



当代中国 婚姻家庭习惯法

高其才 / 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

当代中国 婚姻家庭习惯法

高其才 / 主编
罗昶 / 执行主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

当代中国婚姻家庭习惯法 / 高其才主编. —北京:
法律出版社, 2011. 10

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2663 - 3

I. ①当… II. ①高… III. ①婚姻法: 习惯法—研究
—中国 IV. ①D923. 904

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 215382 号

当代中国婚姻家庭习惯法

高其才 主编

责任编辑 董 飞
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2012 年 1 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 27.25 字数 357 千

印次 2012 年 1 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-2663-3

定价:57.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

习惯法是人类长期社会生活中自然形成的一套行为规范,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)的本来含义是“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 的含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。而这都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。习惯为逐渐养成而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从乡土中国的风习自发演进而来,进而由切实的情理生发出高蹈的义理。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之所在,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,妥帖地调适情与法、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,失却了制度和理论支撑的传统中国文明作为一种习俗残留下来。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。这也是国家法中心主义的习惯法研究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。

我们认为,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、法律意识为鹄的,进而阐发习惯法的内生性及其当代适

应性。

本习惯法论丛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

目 录

导言 / 001

一、从相识到订婚

——我的真实经历及思考 雷小璐 / 006

二、传统与自由：当代青年的择偶规范

——以两位青年女性的择偶为考察对象 席 帅 / 014

三、现代媒人的行媒规范探析

——一个习惯法角度的思考 郭雪姣 / 031

四、传承与变异：浙江慈溪蒋村的订婚习惯法

——以 2010 年农历十月初八戚周二人订婚为例
高其才 罗 昶 / 040

五、当代中国婚约初探 李 钰 / 066

六、现代中国的彩礼及其返还制度 魏润祺 / 075

七、“亲上加亲”可以重现

——血亲通婚禁令的解除之争 余梦成 / 084

八、走婚寄情,爱在灵魂

——当代云南摩梭走婚制探析 何怡婷 / 090

九、当代西藏康区、后藏地区个别存在的多偶制婚

——我 2011 年的访问调查 刘泽华 / 104

十、西藏地区一妻多夫制的现代遗承 胡 泊 / 117

十一、想说爱你不容易

——同性恋现象思考 全晏莹 程雅菡 / 122

十二、当代中国视角下的拉拉婚姻选择规范

吴海生 / 129

十三、当今城市隐婚规范初探 吴雨桐 / 147

十四、独身制与无婚姻形态的“婚姻制度”:一夫一妻

制面临的挑战 汪思媛 / 159

十五、今日中国非主流的婚姻形态初探

——以开放婚与换偶婚为例 张 欣 / 165

十六、“试婚”思考

——从同龄人的角度 张前昊 / 171

十七、在传统与现代之间:2010 年“五一”期间我们的

三场婚礼(新郎版) 叶 慰 / 175

十八、在传统与现代之间:2010 年“五一”期间我们的

三场婚礼(新娘版) 石亚莹 / 190

十九、西安的现代结婚习惯法

——记 2010 年我的一次伴郎经历 吕杨迪 / 202

二十、2008 年,我协办婚礼

——河南周口的婚礼规范 翟现坤 / 207

二十一、为什么遵守社会婚礼规范

——以我参加的 2009 年、2010 年两场婚礼为例

朱道立 / 217

二十二、“换手绢”、迎亲与结婚仪礼：现今山东东营

地区婚姻习惯法 李秀山 / 226

二十三、湖北省红安县七里坪镇地区的婚制规范

——以 2000 年我的小舅结婚为例 桂 敏 / 241

二十四、“行定”、“归门”：赣南信丰客家人的婚姻

成立规范 甘克润 / 251

二十五、今日湖南隆回高坪镇的婚姻习惯规范

聂 洋 / 263

二十六、现代都市蒙古族的婚嫁仪礼

——以土默特蒙古族为例 李 坤 / 272

二十七、当今瑶族的婚姻习惯法

——广西金秀六巷古陈屯三代四人自身婚姻经历的

讲述 高其才 / 279

二十八、历久弥新的闹洞房规范 卞蓉竹 / 291

二十九、中国社会性爱、贞操规范的变迁与现实

武 琼 / 301

三十、童子婚 * 童养媳 * 新姑娘 * 改嫁字 * 子女姓：

湖南临湘聂市地区七十载婚姻规范之变迁

——我爷爷的经历和见闻 何 心 / 316

三十一、入赘 * 杀婴 * 分家 * 养老

——回忆我的祖父 陈文津 / 332

三十二、乡土间的分家制度

——以 2005 年河北围场王村的一次分家为例

孙占东 / 339

三十三、以习惯法视角反思《继承法》中“遗产”范围之界定

——从当前北京地区民众继承习惯实证研究说起

李国辉 / 354

三十四、家谱取名的前世今生 卓 歆 / 372

三十五、存续至今的湘西自治州土家族族长制度

——以湖南永顺高坪土坝彭氏家族为例

彭一波 / 378

三十六、宗亲结会习惯法的现实思考

——以四川省泸县立石镇林氏宗亲会为考察对象

林 瀚 / 391

三十七、当代中国宗族习惯法的复苏更生

——以湖南临湘地区建祠修谱为例 何 心 / 401

后记 / 419

导 言

婚姻家庭是人类社会基本的社会现象,是重要的社会设置,在调节男女两性关系、组合亲属生活、满足成员需要、维护社会秩序等方面起着重要作用。

婚姻家庭是人类社会发展到一定阶段出现的两性和血缘关系的社会形式。婚姻是男女两性的结合,是社会赞许的配偶约定,这种结合形成了为当时社会制度、社会规范所确认的夫妻关系。婚姻是性、感情、经济、文化、政治的结合体。婚姻建立在感情、契约、责任、权利和义务之上。家庭是由一定范围的亲属所构成的生活单位,这种亲属关系是根据婚姻关系和血缘关系而发生的。婚姻是产生家庭的前提,家庭是婚姻成立的结果。婚姻关系是家庭关系的基础,家庭关系是婚姻关系的扩展。婚姻家庭既有自然属性也有社会属性。

婚姻家庭关系需要婚姻家庭规范、婚姻家庭制度进行具体的调整和确认。婚姻家庭制度由各种行为规范所构成,主要是法律规范,并辅以道德规范、宗教规范等。婚姻家庭法是规定婚姻家庭关系的发生和终止,以及基于这些关系而产生的权利义务的行為规范的总和。婚姻家庭法调整的范围包括结婚

的条件和程序、婚姻关系的内容即夫妻的权利义务、配偶死亡的法律后果、离婚的程序和后果、家庭成员之间的权利义务等。

就世界各国而言,婚姻家庭关系最初主要是由习惯法加以调整,后来才逐渐采取国家制定法的形式,但习惯法仍然有着重要的功能。中国先秦时代的婚姻家庭法规范,主要以礼这一习惯法为其表现形式,以后历代都受此深刻影响,古代婚姻家庭制度详见于礼而略于律,国家法律对婚姻家庭关系的调整并不是全面的,除了与刑相关的问题外,其他方面大多由礼来调整,因此习惯法在调整、规制婚姻家庭关系方面一直发挥着积极的作用。

中华人民共和国成立以后,国家虽然制定了《婚姻法》等法律法规,但是婚姻家庭方面的习惯法仍然为民众所接受和遵守,在社会生活中全面延续和广泛传承。1950年的《中华人民共和国婚姻法》是新中国成立后第一部具有基本法性质的法律,1980年在1950年《婚姻法》的基础上制定了新《婚姻法》,2001年4月28日第9届全国人大常委会第21次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国婚姻法〉的决定》。但是这些国家制定法内容较为简单,规范较为抽象,实效较为有限,没有全面地调整我国的婚姻家庭关系。时至今日,婚姻家庭习惯法一直客观存在、实际有效,在婚姻家庭领域补充国家制定法甚至优先于国家制定法。婚姻家庭习惯法并不是属于中国历史范畴的概念,而是鲜活地存在于现实中国社会的客观规范中。略感遗憾的是,学界较多地分析、解释《婚姻法》等国家法律法规,而对婚姻家庭习惯法的关注较少,对当代中国婚姻家庭习惯法的调查、研究较为薄弱。我们试图弥补这一学术研究的不足,从法社会学视角,对当代中国婚姻家庭习惯法进行全面的事实描述和一定的理论探讨。

我们探讨的是“当代”的中国婚姻家庭习惯法。“当代”是对人类发展历史时间段的一个定性界定,为“当下这个时代”之义。我们将“当代”界定为1949年10月中华人民共和国成立以后一直到今天的阶段,这是一个现在进行时范畴的概念,是正在发生的目前这个时代。中国的婚姻家庭习惯法发端、形成、丰富于古代中国,转变于近代中

国,延续于现代中国,存在、影响于当代中国。我们重点讨论的是当代中国的婚姻家庭习惯法,虽然我们也关注古代中国婚姻家庭的习惯法,也注意近现代中国婚姻家庭习惯法的变化,但是这些都是我们分析当代中国婚姻家庭习惯法的历史背景和社会铺垫。我们核心的论题是1949年10月以来尤其是近一二十年的中国婚姻家庭习惯法。我们描述当今中国现实存在的婚姻家庭习惯法,分析当代中国婚姻家庭习惯法与古代中国婚姻家庭习惯法的关系,思考当代中国婚姻家庭习惯法的发展、变化规律,理解当代中国婚姻家庭习惯法的发展趋势。我们记录当下中国这个时代的婚姻家庭习惯法,表达当今中国这个时代的婚姻家庭习惯法。

我们探讨的是“中国”的婚姻家庭习惯法。我们也要注意其他国家和地区的婚姻家庭习惯法,但这仅仅作为当代中国婚姻家庭习惯法的比较对象和参照系统,只是在理解当代中国婚姻家庭习惯法时提供材料、拓展视野,我们重点讨论的是当代“中国”的婚姻家庭习惯法。当代中国婚姻家庭习惯法本为中国本土的现象和概念,我们强调中国问题意识,紧密围绕婚姻家庭规范的中国现象,展示中国社会客观存在的婚姻家庭习惯法,思考婚姻家庭习惯法与中国社会的关系,总结婚姻家庭习惯法中的中国文化特质,为推进当代中国婚姻家庭习惯法的理性发展而努力。我们努力反映当代中国婚姻家庭习惯法的地区特点、民族特色,叙说当代中国婚姻家庭习惯法的农村状况、城市表现,总结各地婚姻家庭习惯法所体现的丰富多彩的中华文化、民众智慧。

我们探讨的是当代中国“婚姻家庭”习惯法。我们关注当代中国的物权习惯法、债权习惯法、纠纷解决习惯法等,但这些只作为我们思考当代中国婚姻家庭习惯法的相关材料,我们重点讨论的是当代中国的婚姻家庭习惯法。我们探讨当代中国婚姻家庭习惯法的内容、功能和实际效力,描述当代中国的订婚习惯法、结婚习惯法、离婚习惯法、家庭习惯法、分家析产习惯法、宗族习惯法等,分析当代中国婚姻家庭习惯法的规范特性,揭示当代中国婚姻家庭习惯法的学科特征,全面

展现婚姻家庭现象的当代风貌和中国魅力。

我们探讨的是当代中国婚姻家庭“习惯法”。我们关注国家制定的在婚姻家庭领域方面的法律法规,重视调整婚姻家庭关系的官方法、正式法的意义,正视中国现代法治建设中国家制定法的主导地位,但是这些是作为我们把握当代中国婚姻家庭习惯法的有益观照而存在的,我们重点讨论的是习惯法,是当代中国婚姻家庭习惯法。当代中国婚姻家庭习惯法包括择偶习惯法、同居习惯法、行媒习惯法、订婚与彩礼习惯法、婚制习惯法、同性恋习惯法、走婚习惯法、多偶婚习惯法、婚姻成立习惯法、婚姻解除习惯法、闹洞房习惯法、婚房习惯法、分家析产习惯法、族长习惯法等,这些习惯法是由一定的社会群体创制并为一定的社会成员所共知和遵守,具有一定的强制性和约束力的行为规范,是非国家的法、行动中的法,是一种当代中国社会的“活法”,在中国民众生活中较有意义和影响。当代中国婚姻家庭习惯法为一种世俗法,饱含中国民众婚姻家庭生活的具体规则,体现社会成员在婚姻家庭方面社会交往的实际规矩。当代中国婚姻家庭习惯法是中国社会平凡人的平常而普通的婚姻家庭生活的行为规范,是民众在长期的婚姻家庭生活中累积的生活智慧的表现,反映了简单的生活常理,散发出朴实的泥土气息,传递着浓郁的乡土色彩,体现了灼热的城乡活力,昭示着潜在的生长轨迹。当代中国婚姻家庭习惯法是中国人真正的生活的结晶,是中国人有意义存在的标征。

我们主要通过实证方法探讨当代中国婚姻家庭习惯法。当代中国婚姻家庭习惯法存在于民间,有效于基层,作用于日常,需要深入微观社会,通过对各地民众的婚姻家庭生活的具体观察、细致调查才有可能进行全面认识。我们重点突出材料的第一手性,深入田野、来到乡村、融入城镇,运用参与式调查方法、窥视式调查方法,“从外到内”与“从内到外”相结合,客观进行当代中国婚姻家庭习惯法的访谈,全面收集当代中国婚姻家庭习惯法的个案。我们主要关注当代中国婚姻家庭习惯法事实,不过多地进行当代中国婚姻家庭习惯法的价值评

判。我们提倡亲自经历、亲身参与的调查、研究方式,突出在婚姻家庭第一现场的所见所闻所思,通过我们的眼睛表现出鲜活的现场感,通过我们的大脑体现翔实的细节性。我们力求客观真实、理性科学,力图反映当代中国婚姻家庭习惯法的全貌,记载生动复杂的当代中国婚姻家庭生活实践。

一、从相识到订婚

——我的真实经历及思考

雷小璐*

“年轻时是应该有梦的,否则一生都错过做梦的机会了”。

这是我们刚认识的时候,他最打动我的一句话。从那时开始到现在,我们一直努力编织着我们的未来,实现着我们的梦想。

——是为前言

我是清华法学院大三年级的学生,我的男朋友朱力是清华电子工程系大四的学生。走在清华美丽的主干道上,我们是平凡的路人甲和路人乙。原本我们的小故事也是平淡得无从说起,但《亲属与继承法》这门课却给了我一个机会,去讲述,并用文字记录下它。很多年之后,如果重新看到这篇文章,我想我会非常感激有这样的一个机会,得以重温当时的

* 以往从未有过以自己的实际经历为蓝本的论文写作经验,这篇文章写成之后回头审视,觉得实在太不像一篇成熟的论文,更像是日记般的讲述。