



当代中国的 习惯法世界

高其才 主编



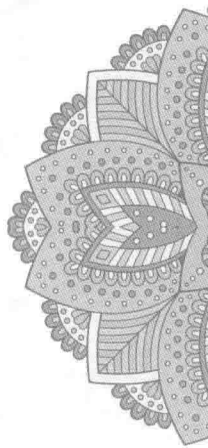
中国政法大学出版社



当代中国的 习惯法世界

主 编 高其才

执行主编 高成军 陈寒非



中国政法大学出版社

2018 • 北京

声 明

1. 版权所有，侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

当代中国的习惯法世界/高其才主编. —北京:中国政法大学出版社, 2018. 12
ISBN 978-7-5620-8757-1

I. ①当… II. ①高… III. ①习惯法—研究—中国 IV. ①D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 280450 号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部)
编辑邮箱	zhengfadch@126.com
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	650mm×980mm 1/16
印 张	20
字 数	320 千字
版 次	2018 年 12 月第 1 版
印 次	2018 年 12 月第 1 次印刷
定 价	59.00 元

习惯法是人类长期社会生活中自然形成的一种行为规范，它源于各民族生存发展的需要，对于人类法制文明意义甚大。哲人亚里士多德说过，积习所成的不成文法比成文法实际上还更有权威，所涉及的事情也更为重要。毋庸多言，在传统人类社会，习惯法内容涵盖甚广，各民族缔造了灿烂的习惯法文化。而制定法的出现只是一种渐进的成就，道德与法律的分离更是后起。

在古希腊文中，“ethos”（居留习性）和“nomos”（风俗律法）均有风俗之义。nomos 乃诸神所定，且是 ethos 的准绳，不可随意更改。“ethos”（习俗）本来含义是“居留”“住所”，“ethos”（习俗）就是人行为的某种“居留”和人在其中活动的“场景”（秩序），这种风俗习惯的沿袭产生伦理德行，“ethos”（习俗）也就演化为“ethikee”（伦理）。nomos 本来仅指习俗，雅典民主政制兴起，nomos 涵义才扩及人定的法律。而自然（physis）与习俗（nomos）的比较，则是西方法哲学的永恒主题。

法律不是、起码不主要是国家制定法。直到中世纪的西方思想家仍然认为，法律本质上是传统和习惯，而不是不断进行的立法创新，而国家制定法实在是对习惯法的扰动，不可轻易为之。

习惯法会成为问题，源于人类社会的现代性转折以及法律现代性的相应兴起。这个历史进程肇始于西方，法脱离了古典自然法界

定良善政治秩序的作用，成为保障市民社会财产权与维持市场经济均衡运转的实证法（positive law），而国家仅等同于市民社会之伦理环节。尤其是因为现代民族国家的兴起，它需要并且创生出了国家法（制定法）、固守主权者命令的实证法学、现代教育体制、学科分类体系及科层制分工等这一整套架构来维系民族国家的运转。而这也表明现代社会的运转必须依赖法实证主义。

目光转移到中国，在古代汉语中，习惯是指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。习惯为逐渐养成且不易改变的行为和积久养成的生活方式，现在泛指一地的风俗、社会习俗、道德传统等。中国语境中的习惯含有“长期”“习俗”等语意。习惯法以习惯为核心，以风尚为基础，与伦理密切相关。

传统的礼乐文明就是乡土中国的风习自发演进而来，进而由切实的情理生出高蹈的义理。在中国法律传统的天理-国法-人情架构中，人情风习有其应有的位置。天理、国法与人情的圆融无碍是传统中国历代法典正当性所在，也是传统中国社会普通民众信奉的法意识。如何在具体问题中妥帖地调适情理法、礼与俗，正是中国法传统思索与实践的核心问题。

而传统法律在近代的大变动中引发了社会的大断裂、大冲突。百年来中国法律现代化动作多、成效少，法律始终没有契合中国人民的生活。中国法律文明花果飘零，失去了制度和理论支撑的传统中国文明作为一种习俗而残留下来。为了让人们信奉这套舶来的法制，服从至上的国家（阶级）意志，民主、法治、人权之类的言说驳斥这种习俗，新生活运动、普法运动之类的全民运动力图改造这种习俗。只是时至今日，依然逃脱不了“法律自法律，社会自社会”（瞿同祖语）的尴尬。因为法律不是自动运行的机器，作为一套社会控制的行为规则体系，它需要相应的制度支撑。

现实的逻辑是，作为生活之子的习惯法的生命力异常旺盛。在当今中国社会时空条件下的法律实践当中，习惯法作为独立于国家制定法之外，依靠某种社会权威的、具有一定程度强制性和习惯性的行为规范，实际上成为了解决当代现实问题的鲜活创造，显示了

它与法律移植背景下国家制定法不同的命运。因为当代中国习惯法作为一种活的法律秩序,显示了与其所处社会的相互契合,有其独立的存在意义和独特的功能价值。

因此无论我们对中国的法治现代化持何种立场,都必须认真对待习惯法。习惯法为国家制定法之母,一方面要充分认识到习惯法在秩序建构、纠纷解决、社会共识达成过程中的积极意义,充分发挥其作用;另一方面,在国家制定法中心的前提下,必须妥善处理与现行制定法有冲突的习惯法中的非良性因素,促使习惯法与制定法在现代化互动进程中逐渐融合,解决不同地区、不同民族之间的习惯法冲突问题,并使国家制定法更具有效力基础。这是国家法中心主义的习惯法研究也必须解决的重要问题之一。

从更广泛的角度认识,习惯法是中国固有法文化的重要内容,体现了中华民族的内在精神。习惯法是一种社会现象、一种社会规范,更是一种社会文化,是中国人的意识形态所创造的精神财富。作为中国文化的一个组成部分,习惯法是中国人生活的反映、实践的记录、历史的积淀、现实的表达,是中国人对生存方式、法生活的需要和愿望的表达,是中国人认识自然、思考自己、理解社会的结晶。习惯法是民族特质的体现,也是传统传承的主要方式。

笔者认为,习惯法研究应以现代中国法治建设为中心,习惯法的描述与解释并重,域内习惯法与域外习惯法研究并举,当代习惯法研究与习惯法的历史研究共存,处理好乡土习惯法与城市习惯法、传统习惯法与现代习惯法、地方习惯法与全球习惯法之间的关系。以中国社会现代发展和法律现代性为主轴,一切以揭示习惯法背后特有族群的法律文化、法律意识为目的,进而阐发习惯法的内生性及其当代适应性。

本书以当代中国习惯法为研究对象,重点探讨1949年以来尤其是现实有效的当代中国社会的习惯法,旨在全面总结我国学界学者和实务专家的当代中国习惯法调查和研究成果,交流当代中国习惯法研究的心得,思考当代中国习惯法研究的推进,进一步提高当代中国习惯法研究的学术水准。

当代中国习惯法研究需要重视学术积累,进行长期调查,持续



专门研究，不断拓宽研究领域。只有具有寂静的心态、宽广的视野、专注的立场、踏实的学风，当代中国习惯法的研究成果才可能越来越有学术影响力，在中国社会的理性发展中发挥积极的功能。

高其才

2010年7月2日

总 序	001
导 言	高成军 / 001

事实描述

1. “做事情”和“谈感情”：行政机关内部的处事规则	
——以上海市某市级单位为对象	李亚冬 / 007
一、引言	007
二、基本情况	009
三、“做事情”：“命令-服从”的规范体系	011
四、“谈感情”：“照顾-忠诚”的报偿关系	024
五、结语	029
2. 我国台湾地区家族规范散记	李 萝 / 031
一、引言	031
二、丧礼	032
三、信徒	034
四、兄弟	036



五、妯娌	039
六、纷争	042
七、患病	044
八、谣言	045
九、分裂	046
3. 鄂北的家祭礼仪规范	吕 川 / 048
一、引言	048
二、鄂北家祭礼仪规范的表现	048
三、结语	051
4. 学缘视角下高校同门称呼规范	任志军 / 052
一、引言	052
二、学缘关系	052
三、称呼规范	053
四、结语	055
5. 西北少数民族婚姻家庭习惯法管窥	高成军 / 056
一、藏族婚姻家庭习惯法	057
二、回族婚姻家庭习惯法	064
三、维吾尔族婚姻家庭习惯法	073
四、西北其他少数民族的婚姻家庭习惯法	081
6. 清真寺的管理制度	
——以青海省民和县川口北大寺为对象	高其才 / 087
一、引言	087
二、清真寺的规章制度	089
三、寺管会的岗位责任制	095
四、结语	098
7. 乡村社会的维权习惯及规范世界	
——从一起学生溺水事故谈起	李虹奕 / 100
一、溺水事故的发生	100

二、闹得越凶钱越多	102
三、乡村社会的法律	104
8. 网络社群中的组织规范及秩序需求	
——基于微信群勾连的社会关系考察	任志军 / 107
一、引言	107
二、建群规范	108
三、微信群中的社会关系	109
四、多样化的群组织规范	110
五、结语	115

规范分析

1. 城市社会中的熟人规范	
——基于生活经验的观察与思考	魏小强 / 119
一、买房找人要优惠的经历	120
二、托人帮亲戚找工作的经历	125
三、作为一种生活方式的熟人规范	129
四、主要结论	134
2. 私人交往中的借款规范	
——从一则借款事例展开思考	高成军 / 135
一、借款事例及可能问题	135
二、私人交往中借款的基本原则	136
三、私人交往中借款习惯规范的内容	137
四、私人交往中传统借款习惯的变迁	141
五、结语	142
3. 网购时代的纠纷解决与权利维护	
——以一起网购维权事件为例	池建华 / 143
一、引言	143



二、事件过程描述	144
三、网购维权中存在的问题	152
四、完善网购维权的一点思考	153
4. 集镇摆摊的民事习惯规范	
——以河南省洛镇为例	李亚冬 / 155
一、引言	155
二、洛镇概况	156
三、摆摊规范的形成	159
四、摆摊规范的内容	168
五、摆摊规范的运行	172
六、违约时的私力救济	176
5. 火灾之后的自助和互助	高其才 / 179
一、引言	179
二、火灾之后的自助	181
三、火灾之后的互助	187
四、结语	189
6. 乡村基督教的活动规范及信仰	
——以云南省镇雄县以勒镇为例	杜牧 / 191
一、引言	191
二、乡村基督教的组织体系及活动规范	193
三、基督活动与传统规范的冲突矛盾	208
四、乡村基督教发展的原因	211
五、结语	216
7. “无常”后的规范：甘肃会宁崇德坊回族丧葬	
习惯法	马敬 / 220
一、引言	220
二、葬礼的过程	222
三、葬礼的规范	225

四、总结与思考	229
---------------	-----

学理探讨

1. 乡村人民调解中的关系因素

——以福建省漳浦县南浦乡为考察对象	徐 颖 / 235
一、引言	235
二、影响乡村人民调解的具体关系因素	237
三、关系因素在乡村人民调解中的作用	241
四、从文化视角分析关系因素在人民调解中能够产生作用的原因	247
五、结语	249

2. 回族婚姻习惯法及变迁

——以甘肃临潭县为例	敏振海 / 251
一、临潭县回族婚姻习惯法的形成	251
二、临潭县回族婚姻习惯法的主要内容	252
三、临潭县回族婚姻习惯法的变迁	257
四、余论	262

3. 丧礼习惯规范的法文化思考

——以山东省济宁市兖矿人为例	张雪林 / 264
一、引言	264
二、兖州当地的丧礼习惯规范	265
三、丧礼习惯规范的变迁	267
四、丧礼中体现的法文化	268

4. 农村房屋拆迁中村民关系对执法的影响

纪元捷 / 271	
一、引言	271
二、怎样定义关系	271
三、农村房屋拆迁中的关系	272



四、房屋拆迁中村民关系对执法的影响	273
五、结语	278
5. 纠纷当事人背后的行动规则	
——从一桩由故意杀人案引起的离婚纠纷谈起	叶 夏 / 280
一、故意杀人案引起的离婚纠纷	280
二、当事人行为背后的行动规则	283
三、结语	288
6. 农村神判方式探讨	
——以云南省朝河村“赌咒”事件为例	杜 牧 / 289
一、引言	289
二、赌咒的定义及适用条件	290
三、赌咒事件分析	293
四、赌咒效力分析	297
五、赌咒与现代法律制度的比较	299
六、结论	304
后 记	307

大地是一切法权之母，是广袤而厚重的大地孕育了生命的生生不息及生命之上人类文明的波澜壮阔。作为一个偶然的存 在，人被孤独地抛入尘寰这一“无知之幕”，其将不再孤独，随着一声呱呱坠地，其睁眼面对的天地必将与世间的烟火春秋和规则仪范嵌套在一起。我们不仅要遵守生老病死、吃喝拉撒种种自然法则，亦要崇循居家出世、社群维系、婚丧嫁娶、人情礼仪等人世规则，以便自立经学、不失规矩。悟以往，无论是远古先民的自然崇拜，还是近代世界的商事交易，无论是古典中国的三纲五常还是欧陆文明的铜表铸律，皆为规则的一种历史书写。因此，从某种意义上来说，人是一种规则的存在，人世即作为一种规则的世界，正是由于规则才构成了人之为人、人之为万物之灵的一种向度。

在规则的世界中，为法学界所津津乐道著书立说抑或喋喋不休争长论短的即是我们所熟知的法律规则。论及法律规则，人们往往将它与立法机关雄伟恢宏的建筑、法院肃穆威严的程式、一堆堆枯燥冗长的法条、法庭上你来我往的唇枪舌剑、犯法后的人头落地或牢狱，以及戴着大顶帽的警察、收拾精干的律师、穿着囚服的狱徒联系在一起，仿佛已不违法、干我何事。殊不知，这是一种将法律外化，乃至神化的认识。就其本质，那庙堂之上威严高耸的法律其

实与平头老百姓陈芝麻烂谷子似的矛盾解决方式没有什么大的区别。法律作为一种规则，作为一种共同体的序造方式，无非是在人之交往过程中，为减低交易成本，促进社会合作和秩序维系而生发出的一套文化装置。它实际是人们运用实践智慧为应对生于斯长于斯的自然环境和社会环境所作的一种调适。这种调适，从源起论上审视，最初所依赖的是社会自发产生的一种调节方式和秩序规则，后来才变成一种外在的规则。

是生活选择了规则，而非规则决定生活。法律是社会秩序的建构者，但同时其产生和完善又取决于社会交往秩序的内在规定性。很显然，法律在任何时候都不可能脱离一定的社会结构和人们的日常生活现实，任何严格意义上的法律都与特定的社会文化背景紧密联系。法治不是制度的产物，而是经由社会生活实践总结出的维护社会秩序的经验，并将这种经验进行理性梳理、升华，从而形成相应的规范，以约束人们的行为，达到调整社会关系的目的。维护社会秩序的法在最初的意义上就不是来自国家权威自上而下的制度设计，而是由各种道德、习俗、惯例等非规范性社会规则组成的地方性知识，习惯规范是制定法天生的渊源。因此，不管是来自民间社会生活演化的规范表达，还是政治精英理性建构的国家法律，其内在本质都是为了规范人们的交往秩序，促进共同体的和合发展而不得已进行的一种功利选择，其规范表达必定是经由芸芸大众的生活事实向逻辑表达的制度事实的形式转换，其价值皈依于社会交往秩序的内在规定性和特定的社群文化底色，其生长逻辑延展于睁眼面对的天地时空和生于斯长于斯的一方水土。

因此，我们生活在一个由习惯法规范构筑的世界，习惯法的世界首先是一个生活的世界，是一个充满烟火味的世界。千百年来，无论是传统中国的乡土社会，还是陷铗于现代文明架构中的都市社群，无论是私人领域的邻里交往，还是公共空间的秩序维系，朴实而智慧的民众秉承着自身对天地宗亲的朴素信仰和人情伦理、交往秩序的精神要义，在天人沟通、人之交往和社群发展过程中，自觉遵循着一套自发而约定俗成的习惯规范，以此维系共同体日常的生产生活及人之交往秩序。但是长久以来，我们对于此种司空见惯并

循途守辙的制度事实习以为常，或者仅仅将其当作一种人情往来的文化礼俗，或者视其为一种社群交往中的道德约束，而没有将其置于规范的视阈进行制度析梳，更不要说从现代国家建构中以制度序造的角度对其加以学理认知，琐碎而习常的习惯规范往往被视为“下里巴人”，而难登国家法治的庙堂高义。反观现实，无论是重视习惯法的独立价值者，还是国家法一元论者，都倾向于把二者置于对立的世界。但更是因为这种烟火味，相比严肃而正统的国家法，习惯规范由于是人们长久生活过程中的一种规范选择，可能恰恰与行动者日常生产生活和主体交往事实更加亲近，是一种贴近大地、贴近生活的法律，一种活生生的暗自归束，一种烟火缭绕的升腾。

习惯法世界亦是行走于不同领域、不同社群的多姿多彩的世界。生命以尊严的姿态对生存的景仰是构筑生活事实的本能追求，于是身处不同地域的人们在希冀未来的憧憬中挣扎着如何完成人生价值的命题。在乡野田间，自然力是对民间生息最初也最为根本的阻碍，互助合作便是唯一的解决方案，在这种相互救济相互扶持共同获益的归途下，在随时节劳作经年累月的反复合作中，习惯悄然而生，这种习惯经由互助合作而慢慢延展至生活的各个领域，生老病死、婚丧嫁娶、家祭礼俗、家族维系、矛盾调解等都涵摄着一个丰富多彩的习惯法世界，后辈依循着这种促进合作的基本法则，乡野习惯得以在根本且终极的意义上被铺叙。在都市街井，除却上述规范礼俗，习惯依然在这终极意义中开辟其广阔世界，但它面对的依然是以人为主要支配力的以经济架构为基本遵循的命运共同体，形色的商事交易、通行的行业规范、熟人之间的人情礼仪、机关内部的处事规则、网络社群中的组织规矩，在被其规制的同时又乐道此种生生不息的承继所带来的便宜。在这里习惯法以利益纵横交错的都市为背景底色，在其上描绘出多姿多彩的交易及生活样态，并由此生发出一套通行于都市的人情伦常，这便也渗透着习惯的精髓，在说不清与道不明的微妙中自觉恪守潜在的“生存法则”。然而，当我们的目光转至不同族群的人们，更是一副差异丛生的习惯法图景，从神秘的图腾崇拜、宗教信仰牵涉的行为规范的多样指向，从看似表达着相似习惯伦理却展现出形色的外在形式，俨然一幅族群多元、规

范相殊的图谱，细观其画像，无不感叹习惯法的世界是多么地波澜壮阔、绚烂多姿。

习惯法世界更是一个动态复杂的世界。世间万物都必然性地内含变迁的因子，在变化中找寻与新时代最相契合的磁场，为了生生不息的发展，为了永存的执着更是为了向合理性的追索，这才是一切有生事物该有的姿态。习惯法亦是这样一种生命，它不是被动的裹挟，不是强忍的追逐，而是汲取了生活原本样貌的养分，一路灵活地调整。因这种动态性，它固然是有别于静止的向死而生的挣扎，有别于逻辑简单的逐日褪色，这种具备变迁特质的存在便是一种复杂的有生。除此之外，习惯法随年岁变迁如何做到对时代恰当的回应，正是其复杂的生成机理，大到社会变革小到世风人心，都无不参与其自生自发的展露，无不关乎休养生息，无不浸润心灵深处。再谈及现实运作，相比国家法制的周延逻辑，习惯规范更是无法提取确定的结构内核，它以日用而不知的方式支配着人们的行为活动，以更具说服力和执行力的理由息讼止争。诚然，也正是因为这种动态复杂性，习惯法的世界才像源头之活水，深邃而有力、鲜活而悠长。

习惯法的世界是烟火味的、是属于凡俗的、是绚烂多姿的，因此才更是贴近大地的、不断流淌的，是生生不息的。

接下来，让我们走进习惯法的世界。

