

习惯法



——一个正在发生的制度性事实

● 李 可 著

中南大学出版社

封面设计 易红卫

ISBN 7-81105-241-5



9 787811 052411 >

ISBN 7-81105-241-5/D · 006

定价: 35.00 元

浙江省哲学社会科学规划课题阶段性成果
浙江省法学会普通资助课题阶段性成果
浙江林学院学术著作出版资金资助项目

习 惯 法

——一个正在发生的制度性事实

李 可 著

中南大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

习惯法——一个正在发生的制度性事实/李可著. —长沙:
中南大学出版社, 2005. 12
ISBN 7-81105-241-5

I. 习... II. 李... III. 习惯法—研究—中国 IV. D920.0
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 144990 号

习 惯 法

——一个正在发生的制度性事实

李 可 著

☐责任编辑 李昌佳

☐责任印制 文桂武

☐出版发行 中南大学出版社

社址:长沙市麓山南路

邮编:410083

发行科电话:0731-8876770

传真:0731-8710482

☐印 装 中南大学印刷厂

☐开 本 730 × 960 1/16 ☐印张 28 ☐字数 514 千字

☐版 次 2005 年 12 月第 1 版 ☐2005 年 12 月第 1 次印刷

☐书 号 ISBN 7 - 81105 - 241 - 5/D · 006

☐定 价 35.00 元

图书出现印装问题,请与经销商调换

作者简介

李可 (1975 ~) , 男, 湖南武冈人。1995 年考入南京大学法律系, 1999 年考入苏州大学攻读法理专业硕士学位。毕业后在贵州工业大学法学系工作, 现为浙江林学院讲师。先后受业于张中秋、周永坤、胡玉鸿等知名学者。在法学方法、法律原则等领域有突破性贡献。在《法学研究》、《山东大学学报(哲社版)》等刊物上发表论文 30 余篇, 完成《法学方法论》等专著 5 部。主持省级课题 4 项, 获省级学术奖 3 项, 校级学术奖 6 项。目前正致力于《法学方法论本论》、《主体际与现代法的重构》等课题研究。

内 容 提 要

本书是一部以习惯法为研究对象的学术专著。它不同于其他习惯法论著的地方在于：首先，作者试图从实证、规范和理论三个维度对习惯法作出全面的研究，三个维度依次构成了对习惯法的立体透视；其次，本书是国内首部依照法理学体例对习惯法进行研究的专著，这种尝试为国内的习惯法研究打开了一个新的视界；再次，本书对国内传统的习惯法研究理论提出了挑战，论证了“习惯法必须有强制力”、“习惯法是一个正在发生的制度性事实”等十大新命题。本书对习惯法的概念、要素、效力、体系、生成、功能、运行程序等十大问题进行了全方位的分析。本书提出的许多命题可以为国家立法、执法、司法提供参考，更可以为习惯法的同类研究提供借鉴。

目 录

序一 在因循与建构之间	(1)
序二 探索市民社会的制度根基	(5)
自序 作为一种法律要素的习惯法	(13)
导言 一些基本术语	(15)
一、一些基本术语的含义及其关系	(15)
二、为什么采用“习惯法—国家制定法”的分析框架	(18)
第一章 本书的研究方法	(22)
第一节 诠释习惯法的几种视角	(22)
第二节 本书诠释习惯法的视角	(29)
第三节 本书的研究方法	(35)
第二章 习惯法的概念	(41)
第一节 存在习惯法吗	(41)
第二节 习惯法的定义	(46)
第三节 习惯法的本质	(55)
第四节 习惯法的特征	(58)
第五节 习惯法与国家法等概念之间的关系	(78)
第三章 习惯法的要素	(85)
第一节 习惯法没有强制力吗	(85)
第二节 习惯法的构成要件	(87)
第三节 习惯法的基本要素	(90)

第四章 习惯法的形式与效力	(94)
第一节 习惯法的表现形式	(94)
第二节 习惯法的渊源	(95)
第三节 习惯法的分类	(96)
第四节 习惯法的效力	(112)
第五章 习惯法的体系	(124)
第一节 存在一个习惯法体系吗	(124)
第二节 一般习惯法的体系	(125)
第三节 习惯法的内容	(126)
第六章 习惯法的生成	(172)
第一节 从禁忌到习惯	(172)
第二节 从习惯到习惯法	(187)
第三节 当代习惯法的生成	(191)
第四节 影响习惯法生成的因素	(203)
第七章 习惯法的种类	(206)
第一节 一般习惯法的种类	(206)
第二节 民族习惯法	(233)
第三节 习惯国际法	(254)
第八章 习惯法的法源地位	(280)
第一节 法源概论	(280)
第二节 对习惯法法源地位的历史考察	(281)
第三节 对习惯法法源地位的现实分析	(294)
第四节 习惯法在我国应占据何种法源地位	(297)
第九章 习惯法的现代化	(301)
第一节 对习惯法的改造	(301)
第二节 习惯法的成文化	(307)
第三节 习惯法的现代化	(311)

第十章 习惯法的功能与作用	(316)
第一节 习惯法的功能	(316)
第二节 习惯法的作用	(321)
第三节 习惯法秩序	(328)
第四节 习惯法对现代法治的消极影响	(331)
第十一章 习惯法的运行	(333)
第一节 习惯法的议定	(333)
第二节 习惯法的实施	(334)
第三节 习惯法的解释	(344)
第十二章 习惯法与国家法的关系	(346)
第一节 习惯法与国家法的一般关系	(346)
第二节 习惯法对国家法的影响	(347)
第三节 国家法对习惯法的影响	(366)
第四节 对习惯法与国家法关系的理性审视	(369)
第十三章 习惯法与国家法的二元观	(382)
第一节 习惯法与国家法的二元分立	(382)
第二节 社会与国家的二元分立	(387)
第三节 习惯法与国家法的互动	(403)
第十四章 社会学视野下的习惯法	(414)
第一节 习惯法与国家	(414)
第二节 习惯法与社会	(418)
第三节 习惯法与文化	(427)
第四节 习惯法的变迁	(429)
后 记	(438)

序一 在因循与建构之间

中国现代法律著作的量正以“大跃进”的速度攀升，如果单从数量上看，中国无疑是“世界法学强国”。但是，查遍文献，有关习惯法的论著较之于天文数字的法学论著总量来说，真是九牛一毛，其中的专著更是凤毛麟角。有影响的论著不过寥寥数种：梁治平教授的《清代习惯法：社会与国家》（中国政法大学出版社1996年版），高其才教授的《中国习惯法论》（清华大学出版社2003年版），乃拉海莫、曲木约质的《凉山彝族习惯法案例集成》（云南人民出版社1998年版），王学辉的《从禁忌习惯到法起源运动》（法律出版社1998年版）等等。除此以外，还有个别的外文译著，例如严存生翻译的霍贝尔的《原始人的法》（贵族人民出版社1992年版），杨庸一翻译的弗洛伊德的《图腾与禁忌》（中国民间文艺出版社1986年版）等等。论文则主要散见于各民族学院的学报以及山东大学谢晖、陈金钊兄主编的《民间法》各卷。其内容主要以史类的为多，虽然有一些以研究习惯法的理论见长的论文，但是从法理上研究习惯法的论文难觅，专著却未见。因此，李可君这一成果的价值自不待言。

造成这种态势的原因贤明的读者自可去体会。愚以为起码有两点：一是习惯法在近代的衰落；二是1949年以来独霸法学舞台的法律国家主义思潮。

习惯法在现实世界与观念世界中的败退最多只是近二百年来的事。这区区二百年与法律漫长的生命进程来说，简直微不足道。地无分东西，人不分黑白（黄），人类早期社会无疑都经历过起码数千年的习惯法惟一的时期，因为农业社会必须有稳定的土地财产制度，否则无法从事农业生产。土地财产制度当是最早的法律——这只能是习惯法。当然，婚姻和侵权权方面的法律也是少不了的。在文明古国，完成农业革命距今已不下8000年。希腊罗马早期的法律也是以习惯法为主的。在古希腊，习惯法具有宪法意义。古罗马最早的制定法——十二表法——制定于公元前450年前后，在此之前，古罗马已经存在了300余年；更重要的是，在罗慕洛建立罗马城之前，罗马的先民已经在法律下生活了不知几许时日。习惯法也是西方中世纪法律的主要形式，直到今天，几乎占据世界法律半壁江山的英美普通法，也还是习惯法。东方古国印度直到20世纪中叶独立前，它的主打法律仍是习惯法。在印度尼西亚的初民社会里，adat（习惯）具有最高的权威。^①今天，国际法中习惯法的地位显而易见，超国

^① 参见克利弗德·吉尔兹：《地方知识——诠释人类学论文集》，杨德睿译，麦田出版社2002年版，第290页。

家法的欧共体法中也有习惯法的一席之地。西方大陆国家理性建构法律(国家制定法)的历史其实非常短暂,充其量也不过二百年!^①在法学界,国家法观念的独大时间更短。17、18世纪的古典自然法学派是制定法的理论准备,它崇尚的不是国家法,而是超越国家的自然法(它的主要成分其实是习惯法)。19世纪中叶兴起的实证主义法学是国家制定法的理论形态,但是即使在19世纪,历史法学派的影响也是不可低估的,庞德就说过“19世纪是历史法学的时代”。20世纪的现实主义法学与社会法学派都是重经验的,具有相当的历史情结,“法律的生命不在于逻辑而在于经验”(美国大法官霍姆斯语)曾一度被奉为美国法官审判的不二法门,作为法律的经验其实在相当程度上就是习惯法。著名的1896年的布雷西对弗格森案的判决,其依据其实是习惯法。^②

中国的事情似乎就是特别的。起码在秦汉以后国家制定法就取得了优势。这与中央集权制国家的早熟有关。君主专制的国家需要用统一的法律体现君主的权威,需要用统一的法律来建构与管理官僚制度,需要用法律来巩固自己的统治,所以新主上台以后都要制定自己的法律,以区别于前朝,以宣布天下为自己所有。但是,中国古代制定法的优势并不等于习惯法的绝迹,事实上,我国边疆少数民族中习惯法始终居于优势地位,这种情况在1949年以后还存在了一段时间。即使在主流文化中,习惯法也是大量存在的。这表现在:首先,国家制定法主要限于是刑法与官僚法(行政法),民法的主要渊源是习惯法;其次,中国古代社会实行“地方自治”,“官方”只到县一级,乡以下是高度自治的,绅士的自治使习惯法具有了广阔的生存空间。不过在法学上,对习惯法似乎是视而不见的。以在下有限的阅读范围,未见一部关于论述习惯法的古代文献。^③不过,在20世纪初中国法律现代化的大潮中,当时的立法者与法学者在学习西方法律构建现代法典的时候(主要是民法)却是对民间习惯有足够重视的,当时曾经组织人力物力对中国社会的民事习惯进行了大范围的“田野调查”。1949年以后,在革命思维中“习惯”是与“反动”划等号的,鄙人在文革中热衷的“破四旧”就包含了破除习惯(包括习惯法)。在此种社会氛围下,习惯法自然难以生存——当然不是绝对没有。在国家主义的法学思潮一统天下的形势下,习惯法无立足之地——法律是国家制定与认可的规范的总和,一切都是

① 其标志性事件当然是1804年拿破仑民法典的制定。虽然此前也有一些国家制定过法律,但那只是作为习惯法的补充,或者制定法没有成为一种风气。在中世纪,英伦三岛自不待言,即使是欧洲大陆,其主要法源也是习惯法。不仅日耳曼法是习惯法,即使是作为普通法的罗马法也是习惯法,因为它的效力不是源于罗马政府的颁布,而是习惯的力量。

② 该案中联邦最高法院作出了臭名昭著的“隔离但平等”的判决,为歧视黑人的制度辩护。

③ 如果硬要勉强说的话,老子的《道德经》中似乎就有习惯法的内容,他主张的“无为而治”不是无所事事,而是要求“依习惯法治”。这一点在葛洪的《抱朴子》中说得很清楚。

国家的，国家之外的皆为非法。改革开放以后，才有少量的研究习惯法的成果面世，主要集中在习惯法资料（主要是少数民族地区）的蒐集。

对习惯法的哲理进行研究在中国法学界可以说是一个全新的话题。本书对此进行了有益的探索。它的主要内容涵盖了习惯法的概念、要素、效力、体系、生成、种类、功能、作用、运行程序、习惯法与国家法的关系等十大问题，真可谓洋洋大观。内中作者提出了一些值得注意的、具有挑战性的命题，例如，“习惯法必须有强制力”、“习惯法也可以是成文法”、“习惯法是一个正在发生的制度性事实”等等，当然，这些也需要接受读者的“挑战”。

序者所关心的是一个“功利性”的问题：习惯法有什么价值？当代中国法治建设中习惯法可以提供什么资源？

当然这一问题的语境是习惯法与国家法的共存——在古代习惯法一元化的时代，这只能是一个伪问题。既然习惯法是一种社会事实，是人类的经验，它也就无法逃脱理性的评价。对我们今天来说，问题就是：习惯法对人权有何意义？这一点，马克思有深刻的见解。他将自由的英国与他专制的祖国相比以后常常深深为之折服：只有资本主义的英国容纳这位“反资本主义”的大英雄，使他可以自由地坐在资本主义的大英博物馆里进行反对资本主义的斗争。英国的自由何以存在？马克思说：“在英国，最重要的政治自由一般都是由习惯法确认的，而不是由成文法批准的；例如，出版自由就是如此。”^①真是入木三分。其实何止英国，欧洲大陆也然。欧洲中世纪自由民的许多自由与权利，例如贸易自由、成为陪审员的权利等等，都是以习惯法的形态存在的。只是在民族国家形成的过程中，王权开始以制定法的形式向这些权利发起进攻，当然，这只是短暂的一瞬间，法律现代化运动将王权从习惯法中夺去的加倍地夺了回来。在这一问题上，新自由主义者哈耶克的分析无疑是最具说服力的。哈耶克的内部秩序与外部秩序、内部规则与外部规则的二元分析架构以及对自生自发秩序的独到分析，对于我们探索习惯法的价值具有重要的方法论意义和认识论意义。

但是，习惯法并非都是宝。人们只要看看极端的例子就可以了：印度丧夫的年轻女子自焚殉夫的习惯法无疑是邪恶的，我国古代的殉葬制度无疑也是习惯法的表现。不妨再举两个现代鲜活的例子。

当今的尼日利亚北部仍有 10 个省保留石刑这一伊斯兰习惯法。2002 年 3 月，当地一农妇被判石刑。这个 35 岁的可怜女人两年前因丈夫不负责任而离婚，其后她被强奸而怀孕。强奸者不承认，因没有证据；而她的通奸罪却铁证如山——无夫怀孕便是证据。通奸罪成立，她被判石刑。在当地，通奸是次于

① 参见马克思：《对民主主义者莱茵区域委员会的审判》，载《马克思恩格斯全集》第 6 卷，第 295 页。

污辱阿拉的重罪。如果上诉失败,她将于她的孩子满10个月后被执行——被众人用乱石砸死。法庭可以决定是挖坑把犯人投入以后砸死还是将犯人绑在电线杆上或树上再砸死。这一习惯法在以色列人中原本也存在,据说是耶稣机智地革除了这一习惯法:他对那些主张石刑的人说,谁没有犯过罪(基督教的犯罪包括犯罪的意念),谁就有资格执行这一刑罚,结果谁也不敢去,陋习就此消失。

巴基斯坦一部落至今仍有一习惯法:如某人犯强奸罪,则他的姐妹将被受害人的亲属强奸,以为惩罚。2002年,穆克塔尔·梅伊11岁的弟弟被发现与另一部族的一名少女单独在一起散步。按照“部族族规”,如果没有其他人在场,这种行为就被视为通奸。于是村子里的长老会议认定她的弟弟犯了通奸罪,裁决应该由梅伊偿还,并授命村中男子对她进行轮奸。

习惯法的价值之所以存在如此大的落差,是因为它是社会的一部分,在某种意义上说是社会最为稳定与权威的一部分,而社会本身是五花八门的——从食人部落到现代自由平等的宪政社会;同时,社会的规范体系又是一个复杂的存在物——从严格的性道德到允许“政府强奸”:日本鬼子的慰安妇制度。

习惯法的价值多元给立法者提出了选择的难题,特别是处于现代化过程中的立法者,对于我国的立法者就更难。最近100年以来,我国法律传统发生过二次大的断裂:清末民初和1949年,我国现行法律实际上存在三种不同的法律因素:封建法的因素、西方现代法因素和1949年以后亦中亦苏的计划经济因素。这些法律都存在某些习惯法残存,它的价值也不能一概而论。就拿上世纪50、60年代来说,当时通行高度集权的“统制”经济,农民自家地里的东西也不准买卖。此时,自由买卖的习惯法就开始起作用,“黑市交易”就是建立在自由交易的习惯法之上的,它对缓解“统制”经济的负作用、对减少中国人口的“非正常死亡”起到不可小视的作用。当然,中国的习惯法也有相当部分是非现代的,例如,“隐性”运作的、以几十年前的红头文件形式表现出来的“计划经济习惯法”在中国当代的作用仍然不可忽视。最近公布的“物权法草案”可能成为某些计划经济民事习惯法制度化的载体。

面对如此复杂的习惯与习惯法,立法者应当如何选择?愚以为应当牢牢把握选择的标准:人权保障与市场经济需要。在这两大原则观照下,对现在的习惯与习惯法进行筛选,将有利人权保障的因循之,对不利的剔除之,在此基础上建构真正现代的法体系。

周永坤

2005年8月15日于东吴工作室

序二 探求市民社会的制度根基

李可君的《习惯法——一个正在发生的制度性事实》，是继高其才教授《中国习惯法论》之后，国内又一部以“习惯法”为专题研究的著作。承蒙作者的慷慨，使我得以通过电子文本阅读全书，所谓“先睹为快”，果其然也！至于写序一事，虽多次推托，然李可君索之再三，却之不恭，只好附骥于我们共同的师长周永坤先生之后，略赘数语，以壮行色。

一

习惯法为何重要，为何值得研究，我想这是由于其在法律渊源中的特殊地位所决定的。当理性主义立法观甚嚣尘上、“法治国家”演化为“法典国家”的时候，习惯法作为传统的残余，几乎等同于“落后”、“保守”的代名词。在法典主义者看来，人类是万物的主宰，理性能力是人区别于动物的标志，人类据此可以制定出一部包容一切、完美无缺的法典；不仅如此，一部好的法典本身就是建立在与传统的完全决裂之上，伏尔泰的名言“如果你想要好的法律，那么就烧掉你现有的法律，并去制定新的法律”^①，正是这种“理性立法观”的典型写照。然而，这只是理性的狂妄与自大而已！实际上，制定法没有习惯法作为支撑，本身就缺乏指导人们行为的基础。

恩格斯就曾言道：“在社会发展某个很早的阶段，产生了这样的一种需要：把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来，设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯，后来便成了法律。”^②在这里，恩格斯即明言法律起源于习惯。虽然在这一过程中，离不开对生活习惯与日常经验的总结和抽象，但习惯的底子毕竟就是源于普通人的实际生活。正是从这个意义上，人们把习惯赞誉为铭刻于民众的信念之中而并非少数杰出人物自觉的创造，在司法中适用习惯，能够使法官创造法律的活动“与民众的习俗、智慧及其意愿具有最紧密的联系”^③。梅因也指出：“可以断言，

① 引自[英]弗里德利希·冯·哈耶克：《法律、立法与自由》第1卷，邓正来等译，中国大百科全书出版社2000年版，第26页。

② 恩格斯：《论住宅问题》，载《马克思恩格斯选集》第2卷，人民出版社1972年版，第538页。

③ [美]埃尔曼：《比较法律文化》，贺卫方、高鸿钧译，三联书店1990年版，第43页以下。

在人类初生时代,不可能想象会有任何种类的立法机关,甚至一个明确的立法者。法律还没有达到习惯的程度,它只是一种惯行。用一句法国成语,它还只是一种‘气氛’。对于是或非惟一的有权威性的说明是根据事实作出的司法判决,并不是由于违犯了预先假定的一条法律,而是在审判时由一个较高的权力第一次灌输入法官脑中的。”^①由此可见,忽视制定法之中的习惯因素,本身就难以说清制定法为何具有实质的效力。

自然,现代国家是主权国家,而主权的显著标志就是为社会定规立制,确立全民所应遵守的行为规则。然而,国家的立法并不可能包含所有的人类事务,许多法律上的空白、缺漏仍然有待于以习惯法来予以填补。不仅如此,在我看来,习惯法的存在,本身也具有重大的政治意义。

首先,习惯法肯认了人们自主行为的神圣性。习惯法在法律渊源中占有一席之地,本身就承认了人们可以按照惯常的习俗来安排自己的行为,人们根据习惯所拥有的正当权利(如迁徙、信仰等),是国家法律所不能限制或者剥夺的。马克思曾以“捡拾活动”的习惯为例说明了这一问题:“人类社会的自然阶级在捡拾活动中接触到自然界自然力的产物,并把它们加以处理。那些野生果实的情况就是这样,它们只不过是财产的十分偶然的附属品,这种附属品是这样的微不足道,因此它不可能成为真正所有者的活动对象;捡拾收割后落在地里的谷穗以及和诸如此类的习惯法也是这样。”^②因而,这种具有历史性与自然性的习惯,严格说来就是对国家权力的一种限制:国家有义务尊重这些习惯法,不得以任何借口来干预人们约定俗成的生活方式和行为习惯。即使国家明文规定了某项规定而与习惯法的内容相悖,在人们遵循习惯法办事而违反现行法律时,国家也不得滥施刑罚,从而危及人民的行为安全。在马克思看来,人民遵循固有的习惯而从事的行为,并“不破坏永久法律秩序”^③,因而与犯罪行为存在着质的差别。

其次,习惯法提供了社会自治的制度支撑。社会自治的基础,正是在于它有着为其成员所共同遵循的传统规则,具有在社会心理层面约束人们行为的惯性力量。不仅如此,从法律渊源的主体上看,社会先于国家的存在。自然,社会可能不像国家那样大张旗鼓地制定成文法律,它吸纳的是千百年来的行为方式、社会价值,由此将之固化成习惯、道德等行为规则,但这一渊源因为具有

① [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第5页。

② 马克思:《第六届莱茵省议会的辩论(第三篇论文)》,载《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1995年第2版,第253页。

③ 马克思:《第六届莱茵省议会的辩论(第三篇论文)》,载《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1995年第2版,第254页。

主体的认同性、传统的权威性等素质,因之比外在的正式成文规则或许更容易产生实效。“法律不外乎人情”,立法不能逆民众意愿而成,更不能剥夺作为一个自由人、道德人生存所必需的基本条件。德国著名法学家拉德布鲁赫就曾指出:“法律上的效力只能在毫不脱离民众生活实际的情况下才能实现,否则民众生活就会拒绝服从它;一项法律只有在其实际运用于大多数情况下时都能指望切实可行时,才会‘产生效力’。”或许我们可以说,正是对习惯法的尊重与承认,才使得社会自治有了稳固的基础。

再者,习惯法作为一种对立法权力的社会分享,有利于打破国家在法律渊源上的垄断。我们可以想象,当国家在法律渊源上具有垄断的权力时,那么,国家所为的一切都可以通过其自己的制定法而得以合理化、正当化。然而,正是由于习惯法等社会渊源的存在,才使得国家的期望落空。美国学者伯尔曼就是从这个意义上论证了“法律渊源多样性”的意义,他指出:“多种法律制度并存于同一政治组织中,这就为法的至高无上的观念提供了一种合法依据;政治权力总是服从于法律要求,除非统治者一手遮天,竟能够控制所有现行的法律制度。”^①因而,至关重要的“国家有限”理念,在我们的立法场合,就转变为“立法有限”的理念:“权力有限的政府原则意味着政府的权力要受被管理者的权利和自由所限制。这一原则基于立宪政府的根本思想:人民把宪法列举的权力和职责授予政府,同时把其余的权力留给自己。这项政治协定意味着政府的行动必须依据法律规定,而法律是得到被管理者的同意(虽然是间接的)而批准的。此外,宪法还规定了各种程序,诸如权力的分立和联邦制,以保证政府不超越它应有的职权范围。”^②就此而言,国家权力是在一定范围、框架内行使的权力,国家权力必须为社会自治和个人自由留下空间。实际上,当国家垄断一切权力的时候,也就是社会走向衰亡的开端。

综上所述,对于习惯法的研究,不仅是一种为法理学研究奠定更为坚定基础的事情,更为重要的,通过习惯法意义的论述,才可以真正为市民社会奠定坚实的制度基础。本书的意义正在于此,李可的贡献也在于此。

二

苏力先生曾以一句“什么是你的贡献”的追问,而使我们这类法学研究者为之汗颜。的确,人类所有的学术研究,虽不完全排斥自娱自乐的因素,因为作

① [美]伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,生活·读书·新知三联书店1991年版,第78~79页。

② [美]加里·沃塞曼:《美国政治基础》,陆震纶等译,中国社会科学出版社1994年版,第26页。

为人的一种合理生存方式，这种获取精神上的愉悦本身也无可非议；但更为重要的，是要为人类思想总量的添加作出贡献。那么，摆在我们面前的这部著作，究竟有没有作出学术上的贡献呢？我想答案是肯定的。

通览全书，我认为，李可君的大作在以下方面深化了学界以往的研究内容：

首先，该书按照法理学的体例对习惯法问题进行了全面的研究，这种尝试本身就是一种理论创新，它为国内学者在习惯法上的同类研究上开了先河。不仅如此，李可君为习惯法设计的法理学体系之庞大、之全面，可谓史无前例。在本书中，作者对习惯法的概念、要素、效力、体系、生成、种类、功能、作用、运行程序，以及与国家法的关系等十大问题做了相当详细的阐述。在我的阅读范围内，关于习惯法的要素、效力、运行程序等问题，在此之前，国内学者少有触及，或者从来就没有提出过。李可君敢于对这些全新的问题进行研究，本身就展示了其巨大的理论勇气。当然，其中的具体论证是否信服人心，尊敬的读者是最好的评委。

其次，李可君在本书中提出了一些新的命题，这些新命题对于当下流行的法学理论是一个重大的挑战。例如，作者在书中一方面清除“强制论”在习惯法（以至一般法）研究上的影响，另一方面又清醒地意识到，如果没有强制力的支撑，那么习惯法就不是法，它与习惯、道德、宗教信条等社会规范就没有什么区别。但同时，习惯法的强制力又不同于国家法上的强制力，前者来源于社会团体的集体认同感和民间权威的个人魅力，后者来自政治国家的强制暴力，所以，作者在书中提出“可能的强制力”一说。作者认为，“可能的强制力”是习惯法的必备特征，“秩序与强制虽然没有必然的联系，但是它与潜在的强制紧密相关，却是一个难以否认的事实”。（第3章第1节）习惯法的“可能的强制力”最终源于社会团体成员的内心认同。又如，作者在书中认为，习惯法不仅存在于前国家法时代，而且存在于国家法时代和世界法时代。因此，在本书中，作者对当代习惯法的一些问题做了尝试性的研究。作者认为，在任何一个交往共同体内，人们都可能因交往实践的需要而形成以政治、经济、文化为内容的、相互联系的结构，这些结构随着时间的推移，就可能固化为特定的行为模式，出于稳定性的内在追求，人们往往急切地想将上述行为模式转变成具有明确权利义务结构的、得到政治权威支持的行为规范。（第6章第3节）这样，习惯法在特定的交往共同体中诞生了。不仅如此，作者还对当代习惯法生成的路径和原因做出了相当有说服力的论证。

再次，作者在本书中试图从纷繁复杂的“习惯”中将“习惯法”剥离出来，这种努力在书中的每一个地方都清晰可见。作者认为，从本质上看，习惯与习惯