

郑小川 于 晶/著

婚姻继承习惯法 研究

HUNYIN JICHENG XIGUAN FA YANJIU
YI WOGUO MOUXIE NONGCUN DIAOYAN WEI JICHU
以我国某些农村调研为基础



知识产权出版社

婚姻继承习惯法研究

——以我国某些农村调研为基础

郑小川 于 晶 著

巫昌祯 夏吟兰 顾问

知识产权出版社

内容提要

制定法与习惯法的融合历来是一项艰巨的任务。本书的核心价值就在于用第一手资料,解析了当前婚姻家庭、继承领域中习惯法的发展变化,为婚姻家庭、继承领域中国家制定法与习惯法的互补、相互融合迈出了重要的第一步,而且到目前为止,作者所做的工作也是唯一的。

责任编辑:张尚国

图书在版编目(CIP)数据

婚姻继承习惯法研究:以我国某些农村调研为基础/郑小川,于晶著. —北京:知识产权出版社,2009. 2

ISBN 978 - 7 - 80247 - 280 - 8

I. 婚… II. ①郑… ②于… III. ①婚姻法:习惯法—研究—中国 ②继承法:习惯法—研究—中国 IV. D923. 04

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第011097号

婚姻继承习惯法研究——以我国某些农村调研为基础

郑小川 于 晶 著

出版发行:知识产权出版社

社 址:北京海淀区马甸南村1号

网 址:<http://www.ipph.cn>

发行电话:010 - 82000893 82000860 转 8101

责编电话:010 - 82000860 转 8129

印 刷:知识产权出版社电子制印中心

开 本:880mm × 1230mm 1/32

版 次:2009年3月第1版

字 数:188千字

ISBN 978 - 7 - 80247 - 280 - 8/D · 760

邮 编:100088

邮 箱:bjb@cnipr.com

传 真:010 - 82000893

责编邮箱:xuemo7411@sina.com

经 销:新华书店及相关销售网点

印 张:7.75

印 次:2009年3月第1次印刷

定 价:26.00元

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

前言

20 世纪 70 年代末，我国开始了声势浩大的社会主义法制建设的步伐，经过三十年的努力，我国法律体系框架的基本建成，配合法律的颁布实施，在全国上上下下、各行各业开展了轰轰烈烈的普法宣传教育，人们的法律意识有了极大的提高，“依法治国”的思想深入人心。尽管在社会生活中国家制定的法律越来越完备、越来越科学，“依法治国”的前提性条件“有法可依”基本实现，但并不意味着我们实现法治社会只差一步之遥，完善的法律只是实现“依法治国”的起点，“依法治国”的核心在于法律的适用，事实也证明了这一点，完备的法律体系的建立，并没有向人们展示出一个美好的法治社会图景，诸多社会问题依然存在，声势浩大的普法教育，并没有改变人们行为的价值趋向，依法办事远还没有深入人心，现实生活中，人们更偏好由习惯、民俗、土政策、土办法等来解决问题。这迫使我们反思，在我国法治建设过程中，以立法为中心、以西方法制模式为主要参照的政府推进型法制建设之路，是否符合中国国情。

三十年的法治建设进程中，我们更多的强调制定法的作用，而忽视国家制定法之外其他社会规范对人们行为的影响和作用，人们曾经对在农村普遍通行的“嫁出的女儿泼出去的水”，出嫁的女儿对父母不履行赡养义务，对父母的遗产也无继承权这一现象百思不得其解，新中国第一部《宪法》、《婚姻法》都规定了男女平等的原则，规定了子女对父母的赡养义务，子女对父母遗产

平等的继承权，半个多世纪的宣传教育，不能用不懂法来解释这一社会现象，类似的情况不胜枚举。社会现实迫使我们不得不承认，国家制定法远没有亲近民众，走进民心。在国家制定法之外，实际上还存在着一种规则，在潜移默化地约束着人们的行为，作为一支无形的手指挥着人们的行为，对社会关系进行调整，这就是经过世代传承，不断发展变化，已经深入人心的习惯法或称习惯规则。

在三十年法治建设的过程中，我们更多地强调法律的作用，提高人们对法律重要性的认识，这在我们这个一直靠“人治”统治、管理的社会是必须的。当法治建设发展到今天，我们看到在一些领域和地方，在国家制定法遭受冷遇的同时，习惯法却十分活跃，这迫使我们重新审视习惯法，解决好习惯法与国家制定法的关系，实现两者良性互补，相互融合、渗透，对社会共同发挥调整的作用。习惯法更多的是人们日常行为规则，主要在民事领域和范畴，特别是对婚姻家庭的调整是它的主要内容，因此对婚姻家庭习惯法的研究，如何实现婚姻家庭习惯法和国家制定法的融合、互补，一直是我们非常感兴趣和关注的重点，但资料的有限性和缺少实证调查，这项工作一直无法展开。2004年司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目，将国家制定法与习惯法的关系作为项目的内容，笔者从婚姻家庭领域探讨国家制定法与习惯法的关系，得到各位专家、学者的支持，确定为本年度司法部的科研项目。

对习惯法的研究在我国还是近几年的事情，而且更多的是限于理论层面，实证研究由于工作量大以及条件艰苦，困难多，很少有人涉足，即使一些调查研究也多是对少数民族从民俗学角度，对婚姻家庭习惯法及与国家制定法的研究更是少之又少，经过分析、研究，我们课题组决定将研究的重点放在实证调查方面，这是婚姻家庭习惯法与国家制定法关系研究的前提条件，习

惯法是不断发展变化的，不了解现今婚姻家庭习惯法的现状，就无法开展今后的研究工作。我国幅员辽阔、民族众多，而作为习惯又“百里不同俗”，改革开放三十年，社会生活各个领域发生嬗变，这给我们的调查带来了难度，最终我们选择了人口流动相对不是很大的青海、甘肃两省汉族聚居的一些地方，他们的婚姻家庭习惯法在一定地域，甚至在全国都具有一定的代表性，通过实地走访、召开座谈会等形式，了解、掌握婚姻家庭习惯法可贵的第一手资料，在河南、河北、山东、四川、湖南、湖北、江苏、吉林等地进行了问卷调查。在调查的基础上我们整理、研究，最后完成此书的写作、出版工作。

在此过程中我们得到许许多多人的帮助、支持，我们由衷的感谢他们，感谢他们的支持和帮助，我们还需特别感谢的是中国政法大学巫昌祯、夏吟兰两位教授，从我们课题的申请，研究方向的确定，工作的开展，研究成果的发表，到课题的审查、通过，直至本书的出版发行，都凝聚着她们的支持和帮助，没有她们的帮助本书也无法与读者见面，在此我们只能说一声谢谢，如果本书能够推进我国婚姻家庭习惯法研究，为今后各位同仁的工作奠定基础，也是我们对两位恩师最好的报答。

目 录

CONTENTS

第一章	绪 论	/ 1
第一节	习惯法概述	/ 2
第二节	研究婚姻家庭习惯法的目的与意义	/ 10
第二章	对我国农村婚约习惯法现状的法律思考	/ 21
第一节	婚约概述	/ 22
第二节	婚约立法的历史沿革	/ 27
第三节	我国婚约现状及其调查	/ 36
第四节	我国婚约立法现状及引发的法律问题	/ 42
第五节	关于婚约的立法思考	/ 47
第三章	彩礼习惯法的变迁及纠纷解决中的问题	/ 53
第一节	彩礼	/ 54
第二节	彩礼的历史渊源及在新时期的变化	/ 57
第三节	彩礼的法律性质	/ 64
第四节	我国对彩礼的立法沿革	/ 68
第五节	彩礼纠纷处理的难点问题	/ 72
第四章	消失于律令的分家制度	/ 81
第一节	基本概念与研究目的	/ 82
第二节	律令中的分家制度及其隐没	/ 89
第三节	现有研究成果中的农村分家习惯(法)	/ 105
第四节	青海、甘肃两省部分地区分家习惯调查	/ 123

目录

CONTENTS

第五章 兼顾习惯(法)修订我国民法典的法定继承制度 / 133

第一节 诸子均分——分家习惯(法)核心内容剖析 / 135

第二节 我国法定继承制度内容之演变 / 139

第三节 继承法进入《民法典》时的选择 / 146

第四节 附录——其他《继承法草案》法定继承相关内容 / 159

第六章 村规民约中的婚姻、家庭关系 / 165

第一节 成文化的习惯法——村规民约 / 166

第二节 村规民约的历史发展 / 170

第三节 新时期国家制定法与习惯法相互融合的典范 ——村规民约 / 172

第四节 村规民约的现状以及存在的问题 / 174

第五节 村规民约中有关婚姻、家庭的规定 / 182

第六节 对村规民约中有关婚姻、家庭方面规定的改进意见 / 188

第七章 调查笔记 / 195

调查记录(一) / 196

调查记录(二) / 203

调查记录(三) / 210

调查记录(四) / 214

参考文献 / 221

后记 / 232

第一章

绪论

第一节 习惯法概述
第二节 研究婚姻家庭习惯法的目的与意义

婚姻继承习惯法研究



第一节 习惯法概述

一、习惯法的概念

“习惯法”这一概念，最早是由西方学者提出的。英国学者戴维·沃克认为：“习惯法（Customary Law），当一些习惯、惯例和通行的做法在相当一部分地区已经确定，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”。^① 美国的《韦伯斯特词典》是这样解释的：“习惯法是成立已久的习惯，是不成文，因公认既久，遂改其发生效力。”美国的《牛津词典》则是这样解释的：“习惯法是一种已获得法律权利的成立已久的习惯，特别是某一地区、贸易、国家等所成立的习惯。”在日本，习惯法的一般定义是：“相对于国家正统权力直接支持的国家法和实定法，在社会中作为习惯得到运用的法，即在社会上的各种组织和个人的各种生活领域中与国家权力没有直接关系，而作为法得以遵守的社会规范”。^②

我国对习惯法的研究起步比较晚，是从 20 世纪 90 年代兴起的，目前对于“习惯法”的定义是仁者见仁、智者见智，意见很不统一。归纳起来大致有以下几种观点：第一，习惯法是指由国

①[英] 戴维·沃克（David M. Walker），牛津法律大词典（*The Oxford Companion to Law*）[M]，北京：光明日报出版社，238。

②渠涛，中国民法典立法中习惯法应有的位置，中日民商法研究，http://www.习惯法hfm.com/Article/minjian/200609/Article_1396.asp。



家制定认可的那部分习惯。“习惯法，是指国家认可和由国家强制力保证实施的习惯，是法的渊源之一。”^①“习惯法是指国家认可并赋予法律效力的习惯。根据这个定义，习惯法有如下特征：习惯法的本质属性是有利于统治阶级的习惯，即由于重复多次而固定下来并变成需要的行为方式；习惯法是国家认可习惯具有法律效力；习惯法是以国家强制力保证实施的。同时具有这三个特征的行为规范就是习惯法。”^②第二，习惯法就是传统的习惯。“习惯法乃是由乡民长期生活与劳作过程中逐渐形成的一套地方性规范；它被用来分配乡民之间的权利、义务，调整 and 解决他们之间的利益冲突；习惯法并未形诸文字，但并不因此而缺乏效力和确定性，它在一套关系网络中实施，其效力来源于乡民对于此种‘地方性知识’的熟悉和信赖，并且主要靠一套与‘特殊主义的关系结构’有关的舆论机制来维护。”^③第三，将习惯法分为三个“级次”：一是由尚不能稳定和较为脆弱的社会物质力量（如“中人”）来保障实施的不成文习惯法（狭义习惯法），此为初级形态的法律；二是由较为稳定和较为坚固的社会物质力量（如“家族”、“行会”等）来保障实施的成文的习惯法（或习惯汇编），此为中级形态的法律；三是由高度稳定、坚固的社会物质力量——“国家”来保障实施的制定法，此为高级形态的法律。^④第四，习惯法是相对于制定法而言，存在于民间的具有一定强制力的行为规则。“是独立于国家制定法之外的，是人们在生活中根据事实和经验，依据某种社会权威和社会组织，具有一定强制性的行为规范的总和。”^⑤

①中国大百科全书·法学卷 [M]. 北京：中国大百科全书出版社. 1984, 87.

②朱恩. 试论我国的习惯法 [J]. 齐齐哈尔师范学院学报. 1994 (1), 97.

③梁治平. 清代习惯法：社会与国家 [M]. 北京：中国政法大学出版社. 1996, 166.

④胡旭晟. 20 世纪前期中国之民商事习惯调查及其意义 [J]. 湘潭大学学报 1999 (2)

⑤田成有. 中国农村习惯法初探. http://www.习惯法.hfm.com/Article/minjian/200511/Article_360.asp.



笔者认为上述几种观点从不同角度诠释习惯法：第一种观点是从法的起源、法的发展历史角度论述习惯法，将未被国家制定、认可的习惯排除在习惯法之外，对法的历史发展研究有意义；第二种观点扩大了习惯法的范围，将习惯法等同于习惯；第三种观点是从习惯法的存在形态上来分析，也有扩大习惯法范围之倾向，混淆了习惯法与习惯；第四种观点是从实证法的角度，针对于国家制定法而言，现在许多学者都是从此角度来探讨习惯法的，因此此概念也被大多数学者所采用。四种观点讨论问题的角度有所不同，含义有所差别是必然的，本书通过实地调查、问卷调查等实证研究方法，探讨婚姻家庭、继承方面的习惯法问题，因此本书所说的习惯法，特指第四种含义。但需指出的是习惯法实际上是一种行为规则，并非国家制定的法律，任何一个主权国家不会允许与制定法分庭抗争的另一个法的存在，制定法之外存在的只能是各种规范，因此称为习惯规范、习惯规则更合适，但考虑到现在普遍称为习惯法，笔者也不能另类。

二、习惯法的特征

基于本文对习惯法特定含义的使用，习惯法具有以下特征：

1. 地域性

习惯法只在一定的地域范围内通行，正所谓“十里不同风，百里不同俗”。习惯法是基于人们日常生活习惯形成的规则，是行为规范，是历史文化积淀的产物，过去由于受地域、交通的限制，人口流动性小，外来文化、思想很难渗透，一定地域内的封闭性导致不同地域范围内习惯法的内容并不相同，没有一个在全国甚至在一个省（直辖市、自治区）都通用的习惯法。

2. 民间性

习惯法产生于民间，适用于民间，习惯法的内容多是与人们日常生产、生活、社会秩序紧密相连的，是日常行为规则，是对



社会关系中的权利、义务进行“明确、肯定、具体”的调整。渗透到人们的衣食住行、日常生活的各个领域。习惯法多是对民事、婚姻家庭方面的调整，重在使日常生活形成一定秩序，使人们在一个和谐的氛围中共同生活。习惯法规则的形成来自于民间，自发形成，被人们接受而共同予以认可，它的贯彻执行不在于外界的强制，而在于来自共同生活群体的相互监督和制约，更主要的来自于人们的自觉执行。习惯法不具有国家意志性，是在制定法之下、之外的法，一般存在于制定法没有涉及的领域，包括乡民遵循的各种规矩、习俗、惯例、村规民约等。

3. 自发性

从形成过程看，习惯法是在人们长期的社会生活中逐渐自然形成的，源于共同的生产、生活需要，共同的人文、地理环境，是长期生活实践形成规则的积累，外界的影响只限于对人们行为习惯的本身，如国家制定法对人们行为习惯形成起着至关重要的作用，它直接影响或规范人们行为的形成，使人们的行为符合社会管理者的需求。在习惯法形成过程中，虽然也需要相互商议，共同通过，但这只是利益协调过程，毕竟每一个个体都有各自的需求，协调的过程就是总结、形成整体利益关系的过程。习惯法规范也缺少系统严谨性，一般不具有逻辑结构，它的内容也是随着社会的发展不断充实、完善，适应社会条件的变化，不断修改，它的传播也不是自上而下，而往往在人们的潜意识中，通过一代又一代的传承，相沿成习，于人们之间以口头、行为相互传播。

4. 自我约束性

相对于国家制定法的实施而言，习惯法主要靠人们自觉遵守，自我约束，由于它来自民间，是人们日常行为规则的总结，遵守习惯法被认为是自然而然的事情，并没有觉得是对人们的一种束缚，即使个体利益与群体规则发生冲突，屈服于共同生活群



体的压力，也需抑制个体利益的膨胀。习惯法对人们行为指令往往带有观念性，传统的精神观念是习惯法得以贯彻执行最有利的保障和强制力的主要来源，往往在人们的潜意识中，通过一代又一代的感染、传承，被模式化为一种带有遗传性的特质。

习惯法的表现形式具有多样性。一是文字形式，诸如民间土地的典当、租赁、买卖、分家、债务等契约；成文的乡规民约；寨规和族规；族谱等。二是存在于乡民意识中，体现为乡民信守的各种规矩、习俗、惯例，如在婚姻、继承、分家等方面。三是中国传统社会习惯法种类繁多，传统社会习惯法分为宗族习惯法、村落习惯法、行会习惯法、行业习惯法、宗教寺院习惯法、秘密社会习惯法、少数民族习惯法等。^①

三、习惯法与民间法的关系

我国对习惯法的研究是与民间法的研究同步展开的，目前关于什么是民间法，没有一个统一的概念，具有代表性的观点有：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”。梁治平先生立足于法史研究，从法律文化视角出发对民间法做了描述：法律不再被认为是国家的独占物，在制定法之外可用“民间法”，认为民间法产生和流行于各种社会组织和社会亚团体，他们不但填补了制定法遗留的空间，甚至构成制定法的基础。“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。”^② 田成有先生在承续梁治平先生阐释观点的

^①高其才. 中国习惯法论 [M]. 长沙: 湖南出版社. 1995, 13—16.

^②梁治平. 清代习惯法: 社会与国家 [M]. 北京: 中国政法大学出版社. 1996, 36.



基础上,比较全面地从规范研究的角度对民间法作了总结,他认为:“民间法是独立于制定法之外的,是人们在长期的共同生活之中形成的,根据事实和经验,依据某种社会权威和组织确立的,在一定地域内实际调整人与人之间权利和义务关系的、规范具有一定社会强制性的人们共信共行的行为规范。”^① 朱苏力先生从法治本土资源的角度关注民间法,不仅注意到了民间法的历史因素,更将关注重点投向了民间法的现代意义。本土资源并非只存在于历史中,“当代人的社会实践中已经形成或正在萌芽发展的各种非正式的制度”^② 是更重要的本土资源,传统是活生生流动着的,在亿万中国人的生活中实际影响他们行为的一些观念。法治不可能靠“变法”或移植来建立,而必须从中国的本土资源中演化创造出来。两位学者都没有直接从规范研究层面给出民间法的概念,分别从法律文化和法治资源角度来说明什么是民间法。郑永流先生认为:“民间法意指一切存在于国家之外的社会中,自发或预设形成,由一定权力提供外在强制力来保障实施的行为规则。”^③ 不管各位学者从何种角度阐述民间法,都突破了制定法研究的局限性,为民间法的研究指出了方向和研究方法。民间法概念的不统一性,并不影响对习惯法与民间法异同的认识。

习惯法与民间法的共同点在于:第一,从性质上看,它们都属于社会规范范畴;第二,从产生看,它们都是由民间自发产生的;第三,从内容上看,更接近民俗惯例,甚至本身就是传统的一部分;第四,从效力上看,不具有普遍的效力,只适用于特定的人群;第五,从执行上看,具有一定的确定性和可操作性;第六,从实施上看,主要靠成员自觉遵守,同时也运用一定物质的或心理的强制手段来保障实施。

①田成有. 乡土社会中的民间法 [M]. 北京:法律出版社. 2006, 19.

②苏力. 法治及其本土资源 [M]. 北京:中国政法大学出版社. 1996, 14.

③郑永流. 法的有效性与其有效的法 [J]. 法制与社会发展. 2002 (12).



习惯法与民间法的不同在于：第一，划分的依据不同。与习惯法相对应的是制定法或成文法，划分的依据是从产生的机制和表现形式；与民间法相对应的是国家法或者官方法，划分的依据是创制的主体。因此，与习惯法相类似的概念是“活法”、“行动中的法”、“惯例法”、“地方性法”、“不成文法”等，而与民间法相类似的概念则是非国家法、非官方法、非正式法律制度等。^①第二，民间法在外延上也远比习惯法广泛。梁治平先生总结清代之民间法“大体分为民族法、宗族法、宗教法、行会法、帮会法和习惯法几类”^②。由于民间社会的无限复杂性，民间法也就具有了极其多样的形态，民间法包括习惯法。

四、制定法与习惯法的关系

所谓制定法，即我们通常一般意义上的法，是指由国家权力机关制定，反映全国人民整体利益和意志，由国家强制力保障实施的行为规则。制定法体现的是一种国家意志性，它超越了各个阶层、各个地方的差别，协调各个不同利益群体的各自利益需求，将反映社会人们共同的愿望上升为国家意志，从而形成制定法。普遍性、统一性和强制性是制定法的基本特征。

在一个复杂的、多元化的社会中，法律不是万能的，仅有制定法还不够，诚如梁治平先生所言：“即使在当代最发达的国家，制定法也不是唯一的法律，在所谓正式的法律之外还存在大量的非正式法律。”^③多元规范或多元秩序这一客观存在的基本事实，是我们正确认识解决制定法与习惯法关系的前提。当我们把习惯法及其与制定法的相互关系置于我们的研究视野中时，真正能引起我们注意的并不是两者之间的差异，而是两者客观存在的千丝

①田成有. 乡土社会中的民间法 [M]. 北京：法律出版社. 2006, 21.

②梁治平. 清代习惯法：社会与国家 [M]. 北京：中国政法大学出版社. 1996, 36.

③梁治平. 清代习惯法：社会与国家 [M]. 北京：中国政法大学出版社. 1996, 32.



万缕的联系，在一个多种规范同时存在的社会更应强调各种规范相互协调，共同和谐发展。

制定法与习惯法之间的关系，可以用对立统一来概括，他们之间既有互相对立、冲突的一面，同时又存在着互相依存、互相支持、互相契合的一面。制定法与习惯法的矛盾和冲突自古皆然，无法避免，制定法的普遍性、统一性、强制性是其固有的特征，这正如卢梭所言：“法律的对象永远是普遍性的，我的意思是指法律只考虑臣民的共同体以及抽象的行为，而绝不考虑个别的人以及个别的行为。”^① 而习惯法是“地方性知识”，具有地域性、民间性等特征，制定法与习惯法的差异主要不是来自于表现形式上的区别，而是在于权威性差异，来自两者维护的主体利益不同，适用范围不同，不可避免地会存在着矛盾和冲突。实践告诉我们，在一个以城市社会交往规则为主要制定法律体系参照标准的社会，本身就蕴藏着制定法与习惯法冲突的可能。实践中习惯法与制定法发生冲突主要表现在以下几个方面：第一，习惯法规避制定法。这是指制定法已经对某一社会关系领域进行了具体调整，但习惯法对这一领域之内所发生的问题的解决还是避开了制定法的相关规定，不适用制定法。第二，习惯法排斥制定法的适用。如调解是习惯法解决纠纷的主要方法，调解本身具有自己的优势，也是我国民事诉讼法的一项基本原则，但并不是所有的纠纷都可以用调解解决，刑事案件就不可以适用调解。第三，制定法与习惯法又是相互影响的。制定法与习惯法从调整的范围而言，具有交叉关系，有些社会关系由制定法和习惯法共同调整，但他们又各自有归属自己调整的范畴和方法，彼此相互补充，相互配合，保持和谐统一，达到同一目的；另一方面在各自独自调整的领域内，按照自己特有的方式，发挥着各自的作用。

^①[法] 卢梭. 社会契约论 [M]. 北京：商务印书馆，1980，50.