

民间法文丛 谢 晖◎主编

王新生◎著

习惯性规范研究

中国政法大学出版社

习惯性规范研究

王新生◎著

中国政法大学出版社

2010·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

习惯性规范研究 / 王新生著. —北京: 中国政法大学出版社, 2009. 9

ISBN 978-7-5620-3560-2

I. 习... II. 王... III. 习惯法 - 研究 - 中国 IV. D920.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第167334号

书 名 习惯性规范研究

XIGUANXING GUIFAN YANJIU

出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)

北京100088 信箱8034分箱 邮政编码100088

ztf5620@263.net

<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

(010) 58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)

承 印 固安华明印刷厂

规 格 880×1230 32开本 13.125印张 350千字

版 本 2010年1月第1版 2010年1月第1次印刷

书 号 ISBN 978-7-5620-3560-2/D·3520

定 价 32.00元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

总 序

这套筹备了多年的丛书，终于要和读者见面了！

近二十年前，鄙人开始关注民间法问题，其中缘由，是和当时参与教育部项目“回族法文化研究”密不可分的。通过相关调查和研究，我才自觉地认识到：人们日常的交往生活，尽管依赖于国家正式法律者甚多，但人类秩序的建制，并不首先是从法律开始的，相反，法律本身的制定，必须遵循社会生活的规定。这种认知，虽然在既有的法学理论中不但有所耳闻，而且是彼时法学教育中大讲特讲的。那时，所谓研析“规范内部的学问”还不被人们所接受，不像如今这般红火。虽然人们在讲授课程时，把“经济基础决定上层建筑”、社会事实决定法律一类的观念不时传授给学生，但在实践层面上，究竟如何把握这一问题，学生也罢，老师也罢，

经常是不得要领的。相反，把人们在社会交往中存在的既有规则，如祭祖规则、节庆规则、信仰规则等等，一股脑儿归结为所谓“四旧”，必欲彻底扫除而后快，却是司空见惯的。其结果是教材所授与实践操作之间巨大的反差，甚至出现实践所为和理论教化之间的倒挂：似乎不是经济基础决定上层建筑，反倒是意识形态等上层建筑决定社会及其发展。

不过近十多年来，我国立法、司法等法治实践的发展，还是最终趋向于对我们时代和国情的关注，法律的全球化和法律的本土化关怀几乎同时在中国法治实践中搬演。这显然是一个需要大智慧和大手笔予以探索、协调和对接的问题。在这期间，学人们不仅探讨法治化进程中和全球化相呼应的问题，而且也开始深究中国法治的自身土壤问题。在这一过程中，“法律文化论”、“本土资源论”、“民间规范论”、“私力救济论”、“替代性纠纷解决机制论”以及“法人类学论”等不同的学说，成为我国不同法学者之间探究法治化进程中自身土壤问题的几种主要进路和学术观点。围绕这些理论或进路，产生了一批学术论著。特别值得一提的是，在法治发展中，具有“春江水暖鸭先知”功能的司法机关，已经在认真尝试如何在司法中将法律的一般规定和民间规范相结合的问题。其中“泰州经验”、“东营经验”、“陇县模式”等，引起了国内法学界和司法界的普遍关注，这更进一步证明在学术研究中关注民间规则以资法治实践的必要性。

九年前，为了推进对民间规则的研究，促进教学中学生对社会事实问题的认知，我和同仁们共同创办了以书代刊的《民间法》年刊。如今，该刊已经正式出版了八卷。与此同时，我在《山东大学学报》、《甘肃政法学院学报》分别主持的“民间法专栏”、“民间法·民族习惯法专栏”两个栏目，

已分别坚持了五年和四年，期间稿件源源不断，所发表的论著也不断被转载、转摘和引用。其中《民间法》年刊被教育部“委托南京大学图书馆”评为“CSSCI 来源集刊”。此外，自 2005 年开始，我和同仁们发起了全国“民间法·民族习惯法研讨会”，已分别在西宁、成都、兰州、武汉、贵阳召开了五届，来自全国各地的学者们就相关论题积极参与、热烈讨论。如上情形，已经形成了民间法研究之静态和动态两个“阵地”。这表明，这一领域具有很大的研究必要和开发潜力。为了进一步推动民间法研究向纵深方向发展，北京理工大学法学院、山东大学法学理论泰山学者团队决定编辑出版这套“民间法文丛”。这套文丛，也是拟议中的北京理工大学法学院三种学术丛书之第一种。

此为“民间法文丛”的第一辑。收入第一辑的著作，有些是作者多年来调研的积淀之作，如《原生的法——黔东南苗族侗族地区的法人类学调查》、《藏族古代法新论》、《乡土秩序与民间法律——羌族习惯法初探》三书就是徐晓光教授、多杰教授和龙大轩教授多年来深入苗族、侗族、藏族、羌族等地区认真调查、归纳、总结和研究的成果。鄙人的《大、小传统的沟通理性》、魏治勋的《民间法思维》两书，则是作者多年研究民间法问题的心得。其他五部作品，分别是贾焕银的《民间规范的司法运用——基于漏洞补充与民间规范关联性的分析》、姜世波的《习惯国际法的司法确定》、王新生的《习惯性规范研究》、厉尽国的《法治视野中的习惯法：理论与实践》、张渝的《清代中期重庆的商业规则与秩序——以巴县档案为中心的研究》，它们都是作者在其博士论文基础上修改而成。

自上述丛书第一辑的清单可以看出，本辑入选图书的一

半左右偏重于学理的探讨。但民间法问题恰恰是一个必须来自实践，通过对人们交往行为中的日常规范，特别是纠纷处理的日常规范之分析、解剖、归类、整理，才能深入其堂奥的问题。在这个意义上，民间法研究理所当然应当把社会实证放在第一位。这也是本丛书以后的各辑在组稿时将特别强调和注意的。

鄙以为，按研究内容和专题所编辑的学术丛书的功能，一是能集中展示某时段、某地方的学者们在某个研究领域里的研究成果；二是能更好地实现在某一研究领域里学术成果、学术规范和学术方法的积累；三是能给相关的学习者和研究者查找资料时提供便利。在这三点中，我特别看中第二点。但要让一套学术丛书真正发挥学术积累的作用，贵在持之以恒。因之，本丛书拟在条件许可时，分辑编辑出版，不断坚持下去，以期为中国民间规范的研究，乃至法社会学的研究，贡献微薄的心力和智慧。

是为序。

陇右天水学士 谢晖

2009年7月3日于苏州桥畔



内容摘要

本书的研究从这样一个现实问题入手：习惯性规范何以能够作为法律体系的一部分对社会秩序发挥调整作用，尤其是习惯性规范何以进入司法过程成为法官裁判规范体系的一部分？以最高人民法院把“和谐司法视野下民俗习惯的运用研究”列入重点调研课题为契机，全国法院系统已经开展了卓有成效的以习惯性规范为法官法源的司法实践活动。随着民间法研究领域学术框架体系的逐渐形成，习惯性规范进入司法，不仅是当前我国司法实践领域的一个热点话题，也是法学理论必须应对的紧迫而重大的学术问题。

本书分为上下两篇。上篇主要阐述习惯性规范的一般理论，包括习惯性规范的学术渊源、基本构造、表达形式和规范实质。下篇着重考察习惯性规范在社会秩序、国家立法及

司法实践中的地位和作用。

本书第一章提出，习惯的最重要特征在于，它是社会事实，却具有规范性；反过来说，它具有规范性，却是一种社会事实。习惯之所以具有规范性，是因为习惯中包含了自然信仰因素、道德信仰因素、实用理性因素和秩序信仰因素。因而，“作为习惯做法的习惯”或“作为规范的习惯”，从语意上讲，更准确地应当表述为“习惯性规范”。也就是说，习惯是一种社会存在，它是习惯性规范的一个描述变项。所以对习惯和习惯性规范作出区分，原因有三：其一，习惯属于社会事实范畴，出现在人们实践话语系统内的习惯，是人们对社会事实的描述，单纯这种关于事实的描述并不构成行动的理由，不具有约束力和任何意义上的强制性。其二，将习惯和习惯性规范区分开来，更有利于把握习惯和习惯性规范之间的密切关系。习惯可以观察、描述、统计和分析，因而来源于习惯的习惯性规范就同样具有了实证化和实践论证的客观性特征。其三，立法和司法都要重视对习惯的社会调查，而不仅仅是主观判断。

为了分析习惯性规范的一般框架，本书第二章试探性地建立起了一个习惯性规范的要素结构体系，把型构习惯性规范存在空间的要素称为外部要素，把确定其内部性质的要素称为内部要素。外部要素包括共同体、文化和历史，内部要素包括信仰、社会权力和强制性。习惯性规范作为调整性规范和确定性规范的结合体，有与法律规范大致相当的结构要素：它们都是由假定和处理两部分构成，但法律规范的假定和处理，是以文本形式出现的，其意义就是文本的意义；习惯性规范的假定和处理，是以社会事实的形式出现的，其意义是社会事实的意义本身。从表达形式上看，大多数记载或

流传下来的习惯性规范，都是以描述性语句出现的，但这种描述性语句具有表现应然的功能，它实际上表达应然意义。因而，从本体论的视角观察，习惯性规范是一种表达概念。

本书第三章着重考察习惯性规范的规范实质。习惯性规范是从社会常规中描述出来的规范，这种特殊的规范性使它皈依社会规范门下。但习惯性规范是特殊的社会规范，从规范实质上看，它既有一般社会规范的共性，也有明显区别于其他社会规范的个性。社会常规的规范性不但可以从社会行为的条件、动机和意义中寻求解释的路径，而且可以通过社会习惯被固定为一般行为标准的事实，寻求习惯性规范制度化的正当途径。从外在的视角看，习惯性规范是一种具有客观性的规范，其客观性取决于社会常规的客观性。习惯性规范是被社会共同体成员普遍接受的规范，它们既不是社会成员对自己作出的许诺和自律，也不是包括他人、政府或团体在内的其他主体对自己的命令，它是社会力量发布的行为标准，既不是自律的，也不是他律的，而是由抽象的社会力量所维护的。习惯性规范的规范性包括两个方面的构成要件：一是社会习惯的存在，二是共同确信。所以，习惯性规范不仅是客观规范，还必须是内化规范，它不仅要被动地符合“理”或规律的要求，而且往往要主动认知“理”或社会行为规律，以把“情”建立在更加牢固的基础上。从生成机制上看，习惯性规范除了具有哈耶克所称的规范形成的自发性外，还具有自治性的特点。

第四章主要讨论了习惯性规范形成的社会秩序与法律规范形成的社会秩序之间的关联。本书认为，如果把法治视为人为规划和设计的体现某种权威意志的标准秩序，我们就可以把习惯视为日常社会生活均衡行走而自然形成的“社会阡

陌”。任何社会秩序都是习惯性规范与法律规范共同作用的产物。尽管我们把法律规范与习惯性规范作为社会秩序的基本渊源，但一般来说，“人为设计的”法律规范不能脱离习惯性规范而对社会秩序单独发生作用。习惯性规范所调整的内部秩序和法律规范所调整的外部秩序，这种界分所指向的不是社会秩序的平面状态，而是社会秩序的立体层次。法律生活秩序是立基在日常生活秩序之上而接受法律规范调整的秩序，它同样受到习惯性规范的调整和约束，习惯性规范仍是人类社会的第一规范。习惯性规范与法律规范有着不同的秩序机理，主要表现在，它们有各自不同的知识基础、欲求目标和逻辑方法。法律规范与习惯性规范在社会秩序框架内既有合作也有竞争，存在着互动关系。从本源样态上看，法律只是部分“设计的”社会生活的程式化，人们步入法律程式化轨道经常是偶然的。大量的日常生活，仍然行走在习惯性规范的“阡陌”中。

习惯性规范对社会秩序的意义不仅表现在对日常行为的指引上，还表现在对一般社会纠纷的处理功能上。也正是由于习惯性规范同样可以适用于纠纷处理过程，社会纠纷可以通过援引习惯性规范来解决，习惯性秩序才具有自足的品格。我们一方面要尽可能避免采取“革命式”的以理性颠覆传统、重构社会的过激做法；另一方面也要看到习惯性规范所具有的“固化”或“内卷化”倾向，寻求社会结构封闭与开放的平衡点，促进自发秩序的不断演进。习惯性规范不仅仅存在于中国传统社会，只要具备相应的条件，相对封闭共同体具有大体一致的历史文化体验和共同的生活实践，就可能在法律控制之外生发出相应的习惯性规范及其秩序。习惯性规范及其秩序并不只是因为世代相传才具有合法性，世代相

传只是它的一个筹码，而不是它的本质。习惯性规范不仅要体现历史上的人们的自治价值，更要体现当代生活着的人们的自治价值。

从国家制定法的立场上，用习惯性规范代替习惯法概念，是第五章提出的一个基本观点。尽管在社会学研究视域内习惯法是一个有价值的概念，但在国家法视角下，“习惯法”概念是不成立的。“习惯法”作为一种规范，它或者是国家法意义上的法律，或者不是，标准是清晰的。以司法为中心的法律职业者不能一味强调社会秩序的自身规范性，而忽视现实的权力结构。国家法是权力结构的产物，国家法外无“法”。立法视角下习惯性规范对国家法的影响有两种主要形式，一是作为法律形成之渊源的习惯性规范，二是作为国家制定法准许性规范的习惯性规范。习惯性规范是国家制定法的天生渊源。本书从实证的角度，分析了习惯性规范在当代中国立法过程中的地位和影响，同时例举了大量国家制定法以认可或准许的方式将习惯性规范纳入法律体系的事实，否定了那种“中国当代制定法轻视习惯”的观点。无论何种法律，都无法也不可能轻视习惯。在某种程度上，发现并提炼社会既已存在的、人们普遍接受的习惯性规范，甚至是立法者的首要任务，也是立法工作的基础。但并非所有的习惯性规范都具有进入国家制定法体系的资格，习惯性规范获得国家制定法体系成员资格的基本条件是：足够的实效性、较高的确定性、现行法的空缺或失效、符合制定法的逻辑和原则。

本书第六章和第七章将研究的眼光聚焦到司法过程。习惯性规范进入法官裁判规范体系，成为法官裁判具体案件时为弥补国家制定法空白而选择适用的法律渊源，是其在司法过程中的地位和作用的最突出表现。近年来，习惯性规范越

来越多地得到我国法院尤其是基层法院的重视。习惯性规范进入当代中国的司法，是客观存在的事实，无论基于何种理由，也无论采取何种不同的方式。根据分析法学的观点，法官判断法律和法律体系之界限的标准是承认规则，而在哈特的学术体系中，承认规则一开始就建立在社会习惯的基础上。从社会常规到社会成员普遍“接受”的观念，再到规则成为行为的理由，作为同等性习惯的承认规则可以作为法官选择习惯性规范进入裁判规范体系的标准和依据。承认规则还是一种构成性习惯，它确定了识别法律渊源之标准的司法实践类型。法官作为司法活动的实践者，对司法习惯、法律的承认规则最有发言权，司法实践受他们的影响也最大，这从一个重要角度解释了法官承认规则在司法体制中的重要性。法官在司法实践中运用承认规则检验习惯性规范，不仅是习惯性规范适用于司法的唯一可行途径，是确定习惯性规范是否具有法律效力的最终依据，也是确定法律和法律体系范围的必然要求。习惯性规范进入法官裁判规范体系的条件可以区分为两个层次：肯定性条件和否定性条件。前者主要包括长期性、确定性和强制性特征，后者主要包括普遍争议、明显违背理性和内部冲突。在司法过程中适用习惯性规范，必须服从司法体制的整体框架和结构要求，受国家制定法中程序法的制约和限制。关于习惯性规范的司法适用方法，本书主要探讨了习惯性规范进入司法过程的时机、习惯性规范的效力范围和习惯性规范的发现及解释等问题。

本书最后一章讨论的是习惯性规范在法官解释法律、裁判策略、推定案件事实等司法过程中其他场景下的作用。习惯性规范是法官解释、理解和应用法律的重要前见，是法官对法律进行限制解释或扩张解释的生活意义基准，是补充法

律漏洞和进行利益衡量的生活之网，也是法律论证的话语背景。习惯性规范经常是通过法官采取某种裁判策略的方式进入司法过程的，“伪饰裁判”、“绝处逢生”和法庭调解等裁判策略，都体现了法官主动贴近习惯性规范的努力。在特定情形下，法官努力根据习惯性规范来确定当事人的权利义务关系，或者在不能直接适用时采取某种裁判策略以达到适用目的，其最主要的力量来自于法官所感受到的习惯性规范的内在方面。其一，在法官看来，与贯彻执行国家制定法的期望相比，依据习惯性规范作出符合当地习俗的判决的愿望更加强烈；其二，习惯性规范还原了社会生活的简单层面，人们的日常行为更内在地接受习惯性规范的指引；其三，习惯性规范是有关当事人放弃法定权利或者主动承受某种非法定义务的理由，根据习惯性规范，比依据国家制定法，更容易在分清是非上达成一致。习惯性规范来自于作为社会事实的社会习惯的属性，使法官可以根据习惯性规范逆向推定案件事实，当然必须在逻辑上进行严格的排除。

本书的核心观点是：习惯是社会秩序的基础，即使法律中心主义者那里，法律也只是交通干线，必须承认在这些主干线以外，还存在密集的以习惯形式表现的田间小路、市井街巷。习惯性规范使共同体成员产生了社会交往所信赖的制度背景，其强制性由此而生。习惯性规范是任何法律体系都无法回避的制度环境，它本能地拒绝突变，只适应缓慢的变迁。习惯性规范对法治客观性有一定的冲击，但只要我们采取开放和包容的态度来对待政治合法性，就完全可以将它们纳入承认规则的体系中，为法治客观性做出别样的贡献，在法官裁判规范体系中扮演重要角色。习惯可以观察、描述、统计和分析，因而来源于习惯的习惯性规范就同样具有了实

证化和实践论证的客观性特征。无论是国家立法过程中的习惯，还是司法过程中的习惯，都应当局限于社会客观存在的实践活动，而不仅仅是难以实证化的社会观念或社会意识。





目 录

总 序	1
内容摘要	5
导 论	1
一、为什么研究习惯性规范 / 1	
二、研究现状：贡献及不足 / 7	
三、本文要解决的问题 / 12	
第一章 习惯的规范性	14
第一节 社会秩序中的习惯 / 14	
第二节 习惯何以具有规范性 / 35	
第二章 习惯性规范的概念、要素和表达形式	53
第一节 习惯性规范的概念 / 53	
第二节 习惯性规范的要素 / 71	

第三节 习惯性规范的表达形式 / 105	
第三章 习惯性规范的规范实质	120
第一节 社会常规的规范意义 / 120	
第二节 习惯性规范作为特殊的社会规范 / 136	
第三节 习惯性规范的生成机制 / 158	
第四章 习惯性规范与法治：秩序的视角	170
第一节 习惯秩序与法律秩序 / 170	
第二节 习惯性规范与法律规范在秩序内的合作与竞争 / 196	
第三节 习惯秩序的社会空间及其变迁 / 219	
第五章 从习惯性规范到习惯法？——立法的视角	232
第一节 “习惯法”概念分析 / 233	
第二节 习惯性规范衔接国家制定法的制度类型 / 251	
第三节 立法视角下习惯性规范对国家法的影响 / 268	
第四节 习惯性规范进入国家制定法的条件 / 289	
第六章 习惯性规范进入裁判规范体系： 司法的视角（一）	302
第一节 习惯性规范普遍适用于司法裁判 / 303	
第二节 习惯性规范与承认规则 / 311	
第三节 习惯性规范进入法官裁判规范体系的条件 / 331	
第四节 习惯性规范的司法适用方法 / 342	
第七章 法官适用习惯性规范的其他场景： 司法的视角（二）	347
第一节 习惯性规范运用于法律解释 / 347	
第二节 法官裁判策略中的习惯性规范 / 354	
第三节 习惯性规范应用于推定案件事实 / 377	
结 语	388
参考文献	391
后 记	404