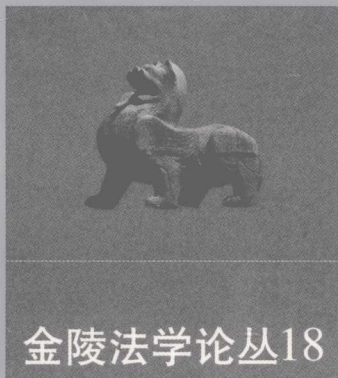




金陵法学论丛18

J I N L I N G
F A X U E
L U N C O N G

论习惯与法律

——两种规则体系及其关系研究

张 镭 著

南京师范大学出版社



金陵法学论丛18

J I N L I N G
F A X U E
L U N C O N G

论习惯与法律

——
两种规则体系及其关系研究

张 镭 著

南京师范大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

论习惯与法律——两种规则体系及其关系研究 / 张镭著. —南京: 南京师范大学出版社, 2008. 3

(金陵法学论丛; 18)

ISBN 978-7-81101-733-5/D · 89

I. 论... II. 张... III. 习惯—关系—法律—理论研究
IV. B842. D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 027553 号

书 名 论习惯与法律——两种规则体系及其关系研究
作 者 张 镭
责任编辑 张岳全 徐 蕾
出版发行 南京师范大学出版社
地 址 江苏省南京市宁海路 122 号 (邮编: 210097)
电 话 (025) 83598077 (传真) 83598412 (营销部) 83598297 (邮购部)
网 址 <http://press.njnu.edu.cn>
E-mail nspzbb@njnu.edu.cn
照 排 江苏兰斯印务发展有限公司
印 刷 南京大众新科技印刷有限公司
开 本 787×960 1/16
印 张 14
字 数 237 千
版 次 2008 年 4 月第 1 版 2008 年 4 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-81101-733-5/D · 89
定 价 24.00 元

出 版 人 闻玉银

南京师大版图书若有印装问题请与销售商调换

版权所有 侵犯必究

总 序

21 世纪正在快速地向我们的世界走来。

在即将迈向另一个新世纪的时候,我们大家都在深深地关切着我们国家社会变革的进程,关切着伴随社会转型而展开的走向现代法治国家的时代趋势,也关切着当代中国法制现代化在新旧世纪交替之际所出现的机遇和面临的挑战。为了进一步推动我校法学研究工作的开展,为繁荣和发展中国法学尽绵薄之力,我们编辑出版了这套法学研究丛书。

《金陵法学论丛》的学术宗旨和研究范围是:顺应世界法律发展的进程和规律,探讨法律发展与社会进步的互动关系及其社会哲学基础;建构法制现代化的理论逻辑系统;比较不同国家法律文明成长的独特道路,以及法制现代化的多样化模式和发展趋势;研究现代市场经济条件下法律发展的基本原理、目标模式,揭示法制转型的基本条件、动力及规律;深入研究法律传统与中国法制现代化的内在关联及其机制;考察依法治国进程中部门法制的发展、完善乃至现代化的基本特征、走向及实现途径;组织翻译出版外国学者在法律发展和比较法律文化方面的有代表性的力作,以借鉴、吸收世界法律的文明成果,为建设社会主义法治国家进行既具理论价值又有实践意义的学术探索。

《金陵法学论丛》是一套以法哲学、法社会学、比较法律文化、法制现代化和部门法学研究为主要内容的学术丛书。这套丛书以江苏省人民政府重点学科——南京师范大学法学理论学科为依托,以法学院全体教学科研人员的长期学术积累为基础,由南京师范大学法学院和法制现代化研究中心组织编撰。我们计划每年推出若干本专著,认准方向,坚持不懈,使论丛成为我校高层次法学理论成果荟萃的一方学术园地。我们深知,要使这样的构想成为现实,除了仰赖海内外法学界专家学者的指导和帮助,仍需我校全体法学同仁的努力拼搏和严谨踏实的学术研究工作。

《金陵法学论丛》的顺利出版,得益于江苏省人民政府对我校法学理论



重点学科的支持和资助,也得到了海内外友人的关注与帮助,南京师范大学出版社的领导和同志们也给予了全力支持,付出了辛勤的劳动。在此,谨向他们表示诚挚的敬意和谢忱。我们坚信,伴随着当代中国法制现代化的伟大进程以及法学研究工作的深入拓展,我们一定会以学术研究的有价值的成果,促进中国建设社会主义法治国家的时代进程,回应新的世纪、新的时代对中国法学工作者的历史期待。

南京师范大学法学院

南京师范大学法制现代化研究中心

序 言

明年我们即将迎来改革开放三十周年,这三十年也是我国现代法治发展取得巨大进步的三十年。三十年来,国家十分重视社会主义立法工作。到目前为止,我国制定的法律有 500 多部,国务院制定的法规有 1 000 多部,部门规章、地方性法规约有 1 万部,这说明我国已经初步建立起以宪法为核心的较为完备的社会主义法律体系,有力地规范和指引着社会生活的发展方向,改革开放之前无法可依的状况得到了根本的改变。

然而,在现实的司法实践中,不可忽视的问题主要表现在两个方面:一方面,有法不依、执法不严、司法不公,乃至恶意违法的情况十分严重;另一方面,依法作出的行政决定和司法判决/裁定却不能得到行政相对人或当事人乃至社会公众的普遍认可。这无疑严重损害了法律的尊严和权威,也损害了执法、司法的公信力。“造成这一状况的原因是多方面的。其中,不能忽视的是,社会生活中调整人们行为,形成社会秩序的不仅仅是法律,还有世代相传、约定俗成的民俗习惯,它们坚韧地存在于人们的思想当中,并规范着人们的行为,指导着人们的生活。而且,在一定意义上,民俗习惯更为人们所依归。可以想见的是,当法律和民俗习惯存在一定冲突时,依法审判的结果得不到社会公众的有效认同也就有了相对合理的解释。”^①

从理论深层分析,自文明时代以来,人类秩序既因国家正式法而成,亦籍民间非正式法而就。“国家法与民间法,实乃互动之存在。互动者,国家法借民间法而落其根、坐其实;民间法籍借国家法而显其华、壮其声。不仅如此,两者作为各自自治的事物,自表面看,分理社会秩序之某一方面;但究其实质,则共筑人间安全之坚固堤坝。即两者之共同旨趣,在构织人类交往行动之秩序。”^②

可见,忽视民俗习惯的价值与功能,无疑是一种片面、短视而错误的行

① 公丕祥:《民俗习惯运用于司法的价值、可能性与限度》,载 2007 年 8 月 30 日《人民法院报》。

② 谢晖:《〈民间法〉年刊总序》,载《民间法》第一卷,山东人民出版社 2002 年版,第 2 页。



为。然而,当下在我国法学研究和司法实践中,重国家法而轻民俗习惯的倾向较为普遍,这是一件令人遗憾的事情。

我注意到西方一些学者对习惯的研究成果,很值得我们思考和借鉴。英国学者爱德华·汤普森在其所著的《共有的习惯》一书中,系统地分析了习惯的内涵、习惯的流变、习惯与法律、习惯在法律实践和社会生活中的作用与价值。他认为,“习惯”一词可以用来涵盖现在用“文化”一词所涵盖的众多内容。习惯是人的“第二本质”,“习惯是人生主要的法官”^①,习惯可以定义为没有成文的法律或权利“习惯”。^②他指出,“习惯”在18世纪无疑是个“好”词汇。英格兰长期以来一直为它保留了许多旧日的好东西而骄傲。如果说“习惯”沿着一条道路传达了我们今天将其归之为“文化”的众多内涵,那么,习惯沿着另一条路线则与普通法发生非常密切的关系。这种法律源于乡村的习惯或平常的习俗:习俗可以简化为规则和惯例,它在某种情况下被编纂成法典并可以当作法律来实施。最重要的例子便是把庄园习惯作为地方法。这些习惯在某些时候只是保存在上了年纪的人的那些记录,除非被成文法宣布无效,始终具有法律效力。^③

不仅如此,习惯与法律的关系是互动的。这是一个“从习惯到法律”,以及从法律到习惯的双向互动的过程。法律到习惯——当一项合理的法令在实施中被证明是适当的并有益于人民时,对它的性质和处理便得到一致赞同,然后,人民就会周而复始地运用它并付诸实践,如此频繁重复使用这项法令,它便成为一种习惯,而它很久以来便持续不断地存在,从而便获得了法律效力。^④因此,统治者必须像重视法律一样来重视习惯。因为国家公权力必须屈从于某种约束,这不仅是因为习惯得到了法律的承认,并且自身就能够成为一种“财产”,而且还因为,如果对习惯权利的污蔑触怒了民众,

① [英]爱德华·汤普森:《共有的习惯》,沈汉、王加丰译,上海人民出版社2002年版,第2页。

② 参见[英]爱德华·汤普森:《共有的习惯》,沈汉、王加丰译,上海人民出版社2002年版,第119页。

③ 参见[英]爱德华·汤普森:《共有的习惯》,沈汉、王加丰译,上海人民出版社2002年版,第3页。

④ 参见[英]爱德华·汤普森:《共有的习惯》,沈汉、王加丰译,上海人民出版社2002年版,第100页。

国家权力自身就会遇到危险。^①我认为,这种危险主要是国家权力的民众认可度的下降,也就是说国家权力的合法性、正当性之民众基础的丧失。汤普森的观点具有一定的警示意义,应当引起我们的注意。

可喜的是,在近年来,我国法学界一批学者——在这方面谢晖教授是较为杰出的代表——开始关注民俗习惯的研究,发表了一批有影响的学术成果。特别值得一提的是,由谢晖、陈金钊两教授主持编辑的《民间法》年刊,作为发表有关民间习惯研究的最新学术成果的一个重要园地,在国内学术界产生了重要的学术影响。在法律实务界,江苏省法院系统——江苏省姜堰市人民法院较为典型——各级法院和法官在自觉地运用民俗习惯处理矛盾纠纷时,取得了较好的司法效果和社会效应。

这说明,重视民俗习惯^②的研究,厘清习惯与法律的关系,发挥民俗习惯在社会秩序调整中的功能与价值,不仅有着十分重要的理论价值,而且也具有重要的实践意义。

我的学生张镭博士在攻读博士学位期间,我们在共同讨论论文选题的时候,我就建议他把“习惯与法律:两种规则体系及其关系”作为他的博士论文的选题。尽管我国法学界这些年来,已经有了一些这方面的研究成果,但是研究并不系统,专门性的著作在国内还没有一部;尽管这项研究的难度很大,且张镭是在职攻读,面临着工作和学习的双重重担,但是他还是以巨大的理论勇气接受了这项研究课题。经过张镭博士的个人努力,他终于完成了这项艰难的研究课题,在论文答辩的时候,获得了答辩委员会专家的一致好评。我作为这篇论文的指导者和第一读者,借该论文修改成书即将出版之际,提出一些个人的粗浅看法,并求教于学界同仁。

首先,本书对“习惯”的界定科学而明晰。诚如英国学者爱德华·汤普森所言的那样,“习惯”一词可以用来涵盖现在用“文化”一词所涵盖的众多内容。正如“文化”这一概念目前难以取得学术界的共识一样,“习惯”或者“习惯法”的概念也同样是见仁见智,众说纷纭,莫衷一是。尽管如此,它并不影响我们在比较确定的范围内对它进行界定。在张镭的论著中,“习惯”一词是和“法律”的概念相对应的范畴,是指在国家法之外,在主体生活中逐

① 参见[英]爱德华·汤普森:《共有的习惯》,沈汉、王加丰译,上海人民出版社2002年版,第111页。

② 基于我国法学界对习惯法的定义、内涵还没有取得共识,在这里,我把它统称为“习惯”。



步形成,长期存在于民间,并为某一区域或者整个社会普遍遵从的行为规则的总称,它包括民间习俗、社会风俗和市场惯例等等。我认为,这样的界定,内容科学,思路清晰,它既与国家法相区别,又回避了国内学术界关于“习惯”、“习惯法”概念的不同理解与争议,从而还可以在较大的视域内对习惯进行较为深入的研究。

其次,本书观点明确,富于创新。作者从习惯与法律的关系、制度与秩序的视角、合法性与合法律性、形式合理性与实质合理性等层面对习惯与法律的辩证关系作了哲理层面的解析,从法文化学的角度探析了从习惯到法律演变的路径、基本特征和一般规律。作者认为,虽然在世界各国的文明演进中,从习惯到法律演进的具体过程存在着这样那样的差异,但是,如果从历史发展的宏观脉象来看,还是有规律可循的。张镭博士创新性地阐述了从习惯到法律的五大规律,即:从习惯到法律的演变决定于习惯内部矛盾的发展规律;习惯向法律的演变应当符合社会的总体发展方向;习惯到法律的演变要经过统治集团的公开认可或者默认;统治集团的认可与默认必须以社会主体的普遍认同为前提;向法律演变的习惯必须是社会主体普遍遵从的习惯。在此基础上,本书运用比较分析的方法,对近代以来的东西方二元社会秩序的形成以及习惯与法律两种规则的关系进行了比较分析。作者认为自法律产生以来,人类的秩序状态就一直属于二元社会秩序的形态,表现为以习惯为主导的社会秩序和以法律为主导的社会秩序的共同存在。进入近代社会以来,由于东西方社会经济形态的发展以及经济基础的不同,在东西方的二元社会秩序中,法律和习惯在社会治理中的地位和作用也不尽相同。我们看到,在当今中国,随着市场经济的深入发展,法治已经成为我国治国理政的基本方略,法律在社会治理过程中,已经逐步成为社会调整体系的主导性的规则体系,这是不可否认的客观现实。在这种情形下,习惯规则几乎在社会调整体系中处于边缘化的地位,因而,对民俗习惯的价值功能的忽视,也就合乎常理。但是,社会的复杂性与社会调整体系的多元性,决定了法律只能作为社会调整体系中的基本的、主要的规则体系,而不是、也不可能是社会的唯一调整体系。在和谐社会建构的过程中,在“善治”理念的背景下,建构一种新型的社会治理模式,即理想的秩序治理模式——习惯与法律的规则共治模式,显得既有必要,也有可能。张镭博士正是在这样的背景下,提出了当前中国规则共治的实践构想,即兼容性的立法工作、灵活性的司法活动、区域性的规则共治以及多元性的解纷机制,以此实现社会之和谐,善治目标之实现。我认为,上述观点的提出,立论之新颖,依据之充分,

意义之重大,显而易见。

再次,该论著视野开阔,方法科学。张镭博士的论著虽然论及的是习惯与法律的关系,然而他并没有仅仅局限于就习惯与法律的一般关系的阐述。综观全文,张镭的理论视角是全方位的,所涉及的学科领域是多方面的。因为就习惯和法律而言,其作为一种社会现象,本身就是一个多元化的概念。所以,本书从社会学、历史学、人类学、经济学、政治学、哲学等学科的视角对习惯和法律的内涵、本质、关系、互动以及发展规律作了多视角、全方位的描述与探究,因而大大提高了该论文的学术厚重感。不仅如此,文章的方法也是科学的。“方法(approach),意为沿着正确的道路运动。方法论就是指能够为人们的实践活动提供沿着正确道路运动的理论、思想原则、手段和工具。”^①同样,正确选择研究方法也是理论活动沿着正确道路前进的重要的思想原则、手段。本书以马克思主义唯物辩证法的法学研究方法为根本方法,同时运用过程分析方法、历史与逻辑相统一的方法、比较方法、理论与实证研究相结合的方法等方法论工具,对习惯的生成、演进,以及习惯到法律的演进过程与规律作了方法科学、路径正确的研究,因而得出的结论也令人信服。

总之,张镭博士的这本论著,观点鲜明,论证充分,逻辑严谨,资料翔实,结论可信,富有新意。我同意当时博士论文答辩委员会的意见:该论著达到了较高的学术水准,是一篇具有较高质量的力作。当然,该论著并非十全十美,毫无瑕疵。比如,习惯到法律的路径还有待于进一步探讨,从习惯到法律的基本特征还有待于进一步概括,从习惯到法律演变的一般规律还有待于进一步揭示,特别是法律和习惯在当代中国社会治理规则体系中的作用还有待于进一步研究,习惯在理想的秩序治理中的合理性、可能性及其限度还有待于进一步厘清。这些问题对于该课题研究的进一步深入,十分重要。它们不仅需要作者认真思考、继续研究,也需要法学理论界同仁的共同努力。张镭博士对上述重要的问题作了具有开拓意义的研究工作,他的研究工作,已经初步得到了法学界同仁的认可,其博士论文中的部分内容,已经在《法制与社会发展》、《江海学刊》、《甘肃政法学院学报》等核心刊物上发表;他在博士论文基础上进一步深入研究的相关课题也分别得到了国家教育部、司法部和江苏省哲学社会科学办公室的立项资助。作为他的导师,对于学生取得这些学术成就,我感到非常欣慰。在本书即将付梓之际,我谨向

① 龚廷泰、陈章龙:《社会研究方法导论》,中国商业出版社1994年版,第1页。



张镭博士表示衷心的学术祝贺！也合理地期待着他以本书的出版为起点，继续对上述课题进行深入的卓有成效的研究，进一步攀登法学研究的学术高峰！

是为序。

龚廷泰

2007年11月21日于金陵

目 录

总 序	1
-----------	---

序 言	龚廷泰 1
-----------	-------

第一章 习惯与习惯法	1
------------------	---

一、习惯的界说	1
---------------	---

(一)一个多元化的概念	1
-------------------	---

(二)习惯的法权本质	11
------------------	----

(三)与习惯概念相关的几个问题	18
-----------------------	----

二、习惯的生成	21
---------------	----

(一)习惯生成的诸种观点	21
--------------------	----

(二)习惯生成过程中的其他因素	31
-----------------------	----

(三)习惯生成中的几个问题	38
---------------------	----

三、习惯法的概念	41
----------------	----

(一)习惯法的几个流行界定	41
---------------------	----

(二)对上述习惯法概念界定的分析	46
------------------------	----

第二章 习惯与法律之关系辨析	49
----------------------	----

一、习惯与法律关系的法学观点	49
----------------------	----

(一)法理学	49
--------------	----

(二)法人类学	51
---------------	----

(三)部门法	54
--------------	----

二、制度与秩序的视角	56
------------------	----

(一)内在制度与外在制度	56
--------------------	----

(二)自发秩序与建构秩序	60
--------------------	----

三、合法性与合法律性	65
------------------	----

(一)合法性的涵义与要素	65
--------------------	----

(二)合法律性与合法性的关联	68
(三)法律合法性的实现	70
四、形式合理性与实质合理性	72
第三章 从习惯到法律的演变	76
一、从习惯到法律与人类社会的文明演进	76
(一)文明及其产生	76
(二)文明演进的不同样式	81
(三)规则变迁是秩序变迁的主要表现	83
二、从习惯到法律演变的路径	88
(一)纳入——重述和适用	88
(二)转化——编纂与整合	91
(三)分化——社会规则的共存	94
三、从习惯到法律演变的基本特征	100
(一)过程上的渐进性	101
(二)进程上的交互性	101
(三)方式上的多样性	102
(四)程度上的差异性	103
(五)范围上的扩展性	103
四、从习惯到法律演变的一般规律	104
(一)从习惯到法律的演变决定于习惯内部矛盾的发展	104
(二)习惯向法律的演变应当符合社会的总体发展方向	106
(三)习惯向法律的演变要经过统治集团公开认可或者默认	108
(四)统治集团的认可或默认必须以社会主体的普遍认同为前提	111
(五)能够向法律演变的习惯必须是能够获得普遍适用的习惯	114
第四章 二元社会秩序中的习惯与法律	117
一、二元社会秩序界说	117
二、近代以后西方二元社会秩序的形成	119
(一)工业革命前的欧洲社会	119
(二)市场经济的兴起	123

(三)市场经济下的习惯与法律·····	130
三、近代以后中国的二元社会秩序及其规则关系·····	133
(一)近代中国的经济变迁·····	133
(二)近代中国的秩序变迁·····	145
(三)当代中国的二元社会秩序·····	157
 第五章 理想的秩序治理:习惯与法律的规则共治·····	167
一、替代型规则交往模式及其危机·····	167
(一)替代型的社会规则交往模式·····	167
(二)替代型规则交往模式在当代中国的危机·····	170
二、规则共治的理论基础·····	172
(一)善治理论及其意义·····	172
(二)共治型规则交往与善治目标的实现·····	176
三、当前中国规则共治的实践构想·····	178
(一)兼容性的立法工作·····	179
(二)灵活性的司法活动·····	185
(三)区域性的规则共治·····	193
(四)多元性的解纷机制·····	195
 主要参考文献·····	199
 后 记·····	207

第一章 习惯与习惯法

一、习惯的界说

(一) 一个多元化的概念

人们对习惯在人类生活中的重要意义有着相对一致(虽然不是全部)的看法,正如布罗代尔所说的那样:“习惯——称为老套数更好——即那些千般万种的自发自止的行为。对于这些行为,任何人都不用事先决定是干还是不干,它们确实是在我们充分的意识之外进行的。……它们帮助我们生活,同时禁锢着我们,在我们整整一生中为我们作出决定,指令我们做什么或不做什么。”^①“作为‘历史的缺席主角’,习惯和常规是个不易确定的辽阔王国。习惯侵入整个人类生活的领域,犹如夜色布满整个画景一样。但是,这个无记忆、无意识的阴影同时包含着黑暗不一的几个区域。关键在于如何在黑暗和光明之间,在照章办事和清醒决定之间划条界线。有了界线,观察者就能区分上下左右。”^②但是究竟应当如何确定这个“界线”?这个问题关涉到我们如何认识习惯这样一个概念,正是在习惯概念的认识这样一个问题上,学术界有着明显的分歧,尤其在习惯和法律两个概念之间,存在着众多观点。在不同的学科有不同的界定,在法学研究中与此相联系、并与习惯这一概念经常发生辨析的概念主要还有习惯法、惯例(有的学者用常规,例如布罗代尔)、习俗等。

1. 社会学的观点

社会学的一种主要观点是将习惯与习惯法在“法”的性质上做了区分,认为习惯是不具有“法”的性质的,习惯法是具有“法”的特性的,也正因为这个原因的存在,所以习惯法才称之为是一种“法”。马克斯·韦伯曾经指出,“习惯是指在没有任何(物理的或心理的)强制力,至少没有任何外界表示同

① [法]费尔南·布罗代尔:《资本主义的动力》,杨起译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第5页。

② [法]费尔南·布罗代尔:《资本主义论丛》,顾良、张慧君译,中央编译出版社1997年版,第70页。



意与否的直接反映的情况下做出的行为。”^①因此,虽然韦伯认为:“习惯不同于习惯法。习惯法这一用法妥否,暂且不论。”但是,作为以“法”来命名的习惯法,显然“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;习惯则不以任何强制性机制为特征。这种强制性机制是指有一部分人相对确定地担负着运用物理或心理手段实施强制力的特别任务。”^②这就是说,韦伯肯定了习惯法作为一种“法”现象,它与习惯的区分在于有无强制力,它与法律的区别在于强制力是来自于同意,还是来自于暴力。关于这个问题,博登海默也有类似的观点,他认为:“习惯乃是为不同阶级或各种群体所普遍遵守的行为习惯或行为模式。”^③习惯不具有法律所具有的强制力,因而,习惯的约束力的形式也不同于法律,“当这类习惯被违反时,社会往往会通过表示不满或不快的方式来作出反应;如果某人重复不断地违反社交规范,那么他很快就会发现自已已被排斥在这个社交圈以外了。”^④

韦伯还区分了习惯和惯例这两个概念,但是他认为这两个概念是很难清晰辨析的。韦伯认为,虽然“惯例是指一种典型的、根据常规的统一行动”,^⑤但是,“惯例与习惯之间的界线模糊不清。”他认为,在个人面前惯例是自发的,无须追问理由的,因此,“个人可以不按照惯例做,也不需要表示任何不同意。但是,他很难摆脱这种惯例,惯例很少有变化,除非它逐步地让位于另一种惯例。”^⑥正因为惯例的遵从是出自于主体内在的、而不是外界强制的因素,所以,在一个集体中,对惯例的遵从决定于该集体内在的约束。“遵循惯例是所有行动,乃至所有集体行动的重要组成部分”,即使“当

① [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20~21页。

② [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。

③ [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。

④ [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。

⑤ [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20页。

⑥ [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。

惯例演变为法律义务时,实际上并没有增添什么效应。并且与‘惯例’相反,法律义务常常不影响实际的行动”。^① 因此,在韦伯那里,看不出习惯和惯例有何种质的区别。但是,对于习惯法,由于具有了从外部进行强制性规制的特殊机制的存在和使用,使其和习惯有了非常明确的分别。

德国社会学的主要创始人之一滕尼斯对社会秩序的规则体系进行了充分的理论分解,辨析了许多与习惯相关的概念。他认为习惯是作为本质意志的一种动物性的形态,是一种意志形态的东西,“是由于经验而产生的意志和乐趣;原先冷淡的或者令人不舒服的理念,通过它们与原先令人舒服的理念的结合和混合,就会变得令人舒服些,直至它们转入生命的循环,而且仿佛转入血液之中”。^② 所以,“人是习惯的动物,是他自己习惯的奴隶等等,这样就表达了普遍的和正确的认识。只要人作为动物的同伙一起面对着有机生物的另外大的分类,那么习惯就是他的精神的本质和实质的东西。一切实际锻炼,因而也是习惯,都是以某些感官的感知为前提的,即人的习惯也是以理解言语的符号为前提的”。^③ 进而,他对另外两个概念,即习俗和风俗进行了界定,认为习俗和风俗从本质上来说,与习惯是同类的,都是人的意志形态的东西,这种东西是人的动物性特征的表现,不是人的社会性特征的体现。滕尼斯说:“我把习惯的类似定位风俗(Brauch),把性情的类似定位习俗(Sitte)。因此,风俗和习俗是人的共同体的动物性意志。它们以一种经常反复的、共同的活动为前提,不管其原始的意义是什么,通过实际的练习、流传、遗传而成为轻而易举和自然而然的——变为不言而喻的,因此在既定的环境下,被认为是必须的。”^④ 正因为习惯没有使人摆脱人的动物性的本质,因此,作为人类社会早期交往关系表征的血缘关系对于习惯而言是陌生的。“相互并存生活着的人们之间的习惯是在血缘的本能之外最强有力的纽带”,^⑤ 习惯是人类动物性特征的行为表达方式,时刻表

① [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。

② [德] 斐迪南·滕尼斯:《共同体与社会——纯粹社会学的基本概念》,林荣远译,商务印书馆 1999 年版,第 155 页。

③ [德] 斐迪南·滕尼斯:《共同体与社会——纯粹社会学的基本概念》,林荣远译,商务印书馆 1999 年版,第 157 页。

④ [德] 斐迪南·滕尼斯:《共同体与社会——纯粹社会学的基本概念》,林荣远译,商务印书馆 1999 年版,第 301 页。着重号为作者所加。

⑤ [德] 斐迪南·滕尼斯:《共同体与社会——纯粹社会学的基本概念》,林荣远译,商务印书馆 1999 年版,第 303 页。着重号为作者所加。