法律实证主义从未独霸天下，法社会学的兴起就是对它的严峻挑战。如前所述，民间规范已经并且仍将受到重视。目前中国关于民间法的研究，更多的侧重民间法的本体论和民间法与国家法的关系这两个问题，更多的是关注宏观问题，而从微观角度从“活生生”现实中研究民间法的并不多^①。当然，研究民间法可以采取的角度很多，本文的视角是结合法治进程——立法、执法、司法等过程来看待的，是在国家法——民间法互动与共存的框架下进行的。除了在人们的日常生活中发挥作用、影响国家立法外，民间法还有一个极其重要的领域——司法。司法是解决纠纷的重要机制，是社会正义的最后一道防线，是实现法治的具体的制度和技術。然而观察此过程就可以发现，仅靠国家的制定法是不足以解决全部纠纷的，同时也可能出现制定法与人们日常生活的逻辑——民间法相冲突的情况。研究司法过程中的民间法，对我们研究民间法和司法问题有重要意义。在这一过程中，民间法与官方法相互遭遇，可能相互支持，也可能相互碰撞……不论形态怎样，当事人的权利将最终得到确认，同时确认的还有在生活中最终将适用的法。因此，研究民间法就不能不关注这一领域，而对这一领域的研究无疑可以加深我们对民间法的认识，同时对解决司法中的实践问题也具有重要意义。

从司法角度来研究民间法，要做的事情很多。苏力关于习惯对司法的影响的研究已经显示：“尽管当代中国制定法对于习惯采取了某种贬抑、有时甚至是明确予以拒绝的态度，但在司法实践中，习惯还是会顽强的在法律体系中体现出来，对司法的结果产生重大影响，实际上置换了或改写了制定法。”^②本人的观察也显示有这样的结果。本文将观察社会中风俗习惯、乡规民约等在司法过程中的应用，考察其出现的场景、形式和方式，对解决纠纷和当事人的影响等问题。同时，本文还将对民间法在司法过程中的应用做一些学理分析。在本文中，司法指国家司法机关的司法，司法过程是指司法处理的整个过程，从当事人起诉开始，包括法院受理、法庭审理、调解、判决和执行等各个环节，即主要围绕法院的纠纷解决活动。

^① 关于这方面的典范，可以参见强势功、赵晓力：《一项法律事件的评论》，载王铭铭、王思福主编：《乡土社会中的公正与权威》，中国政法大学出版社1997年版，第488-554页；苏力：《穿行于制定法和习惯之间》，《送法下乡——中国基层司法制度研究》中国政法大学出版社2000年版，第七章；刘作翔：《具体的“民间法”——一个法律社会学视野的科学考察》，载《浙江社会科学》，2003年第4期。

^② 苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，中国政法大学出版社2000年版，第240页。

三、需要说明的几个问题

首先,本文采用“民间法”一词并不是说民间法是通俗意义上法律(国家的制定法,法院判决所依据的法律),^①其实采用“民间规范”更为恰当,但“民间法”一词已在学术上广泛使用,它言简意赅地表达了人们欲表达的东西,成为学术交往、交流和学术表达的一个“便利”。使用这一词语既是对目前学术研究的尊重,也是在宣示:并不是只有国家的制定才可以称之为“法”,“法”具有更广泛的意义;并不是只有国家制定的规则才有效力,现实中人们所实际遵守的才更有实效;法学研究不应只关注国家法和立法,更应该关注我们的生活,关注我们生活中的规则。

其次,在本文中,笔者并不严格区分民间法与风俗习惯、习惯法等概念。因为:第一,这些概念所囊括的内容是交叉的,仅仅是在理论上侧重不同的内容时才加以区分,而且进行理论上的区分也并非易事;第二,在还未能完全厘清民间法概念的条件下,这样做也不利于民间法的研究深化;第三,也是最重要的,区别仅是理论上的,现实生活中的人们并不关心法学界关于他们生活的规范的言辞和论文,他们不依赖法学界的这种区别而生活。

第三,本文通过案例和访谈来研究民间法在司法过程中的“应用”。之所以未采用“适用”,是因为司法又称法的适用,因此适用在司法中是指具体应用法律处理案件。具体到民间法上,民间法的适用就包含有以民间规范作为处理案件的依据的意思,这样民间法就是作为司法三段论的大前提出现的。但在涉及民间法的案件中,却不仅仅如此,比如刘作翔就以“具体的民间法”^②为名提出了许多应该批判的民间法案件。在这些案件中,民间法不仅不能作为判决的依据,还显示了其野蛮和残暴的一面。因此,本文采用意义更为宽泛的“应用”一词,既包括“适用”的含义(尽管在实践中很少出现),也包括将民间法作为一般的理由(这里包括更值得研究的民间法在司法中的“修辞”)。这样可以使我们对民间法在司法中的运用有更深刻的认识,更有利于我们将这个问题推向深入。

第四,我想说的就是研究这一问题研究的困难。困难不少,我只想指出两

^① 关于对民间法概念的批判,可参见马小红著:《礼与法:法的历史连接》,北京大学出版社2004版。

^② 刘作翔:《具体的“民间法”——一个法律社会学视野的科学考察》,载《浙江社会科学》,2003年第4期。

点。难题首先来自于“民间法”的含义。目前，学界对民间法的界定还不一致，存在很大的差别。在某种意义上，民间法就是一个大杂烩，可以说凡是非国家的、非正式的几乎都可以装进去，冠之以“民间法”的名号。对此，我想我们不应过于着急，对一个问题研究只有更深入才能更细致。现代学科的划分不正是建立在已有的研究成果之上？在没有对哲学深入之前，是没有独立的伦理学、美学、社会学、政治学等的。对这个问题，可能像当年罗马人对北方蛮族一概称之为“日耳曼人”一样，是会逐渐澄清的。因此，此时我们不妨把它们先全都包进来，加以研究。在本文中，所谓民间法，广而言之，民间社会规范；详而言之，民间风俗、习惯、典章、礼仪、宗法、乡规民约等。第二个难题来自于实践。研究司法过程中的民间法，就不能脱离司法实践。而民间的社会规范往往是在人们的日常生活中发挥作用，人们往往在不知不觉的实践和履行着它。即使发生冲突和纠纷，也往往能够首先在其时其地的民间社会规范的框架内加以解决，甚至运用其他方式。实际生活中，当人们之间产生冲突时，常常选择自我帮助、协商、第三方调解、忍让等方式解决问题，也就是说诉讼并不总是优先选择，甚至可以说大多数情况下都不是最优选择。因此能够提交到法庭的案件极少。即使这一小部分案件，因为在原有的民间法框架内没有解决，也就意味着当事人所处环境中的民间法对他们没能完全适用，这就意味着，一方或双方可能对民间法持有异议。此时的司法过程中就会涉及到很多学者所关注的问题——民间法与国家法的冲突。因此，在为数不多的案件中，要发掘出需要的案例可谓少之又少。同时，这少之又少的案例中，相当大的一部分是通过调解解决的，而调解的过程在调解书中是体现不出来的。若想对调节过程作深入的了解，最好方式就是对法官进行访谈，而这也并非易事。在调研中有法官对我的这种工作嗤之以鼻，还有人建议我去少数民族地区。所有这些都导致本研究所获取的相关实证材料并不十分充分，以至于本文的关注面还不够广阔，论证也远说不上完善。尽管如此，本人依然相信本文研究的“关键在于你是否抱着一颗善感的心和一个勤思的脑，以及——也许对奔忙于‘依法治国’之国策之间的当代法学家最重要的——你是否真正愿意到‘底下’来走一走，看一看？”^①因此，我仍将尽力为之。

① 苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，中国政法大学出版社2000年版，第241-228页。

第二章 民间法在司法过程中的应用

有学者指出民间法研究的对象领域是司法视野中的民间法^①，认为“司法视野中的民间法”既包括正式司法活动中的民间法，也包括非正式司法活动中的民间法。对此我十分赞同，但本文主要研究正式司法活动中的民间法。该学者的理由是最大量的民间法突出表现在纠纷解决过程中，所以，民间法研究的对象领域或中心领域应是使用民间法的纠纷解决活动。对这一观点，笔者不完全赞同。民间法最突出地表现在绝大多数人的日常生活中，因为这是常态，我们对此反而没有太多的留意；只有当纠纷产生时，民间法及一些其他规范才突出展现出来，因为纠纷是异态，比较容易引起人们的注意。因此笔者主张关注司法视野中的民间法。在我国，虽然对司法追加了太多的附加功能^②，但是解决纠纷仍然是司法的基本功能。在司法过程中，立法者、司法者和守法者三方被联系起来，呈现出立法者的法律文本、司法者对法的理解和对法律的解释、守法者对法的理解和期望，以及司法者本身做出的判断，这一过程还决定着最终对当事人有效力的法。正是在司法中，国家法与民间法发生了关联，并且呈现出不同的关系和结构。研究民间法当然就需要去“在司法活动所体现的权力网络及各方关系中实证地研究背后所隐藏的秘密，包括民间法律规则，法律文化，国家与社会理论等较为深层的问题。”^③这是一项庞大的工程，我将尽力为之。

一、民间法的司法进入

研究司法过程中的民间法，首先就要观察民间法是怎样进入司法程序的。涉及的问题实际就是民间法是怎样被带入到司法过程中的。因此，还要问是谁（主体）将他们带入的？在司法过程中，当事人居两边（也可能有独立请求权的第三人），法官居中，围绕着他们还有一些其他的人，比如诉讼代理人、证人、鉴定人等等。在本文中，我们将重点关注当事人、法官和诉讼代理人，对法官的关注将放在后面。很明显，是当事人的起诉将纠纷诉诸法院，从而可能将民间法带进司法过程，而诉讼代理人则可能强化或修饰这一过程。

① 厉尽国：《法学研究中的民间法范式》，《民间法》第四卷山东人民出版社 2005 年版，第 221 页以下。

② 可以参见苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，中国政法大学出版社 2000 年版，第一章“为什么送法下乡？”。

③ 厉尽国：《法学研究中的民间法范式》，《民间法》第四卷山东人民出版社 2005 年版，第 221 页。

1、权利及其来源

通常认为是法律赋予我们各种各样的权利，当权利受到侵害时，我们就会寻求救济，方式之一便是起诉。法学家关注的也往往是人的各项法律权利，争论的是某项权利是否是法律权利或法律所保护的的权利。但是，我们必须清醒的认识到，能够认识到自己的法律权利受到侵害的仅仅是少数人，一般是法律职业群体中的人，普通人对法律的了解程度并不高，他们更多的是依赖自己朴素的感觉，依赖日常生活中的逻辑。换句话说，人们在生活中更多地依靠以民间规范为载体的习惯权利。习惯权利是针对法（国家法）定权利而言的，它是指一定社区内的社会主体根据包括社会习俗在内的民间规范而享有的自己为或不为、或者对抗（请求）他人为或不为一行为的社会资格。^①想想《秋菊打官司》中的秋菊吧。难道她是因为法律意识高才去打官司的吗？不，她是觉的受了委屈，才要讨个“说法”。在这个例子中，秋菊并不是认为村长不能打她丈夫，而是认为村长不能踢她丈夫“那个地方”而坚持要个“说法”的。她依据的并不是国家的法律法规，而是日常生活的“规范”。那个地方是要紧的，是命根子，不能随便踢打。

这里其实涉及到的是权利及其来源。在人的成长过程中，都会经历社会化的过程。在这一过程中，虽然不同学科关注了不同的内容^②，如社会学关注偏重社会化过程中人与社会的互动，关注社会规范的内化及社会角色的形成；心理学偏重社会化过程中个人的成长，关注个人的人格与自我意识的形成以及一般的社会学习过程；而文化人类学关注社会化过程中文化的继承，关注一个民族代代相传的文化模式对其成员的共有人格及社会行为的影响。但是社会化的过程始终有其基本任务：第一，使个体知道社会或群体对他有哪些期待，规定了哪些行为规范；第二，使个体逐渐具备实现这些期待的条件，自觉地以社会或群体的行为规范来指导和约束自己的行为。要完成这两个任务，除了有系统的正规教育外，还有非系统的非正规教育。在前者，可能更多的接受国家的正统的法律及法律思想，而在更为广泛的后者中，却会更多地接受包括风俗、习惯、宗教艺术等“集体无意识”的社会文化的影响。可以说，人们在社会化过程中对法律的熟悉和认知是落后于对民间规范的感受和认知的。民间的，也就是他

^① 谢晖：《民间规范与习惯权利》，载《现代法学》2000年第二期，第3-11页。

^② 许美华：《社会化》，<http://xibu.tjfsu.edu.cn/lkb/xuexiyuandi/doc/shehuixinlixue/s1.ppt>。

们生活中实实在在的东西会潜移默化的影响着这个环境中的人，并且塑造着其中的人。因此，遇到事情，人们总是会首先用自己熟知的规范和模式在处理问题。而这些规范和模式中，与国家法相比，更多的是民间规范。民间规范是人们在不断的生产和生活中，反复博弈形成的行为规范，是日常生活据以主张的习惯性权利的载体。人们的日常生活主要依赖于这些内容来处理他们之间关系、解决他们之间的纠纷。

现实生活中的大多数人并不明白“权利”是怎样定义的，但他们知道维护自己的利益，而维护自己利益的“权利”来源于他们的生活。美国学者埃里克森发现“是规范，而不是法律规则，才是权利的根本来源”。^①

这是不是说国家法律就不是权利来源了？虽然不是，但至少可以认为国家法律只是给了人们纸面上的权利，或者称之为“法律权利”，而民间规范却往往承载着人们已经认识到并实际行使着的权利。当然，国家法律也并非一无是处，有时，有些人也会突破民间规范，寻求法律权利的帮助。就如苏力所言，这是当事人在寻求利益最大化。

2、起诉和答辩

前面已经指出，一般情况下，人们会在自己熟悉的规范中寻找解决办法，“人们常常会以合作的方式化解他们的纠纷，而根本不关心适用于这些纠纷的法律”^②，但是总是存在一些在原有框架下不能解决的问题。原因有很多，基本上可以这样解释：在解决纠纷的博弈中，如果双方的期待相差甚远，或者双方不原意以合作化的方式解决时，就很难在原有框架解决。这时候，就需要别的因素或更高的权威参与进来，给个“说法”。法院，恰巧就是设计用来给“说法”的国家权力机构。因此，纠纷就可能被带至法院。

在要求给“说法”的时候，当事人双方都可能用到民间法，也可能用到国家法（又是怎样牵扯国家法呢？）。此时，这些依据，不论是民间法还是国家法，就会首先体现在起诉书和答辩状当中，随着司法程序的进行还会体现在法庭的审理、法官的调节和判决当中。

3、从案例中看民间法

^① 埃里克森：《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》，苏力译，中国政法大学出版社2003年版，第52页。

^② 埃里克森：《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》，苏力译，中国政法大学出版社2003年版，第52页），原书序。

起诉会将纠纷带至法院，从而可能使司法过程涉及民间法。在研究时，我们不妨首先从案由上以及双方当事人的反应上进行观察。

案例一：在威海文登市侯家镇某村，原告徐甲与被告徐乙是东西接山的邻居，被告居东，原告居西。两房屋均系旧房，原来地基、房檐均为水平一线。1995年4月，被告将自己的草房加瓦，加瓦后的屋檐、屋脊分别比原告的房屋屋檐、屋脊高出2寸和1尺左右。被告施工过程中，原告及提出异议，双方酿成纠纷，诉至法院。^①

在这一案例中，现在城市里生活的很多人可能并不了解其中的原委。被告加瓦后的房屋屋檐、屋脊高出原告的房屋，怎么就给原告造成损害了呢？是影响排水了吗？（以此为真实缘由的修饰的案件很多，将在文章后面分析民间法在应用中的修饰）的确，这可能，但最重要的原因不在这里，真正的原因是被告加瓦后的房屋高于同在同一条直线上接山墙的原告，而这在农村风俗中是不行的，因为很多农村人对此有讲究，接山的邻居的房屋屋檐、屋脊比自己的高，就会被他家的“压”着，从而运气、财气等等不论什么都不行，不如他家。这个真正的原因是没有法律根据的，是带有一些迷信色彩的，但民间规范给出了依据。在本案中，原告曾经提出交涉，试图在原有规范框架下解决。但协商未果，遂向法院起诉，以被告将草屋加瓦，对其房屋侵害为由，要求被告屋檐、屋脊与原告的水平一线。他表面上未提出民间法依据，然而相关的民间规范却构成了他实际的支撑。

案例二：原告于甲与被告于乙、于丙系兄妹关系，由祖房六间。1971年，因两被告与原告之妻闹矛盾，原告之父于传民邀请村干部主持与原告分家析产，当场言明：家中八间房子，在二被告结婚后均归原告所有。当时原告要求写分书，村干部未写，但有当时参加分家析产的村干部的证言证明。后二被告出嫁，但于乙结婚后因与婆家关系不睦，又返回本村并经村干部说情住进三间正房，而于丙结婚后因丈夫在外地一直未搬出。后兄妹三人因房产产生纠纷，诉至法

^① 文登市人民法院民事判决书（1995）文民初字第32号，此案还经上诉审，见山东省威海市中级人民法院民事判决书（1995）威民终字第234号。

院。^①

这是一起比较典型涉及民间规范的财产继承案。虽然 1985 年就通过并实施的《继承法》中规定：“继承权男女平等”，但是，在中国广大农村，出嫁之女不继承财产。即使时至今日，在农村的广大地区仍是如此。当然，这样的情况越来越少，倒不是因为这条规矩改变了，而是在计划生育政策下，一对夫妇只能生一个孩子，很多家庭只生一个，即使是第一胎生了个女孩，也有很多家庭放弃要二胎。这样的风俗可以从当时参加分家析产的村干部的话语中感受到，他说：“你爹只有你一个儿子，一条烧火棍将来也是你的，不用写分书。”在本案中，可以说原告依据的是民间法，而两被告却用国家法来为自己辩护。并不是两被告不明晰这条民间规范，而是在实质的利益面前，采取了使利益最大化的举措而已。

在这两个案例中，都是原告将纠纷带至法院的同时，明确或隐含的提出了其在民间规范中的依据。现实生活中，存在着大量的这样的案件，一般都是一方当事人依照日常生活的理性认为自己受到了侵害，在协商或调解未果的情况下，向法院提起诉讼，要求国家的支持。而另一方当事人，往往不是不知道其中的民间规范，但由于生活情况的变化，或者说由于实际的利益摆在眼前，他们往往否认这其中的民间规范，以与法无据或以现实的国家法律为支撑，对抗原告。

二、审理过程中民间法的应用

纠纷在被当事人带进司法过程中后，与之相关的民间规范也就会出现在案件审理过程中。那民间法究竟都有些什么应用呢？刚才已经考察了对当事人的作用，那么除了当事人加以利用之外，显而易见的是，当事人的代理人当然会强化对民间规范的利用，因为他们的职责就在于维护他们所代理的人的权益。在这个地方，我们就主要把眼光放在案件审理过程中。

一般而言，法律适用就是指发现法律规范，并将其适用于当时的法律纠纷。在这一过程中，一般包括四个步骤：一、认定事实；二、寻找相关的（一个或

^① 参见文登县人民法院民事判决书（86）文法镇民初字第 29 号，此案也经上诉审，上述审情况参加烟台市中级人民法院（87）民上字第 75 号判决书。如果有人说这一案例过于“古老”的话，类似的案例可以参见山东省威海市环翠区人民法院民事判决书（2000）威环民初字第 956 号。

若干) 法律规范; 三、以整个法律秩序为准进行涵摄; 四、宣布法律结果。^①第四个环节很简单, 没有什么技术成分, 第三个环节主要是进行推理和论证, 依赖于逻辑学和价值判断。这两个环节基本上与民间法没什么关联, 但在认定事实和寻找规范连个方面, 都与民间法具有密切的关系。为什么呢?

因为民间纠纷, 主要是有关婚姻、家庭、赡养、扶养、继承、债务、房屋、田地、宅基地、山林、水利、承包、经营以及斗殴、伤害、损害赔偿等。这些案件大多发生在家庭内部和邻里之间。换言之, 发生在没有陌生人的社区共同体中或相对熟悉的认之间。这种共同体不但以信息共享为其特征, 而且其成员基本上拥有同一种知识, 受制于同一种生活逻辑。^②而这种逻辑通常便是民间规范。如果没有对这些案件类型的民间规范的了解, 我们便无法理解当事人的请求, 无法理解这类案件。

1、事实认定

准确认定法律事实是作出正确司法裁判的前提。因此, 法官必须准确的认识他所面临的“案件”, 以及这个案件与相关社会因素的联系。“法律事实并不是自然生成的, 而是认为造成的, ……是社会的产物。”^③如果不能深入了解人们的生活, 感知他们的生活经验, 又不能适当的解读蕴含在案件中的民间规范, 就很难准确的理解案件, 甚至曲解和歪解案件事实。我们来看下面的案例:

案例三: 在河南某地, 办结婚喜宴, 一般都是上八凉、八热, 共十六个菜, 最后一道热菜是丸子, 其中还有鸡蛋。一老汉在为儿子置办婚礼, 在一家饭店订了婚宴, 但是店家在上第二道热菜的时候就上了那道丸子, 宾客弃席而去, 后面的菜饭店虽然还继续上, 但已经没人吃了。老汉当场拒绝付款, 与酒店酿成纠纷, 最后诉诸法院。^④

宾客为什么会纷纷离席, 老汉为什么拒绝付款, 这到底又是怎么一回事呢? 原来最后一道热菜上丸子和鸡蛋是有寓意的, 其意思就是酒席结束了, 通俗说

^① 魏德士:《法理学》, 丁小春、吴越译, 法律出版社 2003 年版, 第 296-287 页。

^② 梁治平:《乡土社会中的法律与秩序》, http://www.fsx.com.cn/scholar_c/liangzhiping/index/。

^③ 吉尔兹:《法律的地方性知识: 事实与法律的比较透视》, 载梁治平主编:《法律的文化解释》中国政法大学出版社 1998 年版。

^④ 此案例由山东大学陈金钊教授提供, 在此, 对他表示感谢。

法就是“滚蛋”。在本案中，双方争议的焦点就在于酒店的行为是否给老汉一家造成了损害。酒店提前上了本该最后才上的“丸子”，就一般吃饭而言，本也没什么，先吃什么后吃什么，大部分人又不是美食家，没那么多讲究，可既然当地风俗中有最后才上丸子的习俗，作为酒店就不可能不知道，提前上了丸子，致使客人离席而去。这样一来，不仅就给办喜宴一家人造成了不必要的浪费，还使他们在亲戚朋友面前失去了面子。更有人说：“没钱就别请客！”这样就导致宾客对主家的评价降低，损害了老汉一家的声誉。最后老汉起诉饭店，要求不支付筵席的费用，并要求酒店给予精神赔偿。法院经审理，最后裁决老汉支付前面已吃得几道菜的价款，后面没吃的就不用支付了，并驳回精神损害赔偿。

再看下面的几个还是跟结婚有关的案例。

案例四：婚宴撞伤丧宴案

北京福兰德酒楼“婚宴撞上丧宴”，新郎孙某在饭店起诉他付清婚宴费的同时，以饭店侵害了他的人格尊严权为由反诉饭店，索赔 20 万元精神损失费。经过三次开庭审理后，该案终于尘埃落定。北京市通州区人民法院一审判决孙某支付酒楼的餐饮费，酒楼方赔偿孙某精神损失费 2000 元。判决下发当天，孙某未到庭审现场，双方代理人未明确表示要上诉，均称“要回去考虑考虑”。^①

无独有偶，在上海也发生过这样的一起案件：

案例五：2005 年 10 月 16 日，王先生在浦东某酒店二楼给儿子办婚宴。不料，餐厅入口突然出现两个披麻戴孝的人。原来是因酒店一时疏忽，将婚宴和丧宴安排在同一餐厅内，虽然中间设置了屏风，但仍然将王先生气坏了，他拔腿就走，并拒绝买单。酒店于 10 月 27 日起诉，要求王先生支付餐费共计 24225 元。在上海浦东新区法院法官的耐心调解中，案件得以解决：11 月 3 日酒店向王先生承认工作差错，减免餐费 2425 元，并送一千元红包赔礼。王先生则支付 2.1 万元的餐费。^②

案例六：新房变停尸房

^① <http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=170921>。

^② http://www.chiwang.cn/Article_Print.asp?ArticleID=3742。

1999年,上海的李建海请装潢公司装修结婚用房,却意外发现装潢公司的民工在装修的房屋内缢死已经一周。房主认为“不吉利”的房子已经不能作结婚新房用,且价值贬损,要求装潢公司赔偿。2000年2月28日,李建海向上海市黄浦区法院提起诉讼,要求百姓装潢公司赔偿买房和装修的经济损失25万元,并要求精神赔偿5万元。在法院的主持下,双方进行了一次调解,但由于双方所提条件悬殊太大,调解没有成功。6月13日,上海市黄浦区法院公开审理了这一案件。法院认为李建海的房屋作为不动产,价值没有受到影响,因而李建海要求的25万元经济赔偿不予支持。上海百姓装潢公司由于没有尽到管理责任,致使其员工在施工现场自缢,并给原告造成一定的精神损害,应承担相应的民事责任,赔偿原告李建海精神损失费5000元,并同意装修公司自愿补偿原告2万元。8月29日,上海市第二中级法院开庭审理此案,并作出终审判决,判定准许上海百姓家庭装潢公司自愿补偿李建海精神抚慰金人民币2万元,其余部分维持上海市黄浦区法院的一审判决。^①

所有这些案件都是结婚有关,观察这些案例,可以发现案件争议的主要焦点之一就是一方的行为,是否给另一方造成了损害。是否造成损害是事实问题,如果不结合民间规范,就很难有正确的认识。在民间,结婚是一件非常重大的事情,有很多很多的讲究。在案例三中,酒店提前上了本该最后才上的“丸子”,致使客人离席而去,后面上的菜无人享有。在案例四和案例五当中,事情更是显而易见,把婚宴和丧宴一起办,对办喜筵一方而言心里能好受?用民间的话说,这是什么意思?不是咒我们吗?在一般人看来损害是非常明显的,但法院又为什么不旗帜鲜明地予以支持呢?这些损害,除了案例三中老汉的客人离席而去造成的饭菜无人享用的直接损失外,都是无形损害。实践中,法院一般认为赔偿请求成立的前提条件,是当事人因侵权行为遭受损害,而这里的损害又以实际损害为主。

以案例六为例,我们来看看法院的逻辑。法院认为:李建海的房屋作为不动产,其价值取决于房屋本身的位置、面积、朝向、环境等综合因素,房屋内是否曾经发生过人员死亡事件,与房屋的使用与房屋的价值并无必然联系。由

^① <http://www.cctv.com/life/lawtoday/13/bqnr/bqnr.html> .

于侵权损害赔偿以实际损害为前提,在李建海未能证实财产已受损害的情况下,要求上海百姓家庭装潢有限公司给予赔偿,不应予以支持。但是,由于崔某的自缢身亡事件发生在李建海的住房内,李建海作为该房的使用人,其目睹该事件现场后所产生的恐惧、焦虑、忧郁等生理反应与精神痛苦,显然会对保持自身人格尊严带来不利后果。因此,李建海要求精神抚慰金来弥补自己的精神创伤,于法有据,应予支持。鉴于精神损害赔偿抚慰金的数额既与侵权行为的后果相对应,又与侵权人过错相适应,故以此衡量李建海诉请的5万元精神损害赔偿金明显偏高,难以全部支持。本案中,上海百姓家庭装潢有限公司承包装潢李建海住所,在房屋装潢竣工交付前,上海百姓家庭装潢有限公司负有妥善管理装潢施工人员与施工现场的义务。由于上海百姓家庭装潢有限公司没有尽到管理责任,致使员工崔某得以在施工现场自缢并给李建海造成一定的精神损害,对此上海百姓家庭装潢有限公司显然有一定过错,应依法承担相应的民事责任。^①

认定事实之“定性”,当事人是否遭到损害等问题的认定看来并不容易,尤其在确定是否构成损害或妨碍的问题上。苏力先生曾经认真分析一个“搭伙”的案例。^②在“搭伙”究竟是何性质的问题上,是煞费苦心、颇费笔墨。我想这一方面说明相对民间的事情进行定性分析的困难,另一方面也说明了用西方的正统的法律知识与中国的现实案件的某种不可通约性。法院在这时候往往要借助民间规范来确认。这里又要提出一个问题就是为什么有的案件法院确认了民间规范,认为构成侵害;而在有的案件当中则否认民间规范的效力呢?

2、寻找规范

法官适用法律解决纠纷时,首先应在正式的法源中寻找、发现法律。但在现实中,往往出现正式法源明显背离当事人的生活逻辑或没有明确规定等情况。此时,法官必须努力去寻求隐含的法律,解决纠纷。从哪里去发现呢?这就涉及到法源理论。关于民间规范作为法源的理论问题将在后面进行探讨。在此,主要是举几个例子,证明现实的司法实践中存在这样的现象。在此有必要说明的是,尽管支持或者适用了民间规范,法院也往往采用巧妙的技术将其掩盖起来,同时冠之以国家法的形式,这就使我们真的很难分清适用的规范究竟是事

^① <http://www.cctv.com/life/lawtoday/13/bqnr/bqnr.html>.

^② 苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2000年版,第205-215页。

实根据还是法律根据。

案例七：威海市环翠区羊亭镇某村，原告张某与被告陈某是东西邻居，被告先盖的房子位于原告的西侧，被告按其村规在其东山头为原告留有一条烟道原告使用。1998年6月23日，被告未经原告同意，擅自将预留该原告使用的烟道堵死，致使原告不能正常使用该烟道，双方所赐交涉未果，诉至法院。^①

关于本案的处理，法律从未有过这方面的具体规定，只有一个处理相邻关系的原则性条款，即《民法通则》第八十三条，规定：“不动产的相邻各方，应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的精神，正确处理截水、排水、通行、通风、采光等方面的相邻关系。给相邻方造成妨碍或者损失的，应当停止侵害，排除妨碍，赔偿损失。”同时，在最高人民法院于民法通则的实施意见中的第97-103条做出了详细解释。如果说调查中发现的关于通行、排水、采光等方面的案件勉强还可以算作有法可依的话，那关于本案这样的事实却真的是没有任何具体的法律规定。法院在处理这一案件时，在判决书中写道：“另查，原、被告所在村规定：对伙山墙、林山墙都得给东西邻舍留有烟道。”“本院认为：被告将留给原告的适用的烟道堵死，事实清楚，……原、被告所在村也有民俗约定，双方理应遵照执行，故原告请求理由正当，应予支持。……”虽然，判决书中说仍然是“依据《民法通则》第八十三天、第一百五十四条第（二）、（五）项之规定，判决如下……”但在本案中，最终真正适用的规范就是村规中那条“对伙山墙、林山墙都得给东西邻舍留有烟道”的规定。

3、增强说服力的工具

在涉及民间法的案例中，法官的判决书经常会出现借助民间规范的话语，以增强说服力。比如在一起关于排水纠纷的案件中，一审法官写道“原告擅自改变院内水的流向，不符合村总体规划，且给被告生活造成不便，对原告的诉讼请求，本院不予支持。”在二审中，法官又写道：“只要排水通畅，并不影响被上诉人的生活，也不违背当地的民风民俗。”^②这样一来，由于中国目前的判

^① 威海市环翠区人民法院（1998）威环羊民初字第140号民事判决书。

^② 文登市人民法院民事判决书（2002）文汪民初字第22号，山东省威海市中级人民法院民事判决书（2003）威民一终字第420号。

决或裁定的书写方式相对简单，无疑就增强了裁决的说服力。同时，也使对国家法并不熟悉的居民对裁决有了更多的信服，有利于裁决的最终执行。

不论法官出于何种目的，不可否认的现实就是民间的某些规范已经出现在司法中，作为有效力的或至少是用影响的规范适用于案件。

三、从案件的处理结果上看民间法的应用

本节中前两个问题关注了当事人在司法对民间法的利用和民间规范在确定案件事实和发现法律规范中的作用。在前面已经提出一个问题：为什么案例一、二中当事人的受到的侵害不予支持呢？这里直接关涉的是所有案件当事人真正关心的问题，也是最重要的问题——案件的处理结果。一般认为法院处理的结果主要是判决、裁定和调解。现实生活中却要复杂的多。

1、关于受理环节

在本节的开头，我们观察了当事人的起诉，面对起诉，法院又是怎样处理的呢？我们认为立案庭会对案件进行初步审查。虽目前关于民事案件法院的受理的法律规定是《民事诉讼法》第一百一十一条，其中规定：“人民法院对符合本法第一百零八条的起诉，必须受理。”而《民事诉讼法》第一百零八条规定：“起诉必须符合下列条件：（一）原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织；（二）有明确的被告；（三）有具体的诉讼请求和事实、理由；（四）属于人民法院受理民事案件的范围和受诉人们法院管辖。”本条中的规定涉及民间法的案件的最大影响就是第四项中的民事诉讼受案范围。关于这一点《民事诉讼法》第三条规定：“人民法院受理公民之间、法人之间、其他组织之间以及他们相互之间因财产关系和人身关系提起的民事诉讼，适用本法的规定。”据此有学者提出了主体和内容两个来确定民事诉讼的受案范围。但不管怎么说，这一领域还是有許多空白。

当有关民间法的案件提交到立案庭后，法官会对其进行初步审查。在调研中发现，在此会产生三种结果：一是法院受理，从而进入审理过程；二是法院不予受理，拒绝的理由就是不符合民事诉讼的受案范围（遗憾的是在此我无法举出恰当的例子，不过这种情况越来越少了，这可能也与法官素质有关。在下面会给出例子的）；第三种情况就是法官会劝说当事人不要起诉。说了第三种情况可能有些奇怪，有些人可能根本就理解不了，但中国的法官就是会这么尽职

(除了尽责之外,我想这也可能与法院承担的办案压力有关,几乎全国各地的法院都很忙,有大量案件需要处理)。比如案例一这样的案子,法官就会告诉当事人,如果以屋檐、屋脊比自己高为理由不会得到法院支持。这时候,当事人可能就不告了。对于对国家法律规则陌生的普通人来说,法院的人都告诉你赢不了,还有什么可告的?如果当事人坚持,一般是会立案的。既然赢不了,又为什么要坚持呢?这里就涉及在普通人的生活中打官司的意义。尽管我不能赢,但你被我告到法院了。这本身就是在对被告施加压力,因为目前在我国,打官司就不是一件光彩的事,尤其是当被告。原告这样做是一种自卫。发出这样的信号,不会被人看不起,不至于在社区里抬不起头。很有意思的是,在生活中,的确有很多纠纷在当事人一方诉诸法院时,另一方就会适当退让,从而以非诉的方式解决纠纷。看来,诉讼在这样意义上,是纠纷当事人进行博弈的一个筹码。需要指出的是,在这个时候,当事人也会有更聪明的选择:将案件加以“伪装”。关于这一点将在下面进行解释。

2、经审理后的处理结果

上文探讨的是立案和受理环节,这里的处理结果是指案件经过审理,会出现的几种情况,主要是判决、裁定和调解书、庭外和解以及当事人撤诉。

人民法院审理民事案件,根据查明的事实,正确适用法律,对案件中的民事实体权利义务争议做出判定,是为判决;人民法院在审理民事案件时,对需要解决的程序性事项做出判定,是为裁定;当事人愿意调解,在查清事实,分清是非的基础达成调解协议,法院可以制作调解书。先看裁定,因为裁定的适用的种类虽多,但与本文相关的情况却比较少。与案件处理结果相关的裁定主要有三类:不予受理;管辖权异议和驳回起诉。管辖权异议不属于本文讨论的范围,而不予受理的情况刚刚已经探讨过了。剩下的一种就是驳回起诉。驳回起诉适用的情况根据民俗意见第139条的规是指“立案后发现起诉不符合受理条件的,裁定驳回起诉。”前面已经述及,民间法案件按一般会予以立案的,但现实中就有法官驳回起诉。

案例八:原告魏某,山东省荣成市崖头镇东陵后村人,与被告徐某是前后邻居,被告在前。原告园内排水沟向南流水,在2001年,因被告堵塞,致使排

水无法流出，诉至法院。审理该案的法官在裁定书中写道：“本院认为：被告因乱堆杂土影响排水引起纠纷，首先应当由乡镇级人民政府处理，责令停止侵害。造成损失，应当赔偿。故原告起诉程序与法相悖，依据《村庄和集镇规划建设管理条例》第39条、第40条之规定，裁定如下：驳回原告魏廷海的起诉。”^①

案例九：原告某，荣成市虎山镇陈家村人，2002年以被告陈某不按照村委规定清除门左右堆放的杂物及斗车，影响交通为由，诉至法院，要求被告排除妨碍。法官在裁定书中写道：“本院认为，原、被告为村委会决定的村民对方杂物问题而发生争执，不属于人民法院民事诉讼调整范围。故依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零八条的规定，裁定如下：驳回原告的起诉。”^②

当然，这两个案子都被二审裁定所纠正。或许这样的事情并不常见，或许这的确是法官素质的问题，但我被“一不小心”的发现了，而且还是两个，就说明在实践中，有关民间法（两个案件实际上都涉及到村规民约）的案件，的确存在着驳回起诉的情形。并且更有意思的是，在案例九中，上诉人在上诉状中称“原审裁定认定事实不清”、“适用法律错误”，而被上诉人却在胜诉答辩中宣称“原审裁定认定事实清楚”、“适用法律正确”。双方当事人关于适用法律正确与否的分析非常生硬，因而实际上，他们或许根本就不明了“人民法院的民事诉讼范围管辖”究竟是什么，这样做只是在为维护自己的利益进行努力。这也从一个侧面上证明了当事人实际关心的是案件的处理结果，而不是适用于案件的法律。

看完了裁定，我们再来看判决。其实判决结果无非就是支持或者不支持原告的诉讼请求，当然也可能会存在支持一项或数项的诉讼请求，驳回另一些诉讼请求的折中做法。实际上，在上面引用得几个案例中，法院也是这样做的。是否支持的最终结果是当事人所关注的，但我们所关注的是元音，要追问的是：支持，为什么？不支持，又是为什么？

由前面对几个案例的分析可以看出，法院的逻辑与一般人的逻辑虽不完

① 山东省荣成市人民法院民事裁定书（2001）荣崖民初字第550号，二审裁定见山东省威海市中级人民法院民事裁定书（2002）威民一终字第78号。

② 山东省荣成市人民法院民事裁定书（2002）荣民初字第9号，二审裁定见山东省威海市中级人民法院民事裁定书（2002）威民一终字第375号。

全一致，但毕竟存在统一性。结合案例一和二，在案例一中，初审法院支持了原告，而二审法院认为这样对被上诉人（即原一审原告）的房屋并无侵害，其要求拆除上诉人（一审被告）房屋高出部分的诉讼请求不予支持。这类案件很多，实践中法院一般都是不予支持。的确，只要房屋处理得当，屋檐、屋脊高的房屋不会对低的房屋造成使用上的损害，对原告而言损害不是物质上的，而是精神上的。这种精神上的损害包括按照“迷信”说法，邻居“压”着自己，即使原告比较开明，不在乎这样，但这样仍有可有会造成另一种损害：因为“受害人”的无动于衷，或者不能阻止这种情况的发生，可能会导致村民们（主要相信这些“迷信”说法的人）会对原告的评价降低，从而影响其在社区中的声誉。为什么这里的精神损害就不会得到法院的支持呢？调查中，法官一般认为这带有迷信色彩，同时又不符合社会的发展。因为随着生活条件的改善，人们都希望住大房子，大家也都是在把房屋加高。这样说也有道理，但抛开社会发展这一层，“压着”这一说法与婚宴撞丧宴的“不吉利”又有多大区别呢？这样造成的精神伤害在本质又有什么不同？这就是一个问题，或许问题应该现实的看，即看社会大众的接受能力和接受面。婚宴撞丧宴，不论大江南北，还是长城内外，大部分人还是很难接受的，而同一排的邻居加高房子，一方面影响面并不那么广泛，另一方面也开始为人们所接受。一个现实的例子就来自笔者身边。在我老家（山东即墨），我二哥盖房子时，因为当时的条件比较好，屋檐和房脊都比先盖起来的邻居的房子高。他的邻居是教师，但仍然不能接受，数年来一直为此事而纠缠，两家的关系一直不好。2005年暑假我回家的时候，却听说我二嫂的邻居也想翻新房子，正在托人说事，想跟我嫂子接山。

这方面有一个典型案例。

案例十：原告宋某，威海市环苏区桥头镇东于家村农民，因为同其西邻居就院墙使用权产生纠纷，诉至法院。原告称被告建平房时完全占用了原告所有的西院墙，并且被告房屋的平房深入原告园内的平房上，要求拆除这部分建筑物。而被告则说原告的西院墙按照村规民约应该修 40 公分宽，但原告仅修了 12 公分，故被告搭原告西院墙建平房自原告西院墙外根向东占用 40 公分符合

村规民约。^①

抛开关于占用部分的争议不谈,我们重点关注村规民约中的院墙要40公分的规定。一审法院在判决书中说:“原告所砌西股院墙未按村统一要求的厚度,影响了被告的利益,对但原告建设时,被告未提出异议,现提出异议,以法律不予保护。”这显然是在适用诉讼时效的有关规定。(需要注意的另一个问题就是,当事人自己并未提出诉讼时效作为对抗的理由,这也说明很多村民对官方法体系并不熟悉)在二审中,法庭的庭审记录显示,一位法官曾经这样说的:“砌40公分系五六十年代遗留的习惯,原因是红砖不普及,用不规则的石材砌墙不能保证。现在用红砖,即经济又实用。原有的习惯已成为改革对象。”

还有案例二这种争财产的案件,现在一般都是明确的适用继承法的规定。需要说明的是,大部分人的继承都不是诉诸法院,而且当事人还是会按照老的传统的做法,出家之女不参与分家析产。关于这一点,在农村长大的我深有体会。但有一个案例还是值得我们深思。

案例十一:“妹妹”告“哥哥”

1999年4月7日,河北省井陘县小作镇法庭开庭审理一个继承案。原告叫武俊英,被告叫武剑宏,村里人认为他是原告的哥哥。原被告争夺的财产是一栋上百年的老宅子,其以往的所有者是,原告武俊英的爷爷武连锁。1998年,武连锁去世。原告武俊英的母亲任海云认为,武俊英作为武连锁的亲孙女,理应继承这份遗产。从1994年起,原告武俊英的父母与1994年离婚后不久,原告父亲就去世了,爷爷不同意任海云将孩子带走,她只好只身去了石家庄打工。后来,武连锁病重不起,爷孙俩的生活成了问题,村委会建议武家可以找一个人来打理生活,村里可以给他落户口。于是,被告武剑宏的亲生父亲梅金柱来到了小作村,承担下照料老人和孩子的负担,代价是将被告过继给武家,为武连锁养老送终,回报是落户小作村,继承武家的遗产。武家和梅家按照当地的习俗签了一份继书,将被告过继给武连锁的儿子做继子。70天后,武连锁病逝,随后,原告的母亲回来接走了女儿,并要求被告的父亲掏5000元钱,供原告上

^① 威海市环翠区人民法院民事判决书(1999)威环初字第1190号。

学用，梅金柱没有答应。不久，原告母亲任海云以原告法定代理人的身份向法院提起诉讼，要求追回属于女儿的财产。2001年1月，井陘县法院作出一审判决，判决书称双方签订继书，属无效民事行为，该继书法院不予认定，武家遗产由原告继承，鉴于被告及其父母对原告祖父生前有较多照顾，可适当分得遗产，故判决武家旧宅归原告所有，遗产1万元归被告所有。^①

在本案中，村民有两个不满，第一是原告母亲任海云以原告法定代理人的身份向法院提起诉讼，要求追回属于女儿的财产。因为这一做法不合村里规矩，所以引来一片责怪之声。以至于开庭当日，法庭被数百名面带怒色的村民，挤得水泄不通，庭审多次被迫中断。第二是法院如此判决也让村民不满。在村民看来，继书是当地的小法律，是可以承认的（村干部原话）。在农村，养老送终是一件天大的事，如果有人过继给别人作儿子，承担养老送终的责任，那么此人就获得了继承财产的权利。通常这种事情，所有的当事人都按部就班的做了，一般不会有什麼纠纷，但遗憾的是，一旦出现纠纷，法院对这种做法是不予承认的。

这里的实际问题还是当事人的做法与国家法有一定的冲突（如上述案例中未保留未成年的孙女的份额，并且国家法律未明确承认这种做法），在这种情况下，对民间规范一般是不予支持的。正如调研中一位法官所言：“这种案子，如果承认民间规范，当事人只要一上诉，肯定会改判。”而改判，就会对办这个案子的法官形成巨大的压力。因此，法官一般不敢也不愿冒这个险。但不冒这个险的同时，他们又冒了追求法律效果而不顾社会效果的险。

在实践中，法官还是发展出他们的一套知识。^②他们一般会考虑案件结果的处理公平，并且会尽力阻止矛盾激化。这种公平不仅仅是指制定法上的，更重要的是舆论和当事人的。因此，很多情况下，他们会“打一巴掌给一个甜枣”，或者说是各打一钯。这样一来，就使任何一方不至于占尽了风头，从而起到平衡的作用。比如案例十一，最终是分给了被告1万元，当然在这样做是有法律根据的，如果没有法律根据的话，法官也会想办法，甚至是小小的违法给予一

^① 转引自范愉：《情理法的冲突与协调》，http://news.xinhuanet.com/school/2003-07/31/content_1003791.htm。

^② 参见苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，中国政法大学出版社2000年版，第八章“基层法官送法知识的开示”，第264-290页。

点平衡。比如下面几个案例：

案例十二：1995年三月，原告将旧房拆除翻新，在准备挂瓦时，被告以檐头及房屋砂锅内的架高为由进行组织，致使屋架裸露在外二十余天，请求判令被告立即停止侵害。^①

首先对本案的一个情节作一下说明。本案中，原告是在批准将四间旧房拆除并在原房址建新房。檐头高度是在村委规定高两砖的基础上征得被告同意后又加一砖的。只是后来被告发现原告的房子比自己预想的要高出许多，才进行阻止。这佐证了法官对这类案件中受“侵害”的一方一般不予支持的一个原因就在于这种规范不是一成不变的。回到案件处理上来，法院认为被告阻止原告挂瓦，系侵权行为，故原告之诉讼请求，理由正当，应予以支持。依据《民法通则》第八十三条正规定，判决如下：

“准予原告按现有设计标准建房，被告不得阻止。

案件受理费五十元，其他诉讼费一百二十元，原告负担六十元，被告负担一百二十元。”

这样的处理，有意思的地方就是它违反了一般由败诉方承担诉讼费用的规则，反而有败诉方和上诉方共同承担。这样就不至使被告太失脸面，为以后两家人继续和睦相处创造条件。与之相类似的再如：

案例十三：原告于甲与被告于乙是邻居，原告居西，被告居东。2001年三月，原告诉称被告门前种植的树之感影响原告采光，被告堆放的粪便在原告所有的墙外，要求被告移植树木，搬走粪便。被告则辩称，树枝每年修剪，并不影响原告采光，粪便也是在自家墙外堆放，不影响原告。法院在调查后判决：

“驳回原告于增温的诉讼请求。

案件受理费50元，由被告承担。”^②

与上个案件一样，法官作出由胜诉方被告承担诉讼费用的处理就是为了一

^① 荣成市人民法院民事判决书（1995）荣荫民初字第37号。

^② 文登市人民法院民事判决书（2001）文泽民初字第43号。

种平衡，防止矛盾激化。为了实现这一目标，法官有时会偏离当事人的诉讼请求，主动干预。例如：

案例十四：2000年，原告李某与被告黄某就通行一事发生纠纷。原告诉称，我村规定，自留地可享有1.5米的园道，被告堆放在我自留地西边村路山的乱石及杂草占用我的园道，妨碍我进园，影响我的耕种及收获。请求判令被告排除妨碍，腾出园道，恢复通行。被告则辩称，我堆放的乱石及杂草的是村路，是集体的，并没有占用原告的自留地，且在原告分得自留地之前，我已经使用该地堆放乱石杂草，为不影响原告之通行，我已将堆放石块的北边腾出1米左右的地方，不影响原告通行，且原告要园道通行，可向村委要，与我无关。

案件经审理后，法官在判决书中写到：……从有利原告生产的角度考虑，被告可将乱石中间的空间加大，以供原告通行，使原告取得更大的便利。……判决如下：

一、驳回原告要求被告搬走全部乱石并赔礼道歉的诉讼请求。

二、被告于本判决生效之日起三日内将其堆放在原告自留地西邻村路一侧的两堆乱石中间空间加大至3米宽。

案件受理费50元，原、被告各承担25元。^①

本案中，法官不支持原告的诉讼请求，却同时判令被告扩大乱石中间的距离，可见法官唯恐纠纷继续、甚至激化而采取这一举措的良苦用心。此案虽二审被改判，要求被告搬走乱石，但仍未支持要求被告赔礼道歉的主张，并且案件诉讼费也是用双方均衡承担。从这里，我们可以看出法官审理案件，是本着解决纠纷的务实态度，是以解决纠纷为主，而不是以使用或者说宣扬国家法为主。

至于在法庭调解，法官往往更多运用民间规范进行说服工作，提倡和睦相处。实际上，相当大部分民间法案件都是通过调解结案的，尤其是在基层法院。调研中一位法官说：“这时候，就摆事实，讲道理，尽力说服他们。这时候，经常以一些民间习惯作为依据或附属依据，而据此调解的案件，执行容易，老百姓也非常愿意接受，对社会稳定也有极大的作用。”而调解的结果有时是制作调

^① 山东省荣成市人民政府民事判决书（2000）荣盛民初字第779号，二审情况参见山东省威海市中级人民法院民事判决书（2001）威民终字第149号。

解书，有时是当事人撤案。在前面也已经提及起诉本书就有可能促成调解，在进入审理过程以后仍然如此。当事人一方（以被告方见多）会托人联系，最终进行庭外和解。和解的结果有两种，一种是要求法院制作调解书，另一种是原告撤诉。这种情形即使在二审中也常见，比如案例十三在二审中就是调解解决。

四、司法过程中对民间法的修饰

前面的分析已经提到，在法院进行立案审查时，有可能就会提醒当事人某种请求不会获得支持，而我也已指出，当事人可能会采取更聪明的措施将这类案件予以修饰，使之能进入司法程序中。实际上，对民间规范进行修饰的不仅有当事人，还有法官。下面进行具体分析。

1、当事人的修饰

因为当事人也知道某些请求不会获得法院支持，因此他们就经常将真正的意图或原因隐藏起来，反而以现行法律体系能够接受的理由进入司法程序。这样的案列不用再一一列举。只要稍加分析就可以发现。

就比如案例一这样的案子。原告也只是说被告房屋加高对原告有侵害，从而要求屋檐、屋脊与原告水平一线。至于是构成什么损害，使原告和被告心知肚明的，只是现代的国家司法机构不承认这样的理由，怎么办？在调研中，我发现有许多这样的案子原告都是挂着加高后的房屋影响原告采光或排水的羊头，要求排除妨害。这样一来，不管诉讼请求能否得到支持，案件至少能够很容易地进入司法程序。不能获得支持也没关系，至少我把你告了。在中国，被人告本身就是一种压力。大家的通常观念是“没做错事，怎么会被人告了呢？”因此，起诉本身就会在社区中形成一定的影响力，可以维护在民间规范看来受损害的一方，即使案件的处理结果最终没有支持受“损害”一方。

在这一过程中，我认为是诉讼代理人强化了这一做法。例如，在一个院墙高出屋檐的纠纷中，代理律师在上诉状中就写到：“事实是在农村习俗中没有任何一个村可以允许双方院墙高出屋檐的。其目的就是为了不影响通风和采光。”^①虽未做过统计，但从我调查到的案件来看，当事人请律师作代理人的不在少数，即使不请律师作代理人，请的也往往是在普通老百姓看来是有头有脸的人，这些人在知识上对国家法更熟悉一些，更明白怎么才能更好地维护当事

^① 参见山东省威海市中级人民法院民事判决书（2000）威民终字第781号的案卷。

人的利益。他们具有某些关于官方法的知识，能够更巧妙将案件加以伪装，使之进入司法程序，并寻求法院的支持。

2、法官的修辞

所谓法官的修辞，就是案件即使运用了民间法，法官与会尽力巧妙地把这一点加以掩饰，仿佛案件是依照国家法判决的似的。从上面的判决中我们就可以发现：虽然在说理的过程中可能会经常提到民风民俗、村规民约等字眼，以加强说服力，但最终案件判决时，总是依照某某法某某条之规定判决如下，即使该条规定非常粗糙，就比如民法通则第八十三条之规定，但法官仍然要怎么说这样做。为什么呢？

一方面，法官在审判中会面临民间法的强大压力，这压力主要不是来自当事人，而是来自社会，来自舆论，来自以民间规范对判决结果进行审视的现实生活中的人。近年来，法院在进行裁判的时候非常强调案件的法律效果和社会效果的统一，特别注意不要激化矛盾。如果引起民众对判决反感，从而做出点类似于静坐、示威一类的举动来，整个法院恐怕都不会好过了。另一方面，法官又承受着来自国家法的巨大压力。这种压力，来自对法院职责的设计。虽然法院最终避免“自动售货机”的命运，但现行法律理论仍给法院及强大的压力，要求他们严格依法办事。处在夹缝中的法官在某种意义上也只好“阳奉阴违”了。

法官进行的修辞往往在认定案件事实中提及民间规范，这样避免将其直接作为判决根据，同时即使作为判决根据，也会尽力寻找出可能与之相关的国家法条文，将他们混在一起，仿佛民间规范知识拿来强化国家法的说服力的。在此时，常用还有与情理的结合，说与情怎样与理怎样等等。第三种情况，是隐藏的最好的，法官以当事人违反了公序良俗原则为掩饰进行判决。例如：

案例十五：原告马甲起诉被告马乙、马丙于2000年5月18日、6月5日两次将其分得堆草地处所建的猪圈拆除，并猪圈坑用沙填平，使其合法权益受到侮辱性侵害。请求判令二被告将猪圈恢复原状、赔偿猪圈修复费用、粪肥损失费已经精神压抑补偿费等。而被告则辩称，原告所建猪圈处有一条历史通道，该猪圈不仅挡道，而且妨害其目的住宅排水，所以将猪圈拆除，圈坑填平，不

同意原告的诉讼请求，并要求原告将老道日让出来。法院查明案情后指出：“原告之诉，于理于法相悖，本院难以支持。”二审法院则直接指出原告的种种行为“违反了公序良俗原则，侵害了他人正当权益。”^①

所谓“公序良俗”，即公共秩序和善良风俗两层含义，一是从国家的角度定义公共秩序，一~~是~~从社会的角度定义善良之风俗。这个概念本身就具有一定的弹性，在关于民间规范的司法实践中，因为会涉及公共秩序和善良风俗的问题，法官就会将这一司法原则拿来~~做~~掩饰，蒋某一方的行为定义为违背公序良俗，从而间接确认风俗习惯的效力。

五、小结：民间法在司法过程中的作用

从上面一系列的分析中，我们可以对民间法在司法过程中作用做一个简单的小结。这个作用是一个非常复杂的问题，在此也只能简单的总结。

1、支持或反对一方当事人的主张。正是由于受到了委屈，当事人才可能将纠纷提交到法院，支持当事人主张的有可能使民间法，也可能是国家法。当事人最终使用民间法还是国家法则~~是~~出于维护利益的需要。

2、建立一个共同语境，有利于案件的调解和顺利审结。如果民间法得到法官的正式认可或默认，则有可能在审理过程中建立一个共同的语境。对普通老百姓而言，国家法是外来的东西，是另一套知识体系，是他们一般情况下所不了解的。他们所熟悉是他们生于斯长于斯的活生生的习俗、惯例。有了一个可以交流的语境，就更容易明晰权利义务，可能会促使案件调解，至少会有利于案件顺利审结。因为这时当事人关于权利义务的分配分歧不大，问题往往只是出在执行方面。

在这样的情况下，就有利于案件的彻底解决。如果适用了当事人不熟悉的规则来处理案件，可能对于法官而言，案子是处理完了，但实际上当事人的纠纷仍未解决。一方当事人可能会苦苦思考为什么会这样判？我不服，结果是案子结了，纠纷却在继续。以案例二为例，原告在一审~~被~~^{败诉}后，提起上诉，二审也败诉，他又进行申诉。相反，如果运用了当事人都熟悉的民间规范来解决纠纷，就会从事理上给当事人揭开情结，促使纠纷彻底解决。案件能顺利审结，

^① 文登市人民法院民事判决书（2000）文泊民初字第221号及山东省威海市中级人民法院民事判决书（2001）威民终字第235号。

也就会促使案件顺利执行。执行难是困扰全国各地法院的大问题，民间法案件也同样如此。如果适用了民间规范，容易使当事人认同，也就有利于案件的执行。

3、当然，民间法也可能成为严格执行国家法的障碍。就比如案例二这样的案件，风俗习惯就会成为严格适用国家法的阻碍。在这里，我要说的虽然许多民间规范是愚昧的、落后的，甚至是野蛮的，^①但在进行甄别之前，是不能一概而论的。就庞大的民间规范这一群体而言，还有许多值得发掘的东西。

由此可见，关于民间法在司法中的作用还不能一概而论，需要我们进行具体分析。其实，这也正是广大的工作在法律实践第一线的法官们正在做的事情。

^① 参见刘作翔：《具体的“民间法”——一个法律社会学视野的科学考察》，载《浙江社会科学》，2003年第4期。

第三章 解读民间法——民间法的合理性

研究司法过程中的民间法，离不开对民间法的认识，尤其是当我们发现人们按照民间法行事，特别是在民间规范与国家法出现某种冲突的时候，我们会继续追问为什么。这就首先涉及到对民间法的认识。在阐述完民间法在司法过程中的应用这一命题之后，我也希望对民间法的认识能够深入一些。事实上，当我们追问民间法为什么可以在司法中得以应用时，就已经至少涉及到两个问题，一是司法为什么需要，二是民间法自身是否具备资格。第二个问题涉及到民间法自身的合理性问题，这本来应该放在下一部分中论述，但因为这个问题特别重要，故单列这一部分进行详细论述。

民间法究竟是怎样的一种东西，在什么情况存在，是怎样产生的，有什么价值？如果对这些问题有相对明确的认识，则对于我们深入理解司法过程中的民间法以及其中的许多问题是很有裨益的。

一、事实性存在的民间法

在当代，法律多元已成为一个不争的事实。我们不仅生活在国家以合法程序制定的法律之下，还生活在其他规范的规制之下。我们中的大多数人在日常生活中，尤其在家庭、朋友、师生、同事、邻居等关系中，都不很明确法律的具体规定，我们“自行其是”，但我们仍然有秩序。父母一般不知道（就是学法律的人也未必很清楚法律关于婚姻和家庭的规定）也不需要去查找法律如何规定以管教孩子；邻居之间虽然可能经常有摩擦，可他们一般也没有将其提交给法庭解决；家庭之间的伤害一般也不会交由国家的法律系统解决，比如虐待罪，就是自诉案件……为什么？或许你会说这些不需要法律调整，的确，有些社会关系确实不需要由国家制定的法律来调整，但即使在国家制定的法律（即官方法）调整范围内，人们仍然可能有意或无意地“规避”法律^①。因此，问题的关键不在于是否属于法律调整，而是在这些关系中存在着非正式的规范，即本文所谓的“民间法”，即使有法律规定也仍然可能存在这些规范（为什么？）。需

^① 参见朱苏力：《法律规避与法律多元》、《再论法律规避》，载《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版。需要指出的是苏力先生分析的案例中当事人是在有意的规避，但在现代社会中由于信息传递费用的存在，大多数可能在不知道法律如何规定的情况下就“规避”了法律，即更多的是无意的“规避”。

要稍作强调的是所谓“非正式”^①就是相对于国家制定的规则，即官方法的规则所言，但在人们的日常生活中，并不一定知道或注意区分正式与否。对现实生活中的大多数人而言，正式与否似乎与他们关系不大。

这就是民间法的事实性的存在。它不需要立法者的兴师动众，但却在人们日常生活的行为中体现。更重要的是，与国家法需要大量的机构与财力保障实施不同，民间法似乎能很好的“自我”实现。从规范法学的角度来看，这些根本不能称为“法律”，它不属于由国家制定或认可并由其强制力保证实施的规范体系。但从规范人们的行为，为社会创造秩序的角度来看，它就是法，是“活法”，是人们“行动中的法”。

民间法就是这样一种事实性存在。

二、民间法存在的社会场景及其社会学解释

我不敢肯定在国内是否是苏力最早发现了法律规避这种现象，但可以肯定的是他 1993 年就注意到法律规避并对其做出了非常独到和强有力的分析。在日常生活中，“人们常常以合作的方式化解他们的纠纷，而根本不关心适用于这些纠纷的法律”^②，这正是美国学者埃里克森所试图例证的。问题是在什么样的条件下人们会这样做？这又是为什么？

我国学者往往将民间法视为乡土社会中的产物。有学者将“乡土性”视为民间法的主要特征之一。^③梁治平将其界定为“民间”，如宗族、宗教、帮会等。笔者认为民间法主要存在于关系紧密的群体当中，也就是主要存在于“熟人”当中。这里存在的范围已经扩大了，不再仅限于在乡土社会。（需要提出的一个问题就是非熟人关系，即陌生人当中民间法是否存在？这个问题将在后面进行回答）在此笔者主要借助纯粹社会学创始人唐纳德·布莱克德研究成果进行分析。

布莱克在其社会学研究中，将社会生活分为分层、形态、文化、组织性和社会控制五个方面，而法律，即政府的社会控制，是一个变量，它随着社会环境的每一个方面——纵向方面、横向方面、文化方面、组织性方面或规范方面

^① 有学者认为“非正式性”是民间法的主要特征之一。参见于语和、邝菲、王华锋：《简论民进发约束力的来源和表现》，载《民间法》第三卷，山东人民出版社 2004 年版。

^② 罗伯特·C·埃里克森：《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》，苏力译，中国政法大学出版社 2003 年版，原书序。

^③ 参见田成有：《法律社会学的原理与运用》，中国检察出版社 2002 年版，第 99 页或参见《乡土社会的国家法与民间法》一文，载《民间法》第一卷，山东人民出版社 2002 年版。

而变化。所有这些又都是可以得到解释的。^①与本文相关的主要有两个方面，第一个方面是关系距离预示并说明了法律的量：法律与关系距离的变化成曲线型。^②具体而言在关系紧密的人们中间，法律是不活跃的；法律随着人们之间的距离的增大而增多，而当增大到人们的生活世界完全隔绝的状态时，法律开始减少。在此，首先需要对关系距离做一定的说明。人们随着他们对他人生活的参与程度而变化，这种参与程度界定了他们的亲密性或关系距离。关系距离可以通过多种方式测定，如关系范围、交往频率、人们相互交往的长短、交情的年头以及在社会网络中他们之间联系的性质和数量。将这个预示具体到法律的量的变化就是：当其他条件（指出了关系距离外，其他如分层、文化、组织性和社会控制等条件）不变，一个人指控与之关系紧密的亲属的可能性最小，其次是朋友、熟人、邻居、同家族的人、同乡等等；这种可能性随关系距离的增大而增加，直到每个人现实生活世界的尽头。

这实际上也就对民间法的存在场景作出了一定的说明，即是“在一套关系网络中”。在这种情况下政府的社会控制，即官方法很少介入。那么这又是为什么呢？所谓“在关系紧密的人们中间，法律是不活跃的”是否就意味着在这些人与人之间就失去了规制，因此某些人必须忍受其他人的侵害呢？

布莱克的理论体系自身也对此作出了一定的解释，即是与本文相关的第二个方面。他的研究还发现法律的变化与其他社会控制成反比。^③社会控制是社会生活的规范方面，它界定了不轨行为，并对其作出反应。法律是重要的社会控制方式（我想布莱克也正是因为这个，才以法律及其量的变化作为研究对象），但除此之外，礼仪、习惯、伦理、官僚制和对精神病的治疗也是社会控制。一种社会控制可以解释包括法律在内的另外一种社会控制。他还举例指出公民间的社会控制甚至会禁止法律本身。回到上面提出的问题，答案就是关系紧密的人们中间法律不活跃但存在着其他的社会控制。这些其他的社会控制，就是相对于法律的非正式规范，也正是我所谓的“民间法”。

由此我们可以说，在关系紧密地群体当中，存在着民间法。它调整和规制

^① 参见唐纳德 J. 布莱克：《法律的运作行为》，唐越、苏力译，中国政法大学出版社 2004 年修订版，第 1 章。

^② 唐纳德 J. 布莱克：《法律的运作行为》，唐越、苏力译，中国政法大学出版社 2004 年修订版，第三章第 47 页及其以下。

^③ 唐纳德 J. 布莱克：《法律的运作行为》，唐越、苏力译，中国政法大学出版社 2004 年修订版，第六章，第 123 页及其以下。

人们的生活，建立和维持秩序，使得政府或官方法在此并无介入的必要。这也正是我们社会的大多数人并不熟知法律的具体规定，但社会仍未失去或者说保有秩序的原因。在此，我们也可以说民间法为我们的自治提供了依据。

三、民间法形成和传承的经济学分析

通过对民间法的社会学认识，我们可以发现民间法存在于关系紧密的群体中。问题是为什么？为什么在这些群体中人们会选择采用非法律的方式，即民间规范，甚至在与法律相冲突的时候也是如此？又为什么必须在关系紧密的群体当中？在民间法的背后，或者说在人们选择非正式规范的背后究竟蕴含着什么？

法学家注意到了民间法，但没有给出这方面的解释；社会学家、人类学家和文化学家都对着这种现象做了研究，但也没有解释清楚这一点。就我所知，对这些问题作出强有力解释的是经济学，尤其是制度经济学和博弈论。这一方面的典型代表便是埃里克森及其著作《无需法律的秩序——邻人是如何解决纠纷的》。

R. H. 科斯的《社会成本问题》^①引发了经济的革命。人们将其表达的思想概括成“科斯定理”。根据科斯定理，法定权利的最初分配从效率角度看是无关紧要的，只要交换的交易成本为零。因为根据经济学的基本原理，自由交易对双方都是有利的^②。然而现实的世界中，交易不是零成本的。因此就存在交易即合作的困难。这种困难由“囚徒困境”(prisoners' dilemma)^③这个博弈模型做出了良好的说明。在这一博弈模型中，尽管合作的结果对双方来说是最佳的，但合作是非常困难的，每个人都从自身角度出发希望获取最大的收益，结果两个人的选择导致整体最糟的结果。它说明了个人理性与集体理性的深刻矛盾。更重要的是为我们解释了“合作之谜”。好在世界还是有救的，这个希望之源泉就是人们并非只交往一次，而是多次，即在生活中人们会重复博弈^④。这样每个人不仅要考虑本次交易，还要考虑未来的交易。多次的交手会使双方作出明智

① R. 科斯：《社会成本问题》，载《财产权利与制度变迁》，上海三联书店、上海人民出版社。

② 美国著名经济学家曼昆就将经济学的主要原理概括十个，其中之一便是自由交易对双方都是有利的。参见曼昆：《经济学原理》，梁小民译，三联书店和北京大学出版社 2001 年第二版。

③ 许多著作都提到了这一博弈模型，可以参见注 7 罗伯特·C·埃里克森的《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》第九章 194-197 页，也可以参见张维迎：《博弈论与信息经济学》，上海三联书店 上海人民出版社 1996 年版，第 15-17 页。

④ 参加罗伯特·C·埃里克森：《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》，苏力译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 200-203 页。

的最终也会是对双方都有利的选择——合作。

在某些情况下，诸多个人是能够合作的，无需政府或其他组织的诱导；而在另外一些情况下，则需要国家助一臂之力。关于后者，从霍布斯的观点中可见一斑。^①霍布斯认为，国家产生以前的自然状态是每个人对于他人都是狼，是一切人反对一切人的战争状态。要结束这种状态就必须组建强大的“利维坦”，即国家来强制合作，实施基本的自然法则，维持和平与秩序。国家强制合作的方式就是主权者的命令，即法律。这正是埃里克森所批判的“法律中心论”，^②即国家是规则和执行活动的主要渊源。法律经济学的一些经典著作也坚持了这一传统。他们都忽视了非正式规范的存在。

埃里克森发现：“是规范，而不是法律规则，才是权利的根本来源。”^③因为他的调查表明，在夏斯塔县，其交易费用当然不为零，关于放牧的越界冲突一般不是在“法律的阴影”之中解决的，而是在阴影之外解决的。大多数农区居民都清醒地信奉一个主导的规范：邻人之间要合作。邻人之间的这种合作可能根本不关心适用于这些纠纷的法律，因为邻居之间的这些合作规范会比法律的安排成本更低。

埃里克森总结他的发现，归纳并证明了一个假说^④：关系紧密之群体内的成员们开发并保持了一些规范，其内容在于使成员们在相互之间的日常事务中获取总体福利的最大化。简单的说，该假说预言，关系紧密之群体的成员们会非正式的鼓励相互之间的合作性行为。这一假定需要以“关系紧密之群体”为条件，埃里克森将其界定为这样一个社会网络，其成员对相互运用对抗的权力拥有可信且互惠的前景，并对有关昔日和目前的内部事件有很好的信息供给。因为说到底，经济和社会不完善都来自一个渊源：即妨碍人们充分利用机会合作交往的交易费用。而在这样一个群体中，就更有可能降低交易费用，在重复博弈中确立对双方都有利的合作规范，并形成一套体系。而法律则不然，它被固

① 霍布斯：《利维坦》，参见E·博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，中国政法大学出版社1999年版，第47-51页。

② 参加罗伯特·C·埃里克森：《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》，苏力译，中国政法大学出版社2003年版，第168-179页。

③ 罗伯特·C·埃里克森：《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》，苏力译，中国政法大学出版社2003年版，第62页。

④ 参见埃里克森：《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》，苏力译，中国政法大学出版社2003年版，第十章，第204-224页。埃里克森还具体分析了他提出的五种规则，即实体规则、救济规则、程序规则、构成规则和选择控制者的规则也符合这一假说，参见第十一至第十四章。

定化，高度的抽象和概括，缺乏针对性，也不能被日常生活中的人随意修正。比如，在某次行为中对方“欠”了自己，并不需要按照法律立即追讨，因为邻居之间，“从长期来看，会相互抵消的”^①。同时大家还都享受着长期互惠往来的好处，因为这里有一个“一个世界上最为普通的规范：如果有人为你做了点好事，你就必须也为他做大致相当的一点事作为回报”^②。并且群体成员的相互约束还为处于某种长期关系中的各方都节省了经历正式请求过程的费用。这样一来，规范就在人们之间形成了一种自生自发秩序（spontaneous order 哈耶克提出的概念）。

关于这一假说有很多社会学的例证。比如持续关系的存在增加了合约各方解决其纠纷的非正式性。家庭内的纠纷很少提交法庭。再想一想为什么婚姻法关于婚姻存续期间的规定很少，而离婚的规定很多？就是因为婚姻存续期内双方存在一种紧密的关系，在重复的博弈中能够以最小化的交易成本做出安排；而离婚则不然，亲密关系不再，交易成本提高了。

或许有人会批评这些规范往往是不精细的，的确如此，但正是这样消除了所需要的精确计算，反而节省了交易费用。就比如在哈斯塔县，牧民之间的侵权责任适用严格责任，而非法律规定的过失责任。并且从长远来看，重复的博弈导致大体的平衡，并不会有一方总是吃亏。

由于现实生活的交易费用的存在，产权的初始界定就是必要而且重要的，但是产权的界定也可以由社会生活的规范来实现，而不必由制定法或由法官（在普通法国家）来界定。并且在关系紧密的群体中，人们会开发出一套行为规范，以实现成员之间福利的最大化。这些规范，也就是所谓的“民间法”。民间法就是这样一种日常生活的逻辑，一种低交易成本的社会生活方式，蕴含着集体的理性。它实现并确保了社会的秩序。

不合作的后果是极其严重的，那就是霍布斯所说的一切人反对一切人的战争状态，人类失去秩序，生活在混乱之中。问题是真的需要像杰弗逊说的那样，“二十年来一场革命”？人们在重复博弈中摸索形成的合作模式是否真的需要每个人都再重新去体验和摸索呢？一个理性的行动者也许会选择某个行动过

① 一位接受访谈的牧民语，参见苏力译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 73 页。

② George C. Humans, *The human croup* 284 (1950)。转引自埃里克森：《无需法律的秩序—邻人如何解决纠纷》，苏力译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 189 页。

程，但不是从头开始，而是从一般的文化传统中、从角色理论中或从个人在试错实验后产生的个人自管中汲取信息。而社会也会以某种方式将这些成果延续下来。这时就需要传承，其载体便是文化。人类能走到今天的文明地步，正是文化累积和传承的结果。这样就可以避免后人重复去走老路，节省了后人选择的成本，使他们“站在巨人的肩膀上”继续前进。因此，当我们说“法律的目的便在于对一方所引起的而为另一方所怨恨的动乱加以控制，如果不是消除的话”^①的时候，民间法已经在这样做了。

也许有人会说，现在传承下来的民间法也有很多“糟粕”，怎么能说它是“福利最大化的”的呢？的确，由文化传承下来的，不见得在现在还是优良的，但在它们形成时，它们就是当时的低成本生活方式，是一种自生自发的秩序。而且必须说明的是，即使这些“糟粕”也并非全无价值。从积极的方面来讲，传统有助于保持文化的认同性，缓和最新风气的过分发挥，控制当时最强大的利益，并且维持连续性和稳定性。^②这样也就可以尽可能的避免社会为一时的狂热所冲击而迷失方向。这仍是社会理性的体现。

那是不是就不能改变了呢？没有变化，哪里会有产生？从经济学角度来看，只有在博弈中出现新规则或者确切的说由于条件改变出现新的更优的合作解，并且当改变的收益大于其成本时，才会出现这一过程。也就是说某群体的成员从一种文化迟延中所受的损失也许会少于因他们能够简单模仿传统做法节省策略费用而获得收益，此时改变就会缓慢地发生。在人们的生活中具体的人可能并不会衡量这一整体变化的成本，但他们的实践，他们的集体理性最终会做出明确选择，就如同它们的产生一样。

四、文化意义的民间法

上文已经提及，人们在实践中形成的这些规范，会由文化传承下来。原因就是降低交易成本。问题是这又是怎样实现的呢？我们先从文化的定义开始。

关于文化，有许多不同的认识^③，其中美国文化人类学家S·南达说：“文化作为理想的规范、意义、期待等构成的完整体系，既对实际行为按既定方向加以引导，又对明显违背理想规范的行为进行惩罚，从而遏制了人类行为向无政

^① H.W.埃尔曼：《比较法律文化》，贺卫方 高鸿钧译，清华大学出版社 2002 年版，第 51 页。

^② H.W.埃尔曼：《比较法律文化》，贺卫方 高鸿钧译，清华大学出版社 2002 年版，第 73-74 页

^③ 参见陈华文：《文化学概论》，上海文艺出版社，2001 年版，第 5-10 页

府主义发展。”^①而美国著名的文化人类学家克罗伯和克拉克洪 1954 年在分析了 164 种文化定义的基础上，提出了他们的文化定义：文化是由外显的和内隐的行为模式构成；这种行为模式通过象征符号而获致和传递；文化代表了人类群体的显著成就，包括它们在人造物中的体现；文化的核心部分是传统（即历史地获得和选择的）观念，尤其是它们所带的价值；文化体系一方面可以看作是活动的产物，另一方面则是进一步活动的决定因素。^②而我国学者陈华文则将文化界定为：所谓文化就是人类在存在过程中为了维护人类有序的生存和持续发展所创造出来的关于人与自然、人与社会、人与人之间各种关于有形无形的成果。

毫无疑问，民间法也是文化的组成部分，而由文化的定义我们就可以看出文化本身就承载着传承人们创造的成果的功能，或者说人类创造文化就是为了将人们的创造成果延续下去。那么民间法的传承是怎样实现的呢？民间法的文化意义又是什么？

如果群体的成员们希望自己能分享最大的可观利益，他们就会希望自己的规范起作用，使他们在相互交往中客观发生的自重损失与交易费用之和最小化。这样他们便会想方设法地将这些规范确立下来，他们会运用家庭、宗族、伦理、宗教、国家的力量等以礼仪、风俗、习惯、道德、乡规民约和法律等形式说服或规劝甚至是强迫人们接受这些规范。

从理论角度讲，文化主要具有以下功能：满足需要的功能、认知的功能、规范的功能、凝聚的功能和调整的功能^③。民间法作为文化的组成部分，也具有这些功能。民间法生成并维护了秩序，满足了人类对秩序的追求。文化的认知首先就表现为人类文化知识和成就，民间法就是人们实践的成就。文化环境影响人，塑造人，约束人，对相同文化环境下的人建立起一整套约束人的标准，每个生存于其中的人都须遵守。人们生活在民间法的环境之下，浸润其中，受其规范，将其延续。同时民间法调整着人与自然、人与族群、人与人以及其他族群的关系，调控社会利益冲突。这样就可以将日常获胜中形成的规范延续下来，并继续发挥作用。

① 南达：《文化人类学》，陕西人民出版社 1987 年版，第 46 页。

② 傅铿：《文化：人类的镜子—西方文化理论导引》，上海人民出版社 1990 年版，第 12 页。

③ 参见陈华文：《文化学概论》，上海文艺出版社，2001 年版，第 55-63 页

以习惯为例。人们在博弈过程中不断吸取经验，其做法逐渐沉积，形成的惯例、习惯，并继续在人们当中发挥作用。习惯被某些人赞誉为铭刻于民众信念之中而非由少数杰出人物自觉地创造。从实践上看，英国人的自由本身就是传统形成的，得到宪法制度承认，而不是法律创造的；普通法的规则其实就是对大量习惯、对“合乎情理的人”或“常人”的日常生活中的规范的认可。而我们所说的各种成文法的说法都仅仅是对这些规范的系统表述，是一种生活中的规范的“再现”(representation)，而不是这些规范或法律本身(苏力语)。

对宗教的研究发现，原始宗教仪式的社会功能在于：创造社会心理与社会习俗，使个人生活具有社会意义，从而使原始文化延续下来。^①而民间法在某种意义上类似于这种仪式的功能，它就是人们延续他们日常生活中，即在不断博弈中形成的成熟做法的方式。必须指出的是有些规范也会被国家的立法吸收，成为国家法的一部分。

人们创造文化、保存文化并在基础上并使之累积。作为人们交往需要产生的民间法，一经产生就会通过一定的形式表现出来。其作为社会意识的组成的部分，也就具有了相对独立性。这样就出现了马克思所说的意识形态相对独立性。^②其重要的表现形式就是于社会实践发展的不完全同步性，延续至今的某些规范就可能已经不是促成低成本交易的了，已不再适应当下的环境。这样必然导致冲突，尤其是与国家的冲突。或许这正是一部分人关心民间法的原因。^③

在此还要回应一下前面提出的在非熟人关系，即陌生人当中民间法是否存在？答案是存在。只是在非熟人关系当中，民间规范不是在他们之间的关系内产生的，而是当事人自带的。当事人在一定的社区共同体中接受了民间规范，就可能将其带入到新的生活环境中。需要指出的是，在这种情况下，民间规范可能就不是当事人的最优选择了，这时候按照布莱克的理论，法律的量会增加。

① 张志刚：《宗教学是什么》，北京大学出版社2002年版第29页

② 关于社会意识的相对独立性，可参见肖前、李秀林、汪永祥主编：《历史唯物主义原理》，人民出版社1991年第二版，第293-297页。

③ “‘小偷示众’凸显国家法与民间法的博弈”http://www.chinalawedu.com/news/2004_6/29/1043544506.htm 同样案件的评论也可见“小偷：我也有人权！”<http://www.chineselawyer.com.cn/pages/2004-6-7/s21868.html> 案件内容可见2004年5月30日《温州都市报》。

第四章 司法中应用民间法的学理分析

再从案例中对民间法在司法中的应用做一番探讨，并对民间法自身的合理性有了一个基本认识之后，仍需要对司法中为什么应用民间法所涉及的第一问题就行回答。

一、民间法司法适用的困境

民间法在司法中加以应用面临困境，说是困境，实际上就是诸方面的限制。研究这个问题对理清民间法在司法中的应用是非常必要的。提出问题很简单，关键就在怎样回答：都存在那些限制，为什么存在这些限制？对这些限制的分析，可以从制度、观念和民间法自身的问题等方面进行探讨。

1、制度上的限制

民间法之所以未能在司法中直接适用，可能首先导源于我们对司法的界定和法院及法官的定位。司法权是国家权力之一，在三权分立国家更是三分天下有其一。一般的法学教课书将司法界定为“司法，有的法学教材亦称之为‘法的适用’，是法的实施的重要方式之一。它是国家司法机关依据法定职权和法定程序，具体应用法律处理案件的专门活动。”^①其特点就包括职权的法定性和程序的法定性。对司法的基本要求是“正确、合法、及时”。合法就是指各级国家司法机关审理案件要合乎法律规定，依法司法。从以上认识来看，司法权作为国家权力之一，司法作为法律的实施方式，司法所司之法就是国家制定法。当然就要求其遵守和体现国家法。

很多学者将司法法治原则作为司法的首要原则，这一原则是指在法的适用过程中，要严格依法司法。其所依之法当然还是国家法。其实这也并不奇怪，不管我们给司法强加了什么要求，一个不容改变的事实就是司法权是国家权力，司法机关是国家机关，当然要执行和适用国家的法律。在具体诉讼中，我国的三大诉讼法^②规定了“以事实为依据，以法律为准绳”的审判原则，其基本内容之一就是人民法院审理民事案件，得严格依照国家法律^③的规定，处理诉讼程序上的问题和确认当事人之间的权利^④义务关系，要依据国家的法律，而不得自

^① 张文显主编：《法理学》，高等教育出版社，1999年版，第306页。

行其是。^①这些都给司法限定了适用国家法的框架。

具体到实际承办案件的法官身上，就是一般的认为法官的任务就是运用法律解决纠纷。虽然很多国家规定法官只服从法律，但此时的法律仍然是着重指称国家法。因此，在调研中我发现法官在办案中，都坚持要有国家法作为依据，即使只是表面上的理由。

其实这种限制来源于更早的一些法律学说。近代法律是伴随着民族国家的出现和形成而产生的。民族国家严格限制司法权，需要司法机关严格适用国家法来巩固和展现国家权力的存在。在法律学说上，三权分立的创立者、近代启蒙思想家孟德斯鸠就主张严格限制司法权，判决只是“法律严格之复印”，法官则是“宣告法律语言的嘴巴，须严格受法律之效力所拘束，法官系无能力或无意志自行左右自己之生物”。^②受《拿破仑法典影响》，法典万能主义盛行，再加上由德国发展起来的概念法学，主张法律乃是“逻辑自足的”，法官的角色受到严格限制，大陆法系法官的地位也可以说是由此逐渐形成。法律史上，大陆法系的法官曾被形象地比作“自动售货机”。

2、观念上的限制

对民间法在司法中适用构成限制的还有观念层面的原因。刚刚已经简要说了体制上的限制的形成，而在形成过程中，必然在观念层面留下痕迹。我认为在观念层面对民间法的司法适用进行限制的主要是国家主义法律观和立法中心主义法律观。

在进行民间法的调研时一些法官也包括我周围的其他的法专业的同学都提出一个问题“民间法是法吗？”这个问题就与我们的法律观有关。我所接受的第一个法律概念是这样的：“法是由国家制度或认可的、并由国家强制力保证实施的行为规范的总和”。直到现在，许多学者还认为法只是由国家制定、维护和强制执行的规则。这样认为也不足为怪，因为一个基本的事实就是近两个世纪以来，欧洲大陆的法律规范都是由宪法规定的立法机构来制定。而中国，一方面在法律史上就非常重视法典化，另一方面深受大陆法系影响，其学者这样认为也就不足为怪了。

^① 参见冯家兴主编：《民事诉讼法》，北京大学出版社，2001年重排本，第50页。

^② 碧海纯一：《法哲学概论》，第192页，转引自杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社1999年版，第51-52页。

现在的法学知识体系的建立主要得益于规范法学，而规范法学的法律概念就是国家主义和立法中心主义的。这个传统由来已久。比如说霍布斯，他就主张建立强大的利维坦，只有利维坦有能力运用法律手段来结束“一切人反对一切人”的战争状态，而法律就是主权者的命令。^①影响巨大的概念法学，与自由法学相比，其根本差异之一就是概念法学独尊国家的成文法，特别是法典，亦即以国家的实证法位为唯一的法源。^②而魏德士就把法律实证主义称之为“对必要的国家的风俗的信仰”，认为其出发点之一就是“法是由国家制定的（‘实证的’）法律规范。国家的立法意志是唯一的法律渊源。”^③

国家主义法律观通常就表现为立法中心主义法律观，使立法者拥有无限的权力。针对立法中心主义，陈金钊教授提出了批评，并认为法学研究应该从立法中心主义转向司法中心主义。^④而当我们采用司法者立场时，我们的法律观就会迥然不同^⑤，我们会关心和关注法院和法官的视角和实践，而不仅仅将立法者制定的称之为法律。这样一来民间的社会规范就可能作为法源之一进入我们的视野。

3、民间法自身的问题

在对体制和观念层面进行分析之后，我们不能不反思民间法自身是否也存在问题。答案是毋庸置疑的，正是民间法本身也存在问题，才使我们对民间法——“想说爱你不容易”。

最大的问题来自于民间法本身的良莠不齐。既有积极的一面，又有消极的一面，而很多民间法案件，就比如上面提及的农村盖房子比邻居的屋脊更高这样的案件，民间法上的受损方会采取一些举措，如找当事人交涉、请村委调解等，在解决不了的情况下可能诉至法院，这类案件诉讼请求于法无据，又很难说是善良风俗，因此通常都是不予支持，就更别说像刘作翔提出的那些恶俗类的民间法案件了。从表现上来看，问题还来自于民间法的不系统性。这么说并不是指民间法本身体系不完整，而是指大量的民间法没有系统的成文的表现形式，（这当然也不可能，否则也就不是民间法了）虽然有的村订立了乡规民约

① 参见张宏生 谷春主编：《西方法律思想史》，北京大学出版社 2000 年版，第 98-105 页。

② 参见杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 69 页。

③ 参见魏德士：《法理学》，法律出版社 2003 年版，第 214 页。

④ 参见陈金钊：《法学的特点与研究的转向》，载《求是学刊》2003 年第 2 期

⑤ 参见陈金钊主编《法理学》，北京大学出版社 2002 年版，第二章第一节“多重视角的法律观”。

并由成文形式，但大量的民间风俗习惯却只是在人们的活生生的生活和行为中体现，而民间法的内容又可谓极其庞大，以至于发生民间法案件时法官即使想了解 and 证实民间社会规范都很不容易。再比如，民间法的地域性。^①民间的风俗可能此地异于彼一地，由此即使法官认识了此地的风俗习惯有时也很难将之应用到彼地的案件中。

这些都是很难克服的，对于是否属于善良风俗则需要司法中由法官予以分辨。

二、民间法司法应用的可行性

有了以上的限制，民间法进行司法适用似乎是非常困难的，但是否就不能在司法过程中加以运用了呢？不是的，虽然民间法的司法适用面临困境，但出路还是有的。不论我们的法律怎样完善，相对纷繁复杂的现实世界，法律总是有限的。

1、从法律渊源上看

上面所述体制和观念上的限制其实可以用一个词来概括，即“法律至上论”法律在法制国家中的确应该具有至上地位，但问题是当我们把国家法尊为至上的时候，我们是否就能忽略甚至是排斥其他规范的存在？

对这个问题，如果我们从司法视角看待就容易的多。法官在裁判过程中因为政治及法律自身的特点等必须进行法律发现，而法官从哪里发现法律其实是个法源问题。^②德国法官魏德士认为“法律渊源是指客观法的（能够为法律适用者所识别的）形式和表现方式”，^③他列举了10种法渊。博登海默把法律渊源分为法律的正式渊源和非正式渊源。前者包括立法、委托立法、条约和先例是，后者包括正义之标准、理性与事物的性质、个别横平、公共政策、道德和社会倾向、习惯等。这种划分方法被我国学者所接受。当我们从法律渊源理论来看待法律时，就会发现法律或称之为国家法只是多种法源中的一种，至多只是法律秩序的位阶结构中的首位法源而已。因此，民间法的司法适用问题就变成了民间法能否作为法律渊源的问题。那么民间法能作为法源吗？

要就这个问题做出非常细致的说明是极其困难的。原因之一还是在于民间

① 参见田成有：《乡土社会的国家法与民间法》，载谢晖 陈金钊主编《民间法》第一卷。

② 参见陈金钊：《司法过程的法律发现》，载《中国法学》2002年第1期。

③ 魏德士：《法理学》，丁小春 吴越译，法律出版社2003年版，第101页。

法本身。它的概念界定的不是十分清楚，内容又极其庞杂、良莠不齐。原因之二在于从广泛的意义上，所有的事物都可以作为法律渊源，只要它能为法律判决提供合法性（广义上的，而非指狭义上的合法律性）证明。因此，我们可以把法律渊源看成是那些可以成为法律判决合法性基础的资料等因素。那么问题有转到了民间社会规则能否为法律判决提出一种合法性证明呢？对此问题，要一概而论恐怕很困难，因此我们不妨从两方面入手，一是从现在得到承认的法律渊源中进行分析，看看现在探讨的法律渊中是否包含有我们称之为民间法的东西；二是从民间法自身的合理性入手，看看它能否为法院处理案件提供一种合法性证明。关于第二点我想在本节的第三个问题中进行探讨，在此仅探讨第一个问题。

虽然关于法律渊源的种类存在很大的区别，^①但是成文法、习惯和判例的法律渊源的意义得到广泛的承认。在这三者之间，习惯与我们所说的民间法比较接近。当然当作为法源意义上的习惯于一般的习惯规范存在不同。实务上，习惯法的构成要件是：首先，这个习惯众所周知，人人确信为法。其次，长期以来这种习惯就得到人的遵守。再次，现行法律尚未规定此事项。最后，这个习惯不与制定法相矛盾。这样就对习惯作为法源提出了比较高的要求。“如果社会成员坚持某种习惯不具有法律约束力而且不是实施权利义务的渊源，那么该习惯便不能被承认为法律规则。那种仅仅源于同情之感或利益，或仅仅源于习俗的习惯，是不可能产生法律的”，因此，博登海默就用习惯法这一术语来指那些“已成为具有法律性质的规则或安排的习惯，尽管他们尚未得到立法机关或司法机关的正式颁布”。^②不管怎样，习惯和习惯法之间是界定不清的，但也不管怎样，习惯或习惯法也是我们称之为“民间法”的东西之一。至于博登海默提出的事物之性质、道德信念与社会倾向等也与我们所说的民间法相关。在此，不作深入探讨。

这里有一个问题就是，这样我们是否忽视了民间法在调解中的应用？判决

^① 参见陈金钊主编：《法理学》，北京大学出版社2002年版，第145-150页。

^② 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第470页和380页。关于习惯法我认为比较恰当的界定是“习惯法是由一定的民间社会群体或组织在长期的生产、生活中自然形成的，体现民间社会群体或组织成员的意志和利益，约定其权利、义务和冲突机制，并为其成员认可的物质或精神力量保障实施的普并行行为规范的总称。”参见黄民：《习惯法涵义的新解决——一个个人主义法学方法论视角》，载谢晖、陈金钊主编：《民间法》，第三卷，山东人民出版社2004年版。

要依据法律，但现行法对调解只有一个原则性的规定。调解不同于判决，调解过程中法官对民间法的承认与否对处理结果可能有影响，但更主要的是看当事人对民间法的认可程度。即使法院或者法官不愿承认，但当事人如果接受仍可以在他们之间达成协议。

2、从法律体制上看

我们从法源理论上看到了民间法在司法中适用的可能性，那么接下来的问题就是法律体制本身有没有为民间法进入司法过程预留一定的入口通道呢？答案是肯定的。途径大体上分两种。

一种是立法途径。国家在立法过程中必然要广泛调研，会吸纳许多民间社会规范。历史上，习惯法的地位就是伴随着大量的立法吸收了习惯法而逐渐削弱。这还不是我所想说的，我想说的主要是国家法律赋予了地方政权尤其是民族自治地方变通的权利以适用地方的风土人情。我国的民族区域自治法规定民族自治地方有保持或者改革自己风俗习惯的自由；有权依照当地民族的政治、经济、文化的特定，制定自治条例和单行条例。同时许多部门也明确规定民族自治地方有权制定变通规定，比如民法通则第 151 条，婚姻法第 50 条，继承法第 35 条等。当然这不是我们研究的主要方向，但不容置疑的是如此一来，一些民族的风俗习惯会体现在地方法规中，从而可能在司法加以运用。

第二种是司法途径。这里的司法途径是指国家法为民间法（国家法从未明确出现过民间法一词）不经立法途径而进入司法过程预设的通道。我国台湾地区民法第一条规定：“民事，法律所未规定者，依习惯。无习惯者，依法理。”这时仿照瑞士民法典制定的。这就为法官在审判过程中适用习惯法提供了依据。我们民法通则并未如此规定，反而在第 6 条规定：“民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应该遵守国家政策。”由此可见国家法的霸道，这也可能正是调研中民庭的法官坚持要有国家法作为依据的原因吧。但这是否就意味着在我们民间法司法适用毫无希望了呢？不是的。从法律制度上看，与民间法相关联的还有一项重要的原则——公序良俗原则。我国民法通则和合同法虽未明确使用“公序良俗”这样的词汇，而是使用了“尊重社会公德”和“社会公共利益”这样的词语，但这一原则仍被普遍认为规定在民法中。这可能与我国的民法理论都承认这一点有关。调研中我就发现一些民间法案件中就适用了这一原则，

以善良风俗确认或否认了当事人的行为。也即是说民间法在司法中的适用还是有可能的，只是不是直接体现，而是以公序良俗为掩饰。除此之外还有其他途径吗？前面已经述及我在题目中使用的是“应用”，它包括适用，也包括其他方式。来看看合同法吧。合同法规定在就合同的未定条款未达成协议时，“按照合同有关条款或者交易习惯确定”。在高度自治的民事领域，法律和法官当然要尊重当事人的选择和创造。想想“搭伙”不就是当地村民的一种创造。虽然这些途径可能有些牵强附会，也可以说是在这样的案件中运用风俗或者习惯是在将法律规定的具体化，但是民间的东西毕竟籍此进入了司法中。

民间法在司法中加以运用还以有一种极其重要的方式——调解。调解制度在我们民事诉讼中有着重要的法律地位，民事诉讼法第9条规定：“人民法院审理民事案件，应当根据自愿和合法原则进行调解；调解不成的，应当及时判决。”在第八章专门规定了调解制度。虽然在第88条规定了“调解协议的内容不得违反法律规定”这样的强行性规范，但在不违反和符合之间的广大地带已经足以让民间社会规范施展手脚了（问题是有可能突破这一限制呢？）。在调研中，我只是了解到法官经常在调解中运用当地的风俗习惯、乡规民约来说理以促使双方达成协议。但因为调解书的内容相当简单，加之还未充分了解法官的调解工作，在此就不深入论说了。

3、民间法自身的合理性

民间法能否在司法过程中加以运用，最终根源于民间法自身的合理性。然而，要说民间法从整体上都是合理的，也不确切。否则就会有那么多学者主张民间法对法治在一定意义上构成阻碍，也就不会有人要解构民间法了。但是不容置疑的是，民间法作为人们日常生活中“活生生”的规范，在人们不知不觉中予以实践，其所具有的习惯性生活方式是人在社会化过程中所主要的接受的内容之一，必然有其合理之处。

关于这一点已经在第三部分中详细地论述过了，在此不再赘述。

4、实践中的要求

我们回到具体承办案件的法官身上来。面对着所有这些，他们到底会怎么办呢？法官实际上勉励一个是以解决纠纷为主，还是以执行国家法律为主的问题。由于在实际生活中，法官还面对着一种要求——对判决社会效果的追求。

法官承办一个案件，不仅仅是要解决纠纷，更重要的是要通过这样做来实现社会的和谐。如果当事人不服，上诉或上访，尤其是社会对某一案件不满意、反映强烈，法官就会在工作中面临巨大的压力。因此，一位法官说：“不是正确适用法律就能解决所有问题的。”因此在实践中，法官往往是把更好的解决纠纷放在第一位的。在案件处理的法律效果和社会效果可能不一致时，他们会努力在二者之间实现一种平衡。为此，法官就会非常注意运用调解，并且在判决时尽量进行说理，而这两者运用的工具经常也包括民间的社会规范。

同时，法官也面临社会要求其说明判决理由的压力。因为干巴巴的法条实在让许多当时人摸不着头脑。同时在民间法案件中，往往法律没有明确的规定，因此这么做也是面对社会要求判决说明理由的回应。

第五章 民间法的地位

研究司法过程中的民间法，落脚点最终还是在民间法。我们关注民间法，观察它在司法过程中的运用，对它作进行的解读，并就民间法在司法中得以应用进行学理分析。所有这些都是围绕民间法这一主题进行的，那么民间法究竟处于一种什么样的地位呢？关于这一点，已经有不少学者进行过论述，但我仍想谈一下我的看法。当我们要对民间法定位的时候，就难免涉及到它与其他“法”，尤其是与官方法（主要是国家法）的关系问题。许多学者探讨了这个问题，它的确是重要、极其诱人的但又是难以解决的。在此，笔者试图对民间法做一个定位。

上文已经提到埃里克森的社会控制体系，笔者认为这是比较全面和有说服力的。从这个体系中，我们可以看出国家的法律只是社会控制体系的一部分。即使像庞德说得那样法律成为社会控制的主要手段，它也不可能是全部。而民间法，即埃里克森所谓的“规范”，也是这一体系的中“重要”^①组成部分。笔者对民间法的基本定位就是：民间法是社会控制体系的重要组成部分。民间法的社会控制，既广泛地存在于人们的日常生活，也体现在国家的司法活动中。

布莱克和埃里克森都指出社会还存在除法律之外的其他社会控制，埃里克森还将这些社会控制细化了，将控制者分成一个第一方控制者，即自我控制，一个第二方控制者和三个第三方控制者。他们组成了一个严密的体系。在这个体系中，引起我们在此关注的便是规范和法律。

埃里克森发现了规范的重要性。认为当社会条件是关系紧密时，人们将开发并保持这些非正式规范，以鼓励人们合作使他们在相互交往中客观发生的自重损失与交易费用之和最小化，即实现福利最大化。依据博弈论的知识和演算，埃里克森发现，邻居之间的这种规范是从社会群体的博弈互动中产生的，最好的法律说到底不过是对这种社会群体长期反复博弈产生的规范之承认和演化

^① 谈起这个“重要”，我不禁想到我们国家的宪法第11条对我国的对非公有经济的界定。在88年修宪时，增加了对私营经济的规定，将其与宪法原有的“城乡劳动者个体经济”的地位等同，“是社会主义公有制经济的补充”，99年修宪的时候，则将重新界定为“个体经济、私营经济等非公有制经济，是社会主义市场经济的重要组成部分。”对非公有制的认识全面了，地位也提升了。我想我们对民间法地位的界定可能也会经历这样一个过程。

(继续的博弈)。因此,如果科斯说在非零交易费用的情况下,权利的初始界定很重要,那么界定权利的这个“法律”其实——在埃里克森看来——未必是正式的制定法或(英美国家)普通法,而更多是人们在日常生活中博弈形成的规范;或者说有效率的好的法律其实就是符合这些规范的,或者是对这些规范的官方表述。也就是说法律是社会生活的产物。^①在此,法律的含义已不限于国家以合法程序制定的法律,而是更包括了更广泛的也是国家应以之为模本的民间社会规范。自由主义者哈耶克区分了法律与立法,并认为“法律先于立法”^②,其区分的角度正是立法在很大程度上只是确认并叙述了这些现在的社会规则。也正是在这一角度上,我们才能更好的理解马克思所说的“立法者应该把自己看作一个自然科学家,他不是在制造法律,不是在发明法律,而仅仅是在表述法律。”^③的意义。

我们可以回想一下法国的习惯法对法国民法典的影响,想想商法的产生和发展过程,我们就会发现,民间规范对国家法的影响有多大、地位究竟有多高。

或许我们可以更进一步。前已提及民间法,即规范,在人民中间形成了一种自生自发的秩序,这种自生自发的秩序也是自给自足的。埃里克森将控制者分成三类五种的同时,还将规则分为五种:(1)实体规则;(2)救济规则;(3)程序规则;(4)构成性规则;(5)选择控制者的规则。他们共同组成了一个完整的体系,能够自我维护,埃里克森还分别论证这些规则也符合福利最大化假说。由于这一秩序自给自足,自给自足,它们不需要借助外在的力量就可以存续。在这种情况下,即使无政府也仍然会有秩序。而确认这种秩序的国家的立法之所以有效,从根本上看正是因为他们嫁接于其上的自上自发的秩序或者说确保秩序的规范,早已获得普遍遵守或惯常服从。相比之下,国家的强制力量只能为法律之所以有效,提供一种边缘性的解释。哈耶克发现,如果国家制定的法律尽可能与自生自发的秩序相吻合,国家强制力就可以降到最低限度。^④而埃里克森自己得出的结论就是“法律的制定者如果对那些促进非正式合作的社会条件缺乏眼力,他们就可能造就一个法律更多但秩序更少的世界。”^⑤

① 朱苏力语,参见埃里克森《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》,苏力译,中国政法大学出版社2003年版,译者序第7页。

② 参见哈耶克:《法律、立法与自由》,邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第113页以下。

③ 《马克思恩格斯全集》第1卷,第183页。

④ 参见哈耶克:《个人主义与经济秩序》,贾湛、文跃然等译北京经济学院出版社1991年版,第23页。

⑤ 罗伯特·C·埃里克森:《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》,苏力译,中国政法大学出版社2003

如果国家的法律吸收一部分（也只能吸收一部分^①）民间规范，那么与这些民间规范相关的条件或者环境及其它规范，就构成了这条法律或这项法律制度或这个法律体系的文化支撑，是其不言自明的部分。比较法的研究表明：经常地，那种“不言而喻”的东西，虽然一直未被人们明言也未受到质疑，它们的影响比我们称之为法律的东西的影响要大的多。……法律仅仅是社会生活规则现露出来的一个微小的部分而已。^②也正是在民间规范构成国家制定法的文化支撑的意义上，法律移植才往往是困难的。

在现代社会中，政府似乎垄断了规则制定权。同时伴随着财富不平等、人口密度、社会原子化、社会分工、各种组织的存在、文化异质性以及缺乏相应的替代手段等等，法律不断增长。^③以至于我们达到了一个对法律过分依赖的地步（在我国的表现就是过分相信立法，相信成文法的力量），其后果便是法律导致犯罪和冲突，社会患上了“基蒂·吉诺维斯综合症”。^④按照布莱克的理论，法律控制的量与其他社会控制成反比。因此，如果其他社会控制越多，法律的量就会减少。布莱克也正是在对法律替代物和其他社会控制的相信的基础上提出了无政府主义（字面意义，没有政府）的设想，逐步实现法律最小化。我认为民间法就是最重要的替代物，并且它已经在维护着我们的秩序。人们的生活已经对国家的试图垄断做出了回答，问题在于我们怎样更好的创造这一回答所需要的环境。

相信民间法，就是相信我们的集体理性或者说社会理性；重视民间法，就是重视我们自己的创造。

年版，第354页。

① 高度抽象和概括的国家法律作为一种“人为理性”，即使想全部吸纳民间规范，也是不可能的。而且这样一来，民间规范一旦完全固定下来，也就失去它的活力与生机。

② [德] 伯恩哈德·格罗斯菲德：《比较法的力量与弱点》，姚建宗译，清华大学出版社2002年版，第14-15页。

③ 参见唐纳德 J. 布莱克：《法律的运作行为》，唐越、苏力译，中国政法大学出版社2004年修订版。

④ 唐·布莱克：《社会学视野中的司法》，法律出版社2002年版，第87-88页。其中所谓“导致犯罪和冲突的法律”是指对法律的过分依赖会增加不法行为发生的可能性，因为过分依赖法律会减少对犯罪的威慑力。基蒂·吉诺维斯综合症是由一个案件引申出来的。在这一案件中，基蒂·吉诺维斯小姐在离她公寓不远的地方被歹徒强奸后杀死，这个过程有38位邻居听到了呼喊声，有许多人打开家里的灯，并从窗户里目睹了悲剧的全过程，但没有人出面阻止。邻居们事后解释说，当听到呼喊声时，他们都认为已经有人报了警。而事实上，歹徒作案时非常害怕有人挺身而出。布莱克指出，在任何案件中，完全依靠警方已经被证明是一个致命的错误。

这是我们十几亿人真正的生活。
这才是我们法治建设最大的^社资源。

关注这一切，才刚刚开始……

结 语

对民间法的研究已经兴起，从司法的视角对其进行研究是这一领域的重要内容。研究司法过程中的民间法，实在是一个很大的课题，在调研和写作过程中，我深深地感受到驾驭这一问题的难度。这一问题涉及的方面很多，而本文在很多方面却是不严谨、不完善的。问题首先就在于本文中所使用的“民间法”一词是笼统的、模糊的概念，在文章中并未对其与相关概念进行界分；其次，还来自于所收集的资料的限制，使得笔者在一些问题上的视野和思维受到了限制。当然，最主要的问题还在于本人学识粗浅，未能将很多分析进行细化和深入。

目前，许多学者在为这个课题努力着、贡献着。我实在不敢宣称能自己贡献什么，只是希望结合司法的视角将民间法的一些问题呈现出来。如果拙文能引起您的一些思考，便不枉我此番努力。

参考文献

一、参考著作

(一) 国内著作

- 1、谢晖 陈金钊主编：《民间法》，一至四卷，山东人民出版社 2001、2002、2003、2004 年版。
- 2、梁治平：《清代习惯法：国家与社会》，中国政法大学出版社 1996 年版。
- 3、梁治平主编：《法律的文化解释》中国政法大学出版社 1998 年版。
- 4、苏力：《法治及其本土资源》中国政法大学出版社 1996 年版。
- 5、苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，中国政法大学出版社 2000 年版。
- 6、马小红：《礼与法：法的历史连接》，北京大学出版社 2004 版。
- 7、高其才：《中国习惯法论》，清华大学出版社 2003 年版。
- 8、王铭铭、王思福主编：《乡土社会中的公正与权威》，中国政法大学出版社 1997 年版。
- 9、田成有：《法律社会学的原理与运用》，中国检察出版社 2002 年版。
- 10、李可：《习惯法——一个正在发生的制度性事实》，中南大学出版社 2005 年版。
- 11、张宏生 谷春主编：《西方法律思想史》，北京大学出版社 2000 年版。
- 12、陈华文：《文化学概论》，上海文艺出版社，2001 年版。
- 13、南达：《文化人类学》，陕西人民出版社 1987 年版。
- 14、傅铿：《文化：人类的镜子——西方文化理论导引》，上海人民出版社 1990 年版。
- 15、张志刚：《宗教学是什么》，北京大学出版社 2002 年版第 29 页。
- 16、杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社 1999 年版。

(二) 国外译著

- 1、[法]亨利·莱维·布律尔：《法律社会学》，许钧译，上海人民出版社 1987 年版。
- 2、H.W.埃尔曼：《比较法律文化》，贺卫方 高鸿钧译，清华大学出版社 2002

年版。

- 3、卢梭：《社会契约论》，商务印书馆，2003年版。
- 4、孟德斯鸠：《论法的精神》，孙立坚、孙丕强、樊瑞庆等译陕西人民出版社2001年版。
- 5、千叶正士：《法律多元——从日本法律文化迈向一般理论》，强世功等译，中国政法大学出版社1997年版。
- 6、罗伯特·C·埃里克森：《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》，中国政法大学出版社2003年版
- 7、霍贝尔：《原始人的法》，严存生译，贵州人民出版社1992年版。
- 8、唐纳德·布莱克：《法律的运作行为》，唐越、苏力译，中国政法大学出版社2004年修订版。
- 9、唐纳德·布莱克：《社会学视野中的司法》，郭兴华等译，法律出版社2002年版。
- 10、E·博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999版
- 11、[德]伯恩·魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社2003年版。
- 12、哈耶克：《个人主义与经济秩序》，贾湛、文跃然等译，北京经济学院出版社1991年版
- 13、哈耶克：《法律、立法与自由》，邓正来译，中国大百科全书出版社2000年版
- 14、[德]伯恩哈德·格罗斯菲德：《比较法的力量与弱点》，姚建宗译，清华大学出版社2002年版

（三）外文原著

- 1、Donald Black, ed., *Toward a General Theory of Social control*, Academic Press 1984

二、参考文献

- 1、郑永流：《法的有效性与其有效的法》，载《法制与社会发展》2002年第2期。
- 2、刘作翔：《具体的“民间法”——一个法律社会学视野的科学考察》，载《浙江社会科学》，2003年第4期。

- 3、强势功、赵晓力：《一项法律事件的评论》，载王铭铭、王思福主编：《乡土社会中的公正与权威》，中国政法大学出版社 1997 年版。
- 4、谢晖：《民间规范与习惯权利》，载《现代法学》2000 年第 2 期
- 5、梁治平：《乡土社会中的法律与秩序》，载
http://www.fsx.com.cn/scholar_c/liangzhiping/index/
- 6、范愉：《情理法的冲突与协调》，载
http://news.xinhuanet.com/school/2003-07/31/content_1003791.htm
- 7、陈金钊：《法学的特点与研究的转向》，载《求是学刊》2003 年第 2 期
- 8、陈金钊：《司法过程的法律发现》，载《中国法学》2002 年第 1 期

致 谢

真的是“弹指一挥间”，三年的研究生生活就要结束了。这三年，虽然对我整个人生道路来说可能并不长，但却是我一生中极其宝贵的一段时间。在这段时间里，我经历了许多，成长了许多。记得看外文译著的时候，发现作者总是要向许多人致谢，当时感觉有些客套，但当今天我完成自己的学位论文的时候，却真的发现，要感谢的人实在太多了。

我首先要感谢我的父母。二十多年来，他们含辛茹苦，供我和弟弟上学，实在太累了。而我自己，说来也已经二十好几了，却一直未能真正自立，还要他们抚养，实在让我汗颜。我要感谢他们，对他们说：“爸、妈，你们辛苦了！”

我要感谢我的导师谢晖教授和陈金钊教授。三年来，他们在做人上为我树立榜样，在学业上给我指导和督促，在生活上能够给我关心和帮助。我的三年研究生生涯中渗透着他们的心血。

我要感谢三年来给我授业解惑的各位老师和给我关心、支持的各位朋友，没有他们就不会有我今天的成长。他们的名字就不一一列举了，但我会心怀感激地将他们永远记载心里。

谨向所有关心、支持我的人表示诚挚的谢意：

谢谢你们！

刘洪展

2006年3月28日