



变迁中的 当代中国习惯法

高其才 主编



中国政法大学出版社

習慣論著

变迁中的 当代中国习惯法

主 编 高其才
执行主编 陈寒非



中国政法大学出版社

2017·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(CIP)数据

变迁中的当代中国习惯法/高其才主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2017. 11

ISBN 978-7-5620-7853-1

I. ①变… 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(2017)第 278015 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 北京九州迅驰传媒文化有限公司
- 开 本 650mm × 980mm 1/16
- 印 张 18.5
- 字 数 265 千字
- 版 次 2017 年 11 月第 1 版
- 印 次 2017 年 11 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 涵义才扩大至人定的法律。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，失却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、法律意识为鹄的，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	高其才 / 001

事实描述

1. 海南海口“公期”节日祭祀规范及其变化	薛 芃 / 009
引 言	009
一、海口市“公期”节日祭祀规范	010
二、海口市“公期”节日祭祀规范的变化	013
小 结	014
2. 油公司“世袭制”招工规定的变化	刘新莹 / 015
一、油公司“世袭制”招工规定的变化	015
二、资源型城市的变化与转型	025
三、简短的结语	028
3. 网络时代多元交流途径对传统礼法秩序的冲击——基于北方大学 学生会管理规范 and 具体工作习惯的调查和分析	何修齐 / 030
引 言	030



一、文本分析	032
二、调查分析	034
总 结	039
4. 甘肃庆阳西峰坊的回族结婚习惯法及其当代变迁 ... 马 敬 /	041
引 言	041
一、西峰坊回族结婚的基本程序	042
二、西峰坊回族结婚的主要规范	048
三、西峰坊回族结婚习惯法的变迁	052
结 语	055
5. 规随时变的丧葬习惯法——以浙江慈溪蒋村为对象 ... 高其才 /	056
引 言	056
一、传承的丧仪规范	058
二、混合的葬制规范	061
三、复杂的吊礼规范	062
四、变化的帮忙规范	064
五、分担的费用规范	067
六、绵续的祭奠规范	068
结 语	069

规范分析

1. 改革开放以来治安村规民约的变迁——基于南方少数民族 村寨的探讨..... 吕 川 /	073
引 言	073
一、治安村规民约在形式上的变迁	075
二、治安村规民约在内容上的变迁	082
三、治安村规民约权威性方面变迁	090
四、治安村规民约变迁的原因探析	092

结 语	096
2. 与时俱进与维系自治：村规民约的变与不变——以贵州省 锦屏县魁胆村为对象	高其才 / 097
引 言	097
一、从名称到规范：村规民约之变	098
二、从议定到精神：村规民约之不变	105
结 语	112
3. 公司工作时间制度的形成和发展——以周工作时间制度和八小时 工作时间制度为例	柳海松 / 113
引 言	113
一、周工作时间制度的流入与发展	114
二、八小时工作时间制度的形成与发展	121
结 语	129

学理探讨

1. 改革开放以来分家析产习惯法的变迁——基于山东省 鲁村的考察	刘 帅 / 133
导 言	133
一、分家析产习惯法基本原则的变迁	139
二、分家析产习惯法条件的变迁	151
三、分家析产习惯法实施的变迁	156
四、分家析产习惯法地位的变迁	169
五、分家析产习惯法权威的变迁	171
结 论	174
2. 良俗的生成：鲁南费县殡葬习惯法的当代变迁	池建华 / 179
导 言	179
一、殡葬习惯总体程序的简化	181



二、殡葬习惯具体程序的简化	185
三、总结与思考	193
3. 变迁中的蒋村习惯法——对一个经济发达地区村庄的 观察与思考	高其才 / 197
引 言	197
一、蒋村习惯法变化的表现	199
二、蒋村习惯法变化的原因	201
三、蒋村习惯法的未来发展	207
结 语	211
4. 再造与重生：习惯法变迁机制研究——基于南方主要 少数民族聚居区的田野调查	陈寒非 / 213
一、问题与进路	213
二、习惯法变迁的主要原因	217
三、习惯法变迁的动力机制	225
四、习惯法变迁的结果预期	233
结 语	237

学术综述

当代中国习惯法变迁研究综述	高成军 / 241
一、习惯法研究的路径和视角	243
二、习惯法内在内容构成方面的变迁	248
三、习惯法外在形式功能方面的变迁	260
四、习惯法变迁的机制和动力	265
五、习惯法变迁的阶段、趋势及走向	274
六、简要讨论	281
后 记	286

1. 习惯法可以从国家法意义上与非国家法意义上两方面进行理解。本书是从非国家法意义上理解习惯法,认为习惯法为独立于国家制定法之外,依据某种社会权威和社会组织,具有一定的强制性的行为规范的总和。〔1〕

2. 探讨当代中国习惯法的变迁,涉及当代中国习惯法变迁的表现、习惯法变迁的过程、习惯法变迁的方向、习惯法变迁的结果、习惯法变迁的原因、习惯法变迁的规律、习惯法变迁的特点、习惯法变迁的意义、习惯法变迁的趋势等方面。

对当代中国习惯法变迁的研究主要从历史维度进行纵向考察,通过不同时期、不同社会发展阶段的对比、比较、衡量来发现习惯法在当代中国社会变迁、社会发展过程中的消解、衰落进化和重构,以及社会转型中新的习惯法规范的生成和运作,进而揭示当代中国习惯法在与社会环境的互动过程中自身演化、发展、变迁的一般规律和基本趋势,以认识中国法的生长和中国法制的形成与完善。

3. 当代中国习惯法的变迁为客观存在的社会事实。从少数民族习惯法到汉族习惯法、从农村习惯法到城市习惯法都表现出一定的变化,从宗族习惯法、村落习惯法到宗教寺院习惯法均在转变、发

〔1〕 高其才:《中国习惯法论》(修订版),中国法制出版社2008年版,第3页。

展过程中，从农业习惯法到畜牧业习惯法、工商业习惯法都在发生明显的变化，从民事习惯法、公共生活习惯法到保障习惯法、纠纷解决习惯法，无一不出现新的发展、转变的状况，从习惯法的生成到习惯法的运行、习惯法的生效，都呈现出不同于以往的特点。

4. 当代中国习惯法变迁是必然的社会现象。内部和外部的变动都会促使当代中国习惯法发生适应性变化。习惯法变迁是人类规范史上一个永恒的现象，从人类社会发展的整个过程和总体趋势看，任何国家、民族、社会群体、社会组织的习惯法无不处于产生、发展、改变、消退的进程之中，当代中国习惯法的变迁为一个自然的过程。而在人类进入现代化和世界体系的历史进程后，各种地域性、族群性、民族性的相对独立的习惯法形态更因社会发展、经济交流、文化交融而发生了大规模、急剧的变迁。习惯法之变是必然的，习惯法之不变是偶然的；习惯法的变化是绝对的，习惯法的不变是相对的。从总的历史发展趋势来讲，当代中国习惯法变迁是一个渐行不息的长程，既有对固有习惯法的萃取与摒弃，又有对国家法律和外来习惯法的批判与吸收，也有新的习惯法的生长。

5. 应该看到当代中国习惯法的变迁是一个全方位、多层面的社会现象，既包含社会的习惯法的进步，也包括习惯法的退步，又包括习惯法的消解，还包括习惯法的整合。在当今中国，一方面固有习惯法由于失去原有的调整对象、缺乏本来的社会条件而自然消解、衰落，国家法律体系的完善、国家法治建设的推进又使习惯法的存在空间受到一定的影响；另一方面新的习惯法基于规范新的社会行为、调整新的社会关系而逐渐产生、形成，科学技术的发展、经济体制的变化也不断促使传统习惯法适应新的变化而扩展调整范围、改变调整方式、转变调整手段。

6. 当代中国习惯法变迁包括“自下而上”的变迁和“自上而下”的变迁。国家、政府以法律、政策等形式和手段推进习惯法的变迁，特别是限制、禁止与国家法律的价值、理念不一致甚至直接冲突的习惯法的存在和发挥作用，此为“自上而下”的习惯法变迁，也为强制性的习惯法变迁、建构性的习惯法变迁。事实表明，我国对习惯法采取“自上而下”变迁的方式，虽然取得了一定的良好结

果,将某些不人道的宗族习惯法、少数民族习惯法、秘密社会习惯法等予以限制和禁止,但是也存在对良善习惯法不够尊重的问题,有需要正视和反思之处。

而“自下而上”的习惯法变迁,是指由社会成员中的个人或一群人,受新习惯法获利机会的引诱,自发倡导、组织和实现的习惯法变迁,又称为诱致性习惯法变迁。就实际效果而言,“自下而上”的习惯法变迁强于“自上而下”的习惯法变迁,这种变迁具有更深厚的社会基础,更符合习惯法变迁的内在规律。现今的网络时代下,网络购买规范的形成和完善、共享单车规范的约定和接受,这均可视为习惯法的“自下而上”变迁。

7. 当代中国习惯法变迁可以分为无意识的变迁和有意识的变迁。习惯法的无意识变迁是指习惯法变迁的过程是不自觉地发动和参与这一变迁的人往往是迫于某种压力而仅满足眼前的利益,并不知道所采取或实施的措施会带来什么样的后果。习惯法的这种变迁也称为自然变迁,它强调的是变迁的主体的不自觉性和无计划性。婚姻习惯法、丧葬习惯法、社会交往习惯法中的许多规范的变化即属于此类。

习惯法的有意识变迁是指发动者和参与者按照事先制定的设想和计划来改变某些不适应社会需要的习惯法的过程。习惯法的有意识变迁一般包括主动性变迁、指导性变迁和强制性变迁三种类型。主动性变迁是变迁主体自觉、自愿、主动发起的习惯法变迁。指导性变迁是某一习惯法群体的某些人有计划地帮助或促使另一群体的人们发生习惯法变迁。强制性变迁是指用强制手段迫使习惯法发生变迁。我国许多地区通过村规民约改变传统的人情往来,这明显体现了习惯法的有意识变迁。

8. 就变迁的过程而言,当代中国习惯法变迁为渐进式变迁与突变式变迁并存。当代中国习惯法的渐进式变迁是指通过详细的安排、利用足够的时间分步骤地逐渐推进习惯法变革,为变迁过程相对平稳、没有引起较大的社会震荡,新、旧规范、制度之间的轨迹平滑、衔接较好的变迁方式。而习惯法的突变式变迁是指在短时间内,不顾及各种社会关系的协调,采取果断措施进行习惯法制度创新或变

革的方式。习惯法的突变式变迁为激进主义的变迁方式。就我国而言，新中国成立初期习惯法的突变式变迁较为突出，而其他发展阶段则多为习惯法的渐进式变迁状态。

9. 当代中国习惯法变迁体现了民众的利益认同、规范认同、观念认同，习惯法变迁的关键在于民众的内心认同和自觉遵行。当代中国习惯法的传承与变化、消亡与新生、涵扩与重构，取决于民众的利益能否由习惯法得到保障、取决于民众对习惯法规范的接受与否、取决于民众对习惯法价值、精神的认可接受与否。民众从自身利益最大化角度考量能够主动地进行习惯法的变迁，满足自身对法的需求，以积极适应现实社会环境。

当代中国习惯法变迁与民众的共同体意识息息相关。习惯法是否变迁及其变迁的方式、程度与共同体的生长、共同体的维系、共同体的变化、共同体的发展有着紧密的联系。共同体的需要决定了习惯法的价值及其变迁。

10. 当代中国习惯法变迁一方面是由于国家法治建设的推进、经济体制的改变和经济生活的变化、时代的变化和社会的转型等因素所致；另一方面民众的价值观念、思维模式、行为方式变化使然。当代中国习惯法的变迁是客观因素与主观因素共同作用的结果，表现出复杂性的动因。

由于生产方式、生活方式的某种变化，一些习惯法缺乏调整的对象而呈现断层和传承的困难；由于社会环境的改变，产生新的习惯法规范某些社会行为；民众从生活出发以适应变化了的社会而改变自身观念和行为，使习惯法出现了一些变化。

11. 从总体上认识，当代中国习惯法变迁为表面上的变迁而非本质性的变迁。当代中国习惯法变迁从区域上看为全国性的而非地方性的、整体性的而非局部性的，但是这一变迁更多的为外在变迁而非内在变迁、根本变迁。由于社会结构没有发生根本性的改变，当代中国的习惯法也与之相适应仅为表征性的变化，习惯法的基本精神、价值理念、主要规范、实施方式、保障手段等没有发生本质性的变化。

12. 现代社会个体意识的觉醒、“去魅”理性的生长、全球化的

发展，这使社会的呈现趋同趋势，对社会规范、法规范的多样性、多元性、差异性造成了挑战。不过，我国社会的多元性与法规范的竞争性将长期存在，无论何种变迁方式都不会导致习惯法这一规范体系的消亡，消亡的只是个别不合时宜的习惯法规则，这是由习惯法的客观性、内生性、普遍性、民族性、文化性等特质决定的，因而习惯法当继续在当代中国存在并持续变迁。习惯法变迁的过程就是习惯法的再造和重生，变迁的结果就是产生出与时俱进的新习惯法，习惯法经过变迁后以新的内容和形式呈现。

在当代中国习惯法变迁的过程中，我们需要从民众世俗生活的角度、从共同体存在的角度把握其变迁方向，进行习惯法的传承、弘扬、扬弃、重构、融合、新生，实现当代中国习惯法的理性发展。

