

张松
●
著

变与常

清末民初
商法建构与商事习惯之研究

张松
○
著



变与常

清末民初
商法建构与商事习惯之研究

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

变与常：清末民初商法建构与商事习惯之研究/张松著.
北京：中国社会科学出版社，2010.10
ISBN 978-7-5004-8972-6

I. ①变… II. ①张… III. ①商法—研究—中国—近代
IV. ①D923.992

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 142745 号

策划编辑 王 茵
责任编辑 储诚喜
责任校对 王兰馨
封面设计 格子工作室
技术编辑 王炳图

出版发行	中国社会科学出版社		
社 址	北京鼓楼西大街甲 158 号	邮 编	100720
电 话	010—84029450 (邮购)		
网 址	http://www.csspw.cn		
经 销	新华书店		
印 刷	北京君升印刷有限公司	装 订	广增装订厂
版 次	2010 年 10 月第 1 版	印 次	2010 年 10 月第 1 次印刷
开 本	710×1000 1/16		
印 张	21	插 页	2
字 数	346 千字		
定 价	45.00 元		



张松，安徽潜山人，
法学博士，现任职于南
京信息工程大学公共管
理学院，曾先后在《政法
论坛》、《法史学刊》等刊
物上发表论文若干，主
要研究方向为近代中国
法律史、商法史。

序

近代中国，一种价值逆反心态主导了历史的展开。传统的价值观，正统的主流意识，受到社会各界的多元攻击。这支主攻队伍中，有接触并接受西方新型价值观的理论家，有忧国忧民、希望通过价值观调整来重建统治秩序的官员，有对民穷国弱导致被动挨打有切肤之痛的实业家，另外，还有一批受到传统价值观压抑、长期被主流力量边缘化的社会群体。如果说，理论家、官员、实业家对于主流价值观的批评，还是基于忧虑民族危机、寻求发展之道的理性思考，那么，第四支队伍的主张则可能最缺少深思熟虑，但也最具有攻击性，最善于营造一种让被攻击对象四面楚歌的孤立氛围。孝顺父母，尊重长辈，被视作民族文化的糟粕；提倡仁爱德化、主张有教无类的孔子被冠以“一家之店”的名号被打倒；孕育并滋养中华民族五千年的文明史，被简单概括为“吃人”的历史。各种力量的并存，使得价值观之间的博弈复杂化。而对于传统价值观铺天盖地的批判，明显包含相当多的非理性因素。

在近代中国商业领域的变革，无论是制度的设计，还是法律体系的构建，虽然以吸收西方思想、参照西方制度为主，但对民间商事习惯的态度，基本体现了对待传统商业文化的理性主义立场。

传统中国，商业与法律有着某种共同的命运。国家要发展，社会需秩序；发展需要商业，秩序依靠法律。对于文明社会而言，商业与法律均是必需之物。儒家学说主导下的中国传统社会，重农抑商，德先法后。就国民经济而言，农耕为立国之本，商业居四业之末。商业的存在价值，始终只具有程序意义：在经济总量不变的前提下，互通有无，丰歉交换。而就国家治理而言，德化天下，礼治为先，法律只是在其他手段不能奏效，对付社会异常群体、异常现象不得已而用之的最后手段。

而在近代中国，正是商业与法律的结合，成为中国法制变革的先行

者之一。法律的主要职能在于调整社会关系，规范社会行为，实现社会秩序。近代中国商业的发展，首要问题是商人、商业的正名，商人身份、商业行为能否从四业之末，有所提升，进入社会主流。1904年《商人通例》的制定、颁行，明确为商人、商业正名，推动商人与商业在法律上与道义上获得社会认可。

近代中国商事立法，既吸收西方法律精神，也考虑传统商事习惯。这一立法路线图，在近代中国新型法律体系构建过程中具有普适性。只是近代商业从传统中国四业之末挺身进入主流之中，而且身负解危机、救国难的重任，需要更多地借重西方价值观和西方法律精神，从而使得会通中西的立法路线图主要体现为“西主中辅”的特色，使得近代中国商事立法始终处于会通中西立法争议的风口浪尖上。

张松的博士论文“变与常：清末民初商法建构与商事习惯之研究”，专题研究近代早期中国商事立法与商事习惯的关系，并就会通中西原则在商事立法中的体现，提出了自己独到的观点。作为导师，我为其成就感到欣慰。

朱勇

2010.8 于合肥气象苑

目 录

绪论	(1)
一 问题的提出	(1)
二 有关概念的解说	(6)
三 研究现状概述	(11)
四 研究理论与方法	(19)
 第一章 大势所趋:中国近代商事法律体系的建构	(23)
一 近代中国商法制定的历史条件	(24)
1. 经济条件——新式商业的出现	(24)
2. 思想条件——重商观念的兴起	(27)
3. 社会条件——商人组织的近代化	(31)
二 近代中国商法的制定过程	(34)
1. 蹒跚学步——晚清商法的制定	(34)
2. 全面移植——民国初年的商法制定	(38)
3. 就地取材——近代商事审判法规的制定	(46)
 第二章 殊途同归:商事习惯之考察	(50)
一 商事习惯的形成及其近代演变	(51)
1. 商事习惯的形成基础	(51)
2. 商事习惯的形成路径	(55)
3. 商事习惯的近代演变	(59)
二 近代商事习惯概观	(61)
1. 合伙习惯	(62)
2. 银钱业习惯	(66)

2 / 变与常:清末民初商法建构与商事习惯之研究

3. 倒号(倒闭)习惯	(69)
4. 商业使用人和学徒习惯	(71)
5. 股份习惯	(74)
6. 账簿习惯	(76)
7. 担保习惯	(77)
8. 借贷及利息习惯	(81)
9. 商铺租赁习惯	(87)
10. “居间”习惯	(91)
三 近代商事习惯之分析——以票据习惯为中心	(92)
1. 我国票据发展史	(93)
2. 各地习用票据种类举凡	(95)
3. 票据习惯的法律分析	(102)
第三章 摒弃抑或吸收:商事立法对习惯的考量	(117)
一 商事立法的准备——对民商事习惯的调查	(118)
1. 清末的民商事习惯调查	(118)
2. 民初的民商事习惯调查	(122)
3. 民商事习惯调查评析	(125)
二 商事立法对习惯的考量	(127)
1. 近代中国关于变与不变的争执	(127)
2. 清末至民国初年立法者的态度	(131)
三 商事立法对商事习惯的吸收——以商法总则和 票据法草案为例	(143)
1. 商法总则的变化	(144)
2. 票据法草案的变化	(154)
第四章 必然和偶然:商事司法对习惯的援引	(167)
一 齐头并进:商事裁判机构的设置	(168)
1. 官方审判机构——大理院及各级审判厅	(168)
2. “民间”审判机构——商事公断处	(188)
二 权宜之计:商事裁判中习惯的导入机制	(220)
1. 习惯的导入机制	(220)

2. 司法实践导入习惯之案例	(226)
三 确认和补充:商事裁判中习惯的作用	(229)
1. 确认事实	(231)
2. 弥补和修正现行法律	(234)
四 肯认和否弃:民初大理院对商事习惯的规制	(238)
1. 对商事习惯的肯认	(239)
2. 对不良商事习惯的否弃	(244)
3. 规制的动因分析	(247)
五 大同小异:民初商事裁判与民事裁判的比较	(249)
第五章 浴火重生:近代中国独立法律意识的养成	(255)
一 中国传统法律意识之内涵	(257)
二 法律人独立法律意识的养成	(263)
1. 法律心理及法律观念的转变	(263)
2. 法律思想体系的转变	(274)
三 社会独立法律意识的养成——以商会为中心的考察	(280)
1. 立法意识的觉醒	(281)
2. 司法意识的养成	(292)
四 近代法律意识之内涵	(304)
1. 近代法律意识嬗脱的历史轨迹	(304)
2. 近代法律意识的基本内涵	(307)
结语 变与常——近代中国法律制度建构的历史观照	(312)
参考文献	(317)
后记	(328)

绪 论

一 问题的提出

关于“变与常”，无论中外，都有着莫名的热衷，但却聚讼纷纭，未有定论。著名中国史学家余英时曾在其《文化评论与中国情怀》一书中对“变与常”这一贯穿社会发展进程始终的问题做了非常深刻精当的论述：^①

不可否认，这是一个变的时代：从社会到个人，从制度到思想，都在剧烈地变动着。人们，尤其是青年朋友，对于一切变的都有着无限的向往之情，而对于一切现存的，也就是常的，则有着说不出的厌恶之感。是不是过去的种种都该彻底革除呢？抑或社会应当一成不变呢？变与常的关系又到底如何呢？在今天，这些问题确实迫切地需要我们加以理智的思考。

本来，变与常的问题在中外思想史上便一直是聚讼纷纭的所在。较为激进的人倾向于变，较为保守的人则倾向于常。早在纪元前6世纪时，希腊哲人赫拉克利特（Heraclitus）即说过“一切皆流，一切皆变”，后人视此为辩证法的胚胎。而恩培多克勒（Empedocles）则认为“无论什么东西，不能发生于无，亦不能消灭；万物常在，求久保存”，这又是坚持常道的说法了。在中国，变与常也是莫衷一是的：孔子在川上而有“逝者如斯夫，不舍昼夜”之

^① 余英时：《文化评论与中国情怀》（上），广西师范大学出版社2006年版，第19—21页。

叹，这说明了他的变的宇宙观。相反的，老子却是一个反对变的人，因此他说：“不知常，妄作凶。”又说“知常曰明”。西方的辩证法源远流长，是一种以变为绝对的存在理论；而中国亦有《易经》一书对于变之道发挥得淋漓尽致，故西方人把它译成“Book of Change”。我们都知道：数学上也有所谓“常数”（constant）与“变数”（variable），可见常与变的问题，实在是无所不在的。

一般人的看法，总是把变与常当作是对立的：有变便没有常，有常便没有变；又由于在现象上，万事万物又确是随时在变动着的，因此，变之说便比较能够吸引人些！不少的人以为变的理论已经科学化，一切主张常道的说法总难免要被讥为落后的或反动的。当人们在以变为绝对的科学真理而欢欣鼓舞时，对于物理学上一条最简单的定律——物质不灭——他们不再有记忆了。

变并不是坏事。中国成语说：“穷则变，变则通。”无论是一个社会，或一个人，到了日暮穷途的阶段是绝对应该，而且也必然会变动的，所谓“山重水复疑无路，柳暗花明又一村”是也。从这一角度上看，我们也不妨承认人类的进步是不断变化的结果。然而只要我们肯仔细思考一番，我们是无法尊“变”道为绝对的真理的。原因很简单：变不足以解释人类文明成就的全部。当我们谈到“历史”、“文化”等名词时，我们最先联想到的便是一种连续不断（continuity）的状态。数千年文明人类的历史，是有一条不变的线贯穿其间的。如果变之中没有常，各种变化都是各不相涉的话，文化如何得向前发展，社会又如何得维持其统一性呢？不仅社会如此，自然界也是一样，宇宙的末日如不到来，自然本身总会是一个不变的常道的。

不错，我们今天的社会与数千年前的社会是不同了，是起了变动了，可是，就社会本身的客观存在而言，古今实并无二致。变在近代中国之所以引起人们这样大的兴趣，主要的原因是来自屡次的政治变革。早在戊戌政变时代，康有为即高唱“全变速变”的口号，此后的革命者，其着眼点也全在“变”上，常道的黯淡真是值得我们同情的事。失去了一根永恒不变的历史线索，无数的变化便只能是一盘散沙，毫不相干的。

必须声明，我要人们注意常道的价值，其意义绝不同于什么“以不变应万变”。这一句似通非通的话即使在最简单的逻辑上也不

能成立。实则常道之中亦有变的存在，非变无以见常，非常不足以尽变。离开了变的常固毫无价值可言，失去常的凭借的变，也高明不到哪里去。

说到这里，我们的问题弄清楚了：变与常不是相对立、相排斥的，而毋宁是相反相成的。关于变与常的正确关系，我认为荀子有一句话最能表达其意。他说，“夫道者体常而尽变”，王先谦注曰：“犹言天地长存，能尽万物之变化也。”常中有变，变中有常，这才真的接近了真理的边缘。

语云：“万变不离其宗”，一点不错。我们倘不是从常的角度上去看人生、看世界，变又何从显现呢？世界正在变，掌握着变的权威的人类，似乎应该看清此一变中之常——文明从何处来的，又将怎样才能发展下去。一味凭着我们一己的激越之情英锐之气，而胡变乱变一番其结果是使自身陷入万劫不复之境。

仔细思考余英时先生的这段论述，其中不无包含了对近代以来中国思想文化制度转型的一种深为遗憾的感叹，惜其“变”、“常”之道未能为社会精英所明了。无疑，余先生“常道黯淡”的这番感叹是有着近代以来的中国发展历史作为依据的，也是与近代以来的中国社会表象相一致的。但我们是否能认为，在“变”道大兴之时，“常道”是否彻底消失不存了呢？近代以来的史实充分证明，答案是否定的。“常道”非但没有消失，反而一直延续至今，只是已隐藏于“变道”的阴影之下，不为人们所熟悉罢了。

在中国长达数千年的历史进程中，曾经有过三次大的社会转型。第一次乃是发生在殷周之际，确立了“礼”、“刑”；第二次为春秋时期，最终导致礼法结合，形成中国独特的礼法文化，并调整中国社会长达两千多年；第三次转型则是肇端于清末，且迁延至今，尚未定讫。与前两次转型迥然不同的是，第三次转型并非始于自觉，而是由于异质文化的侵入而被迫发生的。换言之，乃是在西方强势文明的逼迫下，以西方文明为标准改造中国社会和文化的一次被动的、激进的转型。此次转型对近代以来的中国来说，其影响至深且远，无论是政治制度，还是社会风俗均因西学东渐而发生剧变，是名副其实的“数千年未遇之大变局”。

史家唐德刚先生曾以“历史三峡”来描述近代中国这一“转型期”，

认为“一部‘中国近代史’，实在是一部从中古东方式的社会型态，转向现代西方式的社会型态的‘中国近代社会转型史’，也可叫做‘中国现代化运动史’”^①。近代中国的法律制度变革亦如此：它既是中国传统法律文明的近代转型，也是中国传统法律的现代化。这已是学界通说。但如何转型、如何现代化的问题却一直迁延至今，未有定论。

自1840年鸦片战争之后，国门洞开，政治、经济权利日渐被侵蚀。为富国强兵，谋求权利的回归，仁人志士开始了变法革新的艰难历程。在传统与现代的二重变奏之下，对中国本土文明的传承与对西方文明的继受成为近代中国的主音符。然而，近代中国转型应该采取何种方式、走何种道路，国人却莫衷一是，众说纷纭。是全面移植西方制度的激进方式，还是中体西用，抑或是西体中用，各路学说各执己见，均对近代中国的制度转型产生影响。而改革者也因为时势移易，其思想主张随之发生逆向转变，最具代表性的当非康有为、梁启超、杨度等莫属。

“根据中国的社会观，‘和’、‘均’、‘安’才是常道，冲突与矛盾则属变道。”^②但是由于被迫融入世界发展的大洪流，东西方冲突与矛盾无处不在，且异常激烈，传统社会观在近代中国已显得不合时宜。因此，变道走上了历史舞台，担纲主角，常道则退居幕后，而近代中国的转型最终自然是走上了全面移植西方制度的道路。从康梁主张的“大变法”，^③到沈家本的制定新律，乃至南京国民党政府时期建立的“六法全书”体系，无不是以学习西方为主导。从制度层面看，近代中国的政治制度，包括法律制度基本都是仿效西方而设，可以说，已经构建起一个西方模式的“新社会”。然而，在制度运作的实践领域，西方的文化观念及制度精神却未能生根发芽，传统文化精神仍牢牢地扎根于日常生活之中，从而也就形成一个制度与实践相背离的状态，美国学者黄宗智就从法律制度方面对此进行了深入细致的分析。^④因此，近代以来的中国社会结构是一个“双重社会”的模式。^⑤在西方文明的强势面前，中

① 唐德刚：《晚清七十年》，岳麓书社1999年版，第264页。

② 余英时：《中国思想传统的现代诠释》，江苏人民出版社2003年版，第20页。

③ 康有为：《请飭各省改书院淫祠为学堂折》，《戊戌变法》（二），第220页。

④ 参见黄宗智《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》，上海书店2001年版；《法典、习俗与司法实践——清代与民国的比较》，上海书店2003年版。

⑤ 参见尹伊君《社会变迁的法律解释》，商务印书馆2003年版，第16—17页。

国本土文化及中国意识处于弱化和简化的状态，失却了以往包罗万象、吸纳异域文明为己用的雍容气度；从上至下，急功近利的富国强民意愿更是生硬地截断了中国社会发展的连续性，一个截然不同的异质社会和文明硬生生地被插入。虽然经过几十年的学习和变革，一个西方模式的“新社会”慢慢成形，但中国社会和文化发展的连续性并未因此而中断，他们只是从制度层面退隐了，而以另一种潜在的方式影响乃至决定着社会生活的各个方面。就法律制度而言，一种西方的法律体系和司法模式已在明面上建立，而人们的法律意识、法律的实际运作方式仍深受传统法律文化精神影响，整个社会文化环境仍受中国传统制约。

梁任公曾说：“变亦变，不变亦变。变而变者，变之权操诸己，可以保国、可以保种、可以保教。不变而变者，变之权让诸人。束缚之，驰骤之。呜呼！非吾之所敢言矣。”^①“变”和“不变”（即“常”）既是近代以来中国人最为艰难的抉择，同时又是近代中国社会的一种真实写照。一百多年来，“变”的形式和内容始终居于主流与主导地位，从而遮掩了那些退隐幕后的相对“不变（常）”的东西。这就出现一个问题：如何在变的过程中，充分照顾或考量那些不变的东西？应该说，这个问题在近代中国开始转型以来就一直存在，而且自近代以来，历代改革者都在试图解决这一问题；但始终未能竟其功。反映在法律制度变革领域，则表现为：一是立法者和司法者在立法与法律实践上对西方法律制度、本土法律资源的取舍；二是民众对待国家制定法和本土法律传统（包括民商习惯）的态度，即法律观念的变和不变。因此，中国法律制度建设的“变”和“不变（常）”不仅成为近代以来法学界极为关注的问题之一，也是今天中国法律制度建构所应解决的问题之一。

众所周知，近代中国的转型波澜壮阔，跌宕起伏。由于“治外法权”的存在，以及日本因“明治维新”而成世界强国的范例影响，制度变革成为社会共识，法律制度变革首当其冲。自沈家本主持修律开始，至南京国民党政府建立“六法全书”法律体系时止，在三十余年中，立法活动之频繁，法律草案之多，法律制度变动之大，令人为之惊叹！其间，虽有“中西调和”、“重拾国故”等论调间或出现，但无一不为“西化”潮流所淹没，而其中又以商事法（按诸现代法律部门的划分）“西

^① 梁启超：《变法通议》，《饮冰室合集·文集一》，中华书局1989年版，第8页。

化”程度为著。今天，重新回顾这段历史，我们会既讶异于中国人学习西方的热情之高、之浓，也惊愕于中国人对传统法律文化之绝情如斯！

无疑，在中国古代的法律法典中，并没有近现代意义的民商法，但却存在众多相关的民商事法律规范，呈现出“诸法合体，民刑有分”的特点。^①近现代法学意义上的民商法直到近代才在中国出现。这也就造成当时法学界关于中国古代究竟有没有民商法的争议，从而也进一步加剧了近代中国关于民商立法是全面移植还是中西调和的争论。虽然这些争议和争论至今也未成定论，但却给中国近代的民商事立法带来了很大影响，本土的民商法律传统（主要是民商习惯）也得以在民商法典中有所体现。可见，即使是“西化”程度最高的民商法，也由于诸多原因而吸收了一些本土法律传统，这种状况为什么会出现？如何出现的？回答诸如此类的问题，法律史学界责无旁贷。由此，而形成本书的中心问题：对于近代中国法律制度建设中的“变”和“常”该如何调和抉择？本书试图通过对清末民初商事法律制度建设及实践的历史考察，梳理其中的变与常，从而对上述问题做出初步回答。

需要说明的是，本书考察的对象涵括了近代中国制定的商事法规和商事习惯，前者包括商法通则、公司法、票据法、破产法、保险法、银行法、交易所法、海商法等商事法规及草案，但选择商法通则和票据法作为考察的重点。至于商事习惯，则涉及多个方面，本书主要按照具体的商行为进行考察。通过对前述各对象的考察，探究各对象之间的深层联系，揭示近代法律移植过程中传统与现代之间的纠葛关系，何为“变”？何为“不变”？为诠释近代中国的法律变革运动提供一个切入角度，从而最终为现代立法活动提供历史借鉴，是本书的研究目的，也可说是本书研究的现实旨归。

二 有关概念的解说

1. 习惯和习惯法

习惯，按《现代汉语词典》的解释，有两种含义：①常常接触某种

^① 张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》（修订版），法律出版社2005年版。

新的情况而逐渐适应；②在长时期里逐渐养成的、一时不容易改变的行为、倾向或社会风尚。《辞海》则解释为：①由于重复或练习而巩固下来的并变为需要的行动方式；②指经过不断实践，已能适应新情况了。从《现代汉语词典》和《辞海》对习惯的解释可以看出，习惯主要是指个人经长期而逐渐形成的特定的行为方式，该行为方式为个人所遵守和不断重复，并不对其他人产生拘束力。除此而外，习惯还有一种含义，即在一定区域或团体内，人们主动或被动地就某一事项重复地做出同一行为，久而久之，逐渐对人们的思想意识和行动形成一种拘束力，成为该地区或团体中每个人的行为准则。譬如中国古代男子成年要举行弱冠之礼、结婚要举行结婚仪式等。前一种习惯只具有个人性，而后一种习惯则具有社会性，这就相当于英语当中的 habit 和 custom 两词。habit 一般指某个人通常进行的行为，而 custom 则指特定的人群或团体因为传统或者文化的原因而做出的某一特定行为。本节所要讨论的商事习惯就属于后者，是人们在长期的商业行为当中所形成的，对本行业内人员具有拘束力。

如果我们从法律史的角度考察，习惯的渊源则可以溯及往古时期。博登海默曾说：“习惯乃是为不同阶级或各种群体所普遍遵守的行动习惯或行为模式。”^① 这些行为习惯模式早在原始社会就已存在，虽然有些习惯并不一定是靠与当今法律制裁相似的强制方式而得以实施，但却是从心理上产生一种相互遵守规则的需求而促使人们服从这一规则。应该说习惯产生拘束力的这种途径在今天仍然起作用。其中涉及社会重要事务的习惯则因为其“适应早期社会一般生活方式及那个时代的经济要求”，而“得到统治者或处于统治地位的规则阶层的执行”^②。而这类习惯也就成为人们所说的习惯法，有的则被收入法律明文，成为制定法。

在中国话语当中，与习惯意思相近的词语有风俗、风尚、风俗习惯等，与其相联系的有道德、伦理等，但这些一般都是指在一定区域和一定时期内因为长期的生活、生产以及社会文化的影响而形成的，对本地区内的人员具有一定的拘束力，使得其行为具有一定的趋同性。其中一

① [美] 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 年版，第 379 页。

② 同上书，第 382 页。

些风俗习惯由于具有规定双方权利和义务的机能,成为解决社会中利益冲突的习惯性规范,并为官方所默认,成为人们所指称的民间法或习惯法。

习惯法,是近代中国从西方移植而来的一个概念词汇。^①《牛津法律大辞典》的解释是:“当一些习惯、惯例和通行的做法在相当一部分地区已经确立,被人们所公认并被视为具有法律约束力,像建立在成文的立法规则之上一样时,它们就理所当然可称为习惯法。”^② 马克斯·韦伯认为:“根据一般的术语学,作为习惯法的规范,其效力在很大程度上依赖于一种类似的强制性实施机制,尽管这种强制效力是来自同意,而不是制定。”^③ 昂格尔则认为:“在最广泛的意义上讲,法律仅仅是反复出现的、个人和群体之间相互作用的模式,同时,这些个人和群体或多或少地明确承认这种模式产生了应当得到满足的相互的行为期待。我将称其为习惯法或相互作用的法律。”^④ 《现代汉语词典》对习惯法的解释为:“经国家承认,具有法律效力的社会习惯。”梁治平先生则认为:“习惯法乃是这样一套地方性规范,它是在乡民长期的生活与劳作过程中逐渐形成;它被用来分配乡民之间的权利、义务,调整和解了他们之间的利益冲突,并且主要在一套关系网络中被予以实施。就其性质而言,习惯法乃是不同于国家法的另一种知识传统,它在一定程度上受制于不同的规则。然而,同样确实的是,作为‘小传统’的习惯法从来都不是自主的和自足的,事实上,它是在与包括国家法在内的其他知识传统和社会制度的长期相互作用中逐渐形成的。”^⑤ 高其才先生在《中国习惯法论》一书中也对习惯法的含义、形成过程和内容做了比较详尽的描述。他在综合分析既往研究成果的基础上,重新确定了自己对习惯法的理解,认为“习惯法是独立于国家制定法之外,依据某种社会权威和

① 关于近代法律词汇的引进,李贵连先生有专门叙述,参见氏著《中国近现代法学的百年历程(1840—1949)》,载《20世纪的中国:学术与社会》(法学卷),山东人民出版社2001年版。

② [英]戴维·M. 沃克:《牛津法律大辞典》,光明日报出版社1988年版,第236页。

③ [德]马克斯·韦伯:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,中国大百科全书出版社1998年版,第21页。

④ [美]R. M. 昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,译林出版社2001年版,第46页。

⑤ 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1页。