



当代中国 民事习惯法

高其才 / 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



当代中国 民事习惯法

高其才 / 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

当代中国民事习惯法 / 高其才主编. —北京: 法律出版社, 2010. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1492 - 0

I. ①当… II. ①高… III. ①民法: 习惯法—中国—文集 IV. ①D923.04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 223231 号

当代中国民事习惯法

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 × 960 毫米 1/16

版本 2011 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 北京北苑印刷有限责任公司

印张 22.75 字数 289 千

印次 2011 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 - 1492 - 0

定价: 46.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

习惯法是人类长期在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)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乡土中国的风习自发演进而来的,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”(蔡枢衡语)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。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

总序

主题研讨

作为自发性社会规范的习惯法 郭道晖 / 003

“习惯法”的当下中国意义 许章润 / 006

当代中国民事习惯法研究的意义及问题

高其才 / 013

当代中国民事习惯法与国家法的关系 渠涛 / 016

形式法律的局限以及民事习惯法在民法中的效力

申卫星 / 021

当代民事习惯法研究的理论及方法问题

侯猛 / 024

民事习惯法的定性及其与法律的关系 冯玉军 / 027

民事习惯法与法律文化 刘作翔 / 030

从环境资源法的发展变化看民事习惯法的意义

王明远 / 037

专题研究

法的多元化、社会化与习惯法 郭道晖 / 045

一、法发展的历史趋势 / 045

二、中国法发展的社会趋势 / 049

我国民事立法中的习惯法研究 伦海波 / 052

一、多重语境中的习惯法 / 052

二、习惯法势衰的原因分析 / 058

三、各法域民法中习惯法立法模式比较考察 / 061

四、我国民事立法中的习惯法 / 067

五、我国民事习惯法的构成要件 / 069

六、我国民事习惯法立法建议 / 074

我国民商事法律中的交易习惯

——以民商事合同为主要分析对象 钟 昊 / 075

一、交易习惯概述 / 075

二、我国民商事法律文本中的交易习惯 / 079

三、我国司法实践中的交易习惯 / 081

四、我国交易习惯之证明 / 085

五、结语 / 088

当代中国捐会习惯法与关系

——以浙江省慈溪市附海镇蒋家丁村为对象的考察

罗 昶 高其才 / 090

一、引言 / 090

二、捐会成立规范与关系 / 093

三、捐会内容规范与关系 / 097

四、捐会形式规范与关系 / 099

五、捐会履行规范与关系 / 103

六、捐会变更规范与关系 / 107

七、结语 / 109

当代中国民事习惯法的司法适用

——以姜堰市人民法院对婚约财产纠纷的审理为例

张宏扬 / 111

一、民事习惯法司法适用的背景 / 112

二、民事习惯法司法适用的过程 / 123

三、民事习惯法司法适用的效果 / 138

四、余论 / 142

民事习惯法的司法运用探析 高其才 / 144

一、引言 / 144

二、民事习惯法司法运用的意义 / 145

三、民事习惯法司法运用的依据 / 147

四、民事习惯法司法运用的条件 / 150

五、民事习惯法司法运用的方式 / 152

六、民事习惯法司法运用的效力 / 155

七、结语 / 157

实证调查

当代农村的民事习惯法

——以江西大湖村为考察对象 侯小琴 / 161

一、导论 / 161

二、物权习惯法 / 169

三、债权习惯法 / 176

四、互助习惯法 / 187

五、婚姻、分家析产与继承及赡养习惯法 / 188

六、丧葬和祭祀习惯法 / 197

七、结语 / 203

当代中国物权习惯法

——广西金秀六巷“打茅标”规范考察报告

高其才 / 205

一、历史上的物权习惯法 / 206

二、物权习惯法的内容 / 210

三、物权习惯法的效力 / 220

四、违反物权习惯法的责任 / 227

五、结语 / 232

传统法律知识现代社会的变迁与贡献

——现代牧业社区苏鲁克物权习惯研究

戴双喜 / 234

一、绪论 / 234

二、苏鲁克民事习惯功能变迁 / 237

三、流变中的苏鲁克民事习惯 / 244

广西平果县马头镇结婚习惯法

——以 2008 年笔者的结婚经历为考察对象

黄成春 / 261

一、引言 / 261

二、结婚对象规范 / 262

三、合命规范 / 265

四、定糖规范 / 265

五、纳彩规范 / 267

- 六、接新规范 / 270
- 七、婚宴规范 / 274
- 八、闹洞房规范 / 276
- 九、回门规范 / 277
- 十、结语 / 278

学术综述

当代中国民事习惯法研究综述 张 哲 / 283

- 一、引言 / 283
 - 二、民事习惯法的界定 / 285
 - 三、当代中国民事习惯法的调查及研究 / 290
 - 四、当代中国民事习惯法的内容研究 / 294
 - 五、当代中国民事习惯法与国家法 / 321
 - 六、对当代中国民事习惯法研究的评述 / 341
- 后记 / 351

主题研讨

作为自发性社会规范的习惯法

郭道晖*

从习惯到法律,这中间恐怕还有很多问题,习惯作为社会规范的习惯规则,然后作为国家承认的特殊习惯法,最后习惯正式提升到一般的法律,由特殊性上升到普遍性,变成民法,就是从习惯来的,但它已经不叫习惯法了。至于习惯法,则是国家承认把习惯作为法律推出的。

民法整合是来自习惯,带有特殊性的习惯;最后变成法,完全带有普遍性的法律。国家承认这个习惯可以在这个地区实行,比如说,土地可以出租,现在深圳土地可以出租,这方面宪法有规定。那就是法律上这之间有好几个层次,当然我没有研究,我只是把这个问题提出来,不是那么简单的,社会生成、分配、归置,先是习惯,最后到法律。

我要讲的是这么一个问题,我们今天来讨论习惯法,或者是讨论社会法,作为一种社会自发产生的规范,我也简单提一下。

第一,我们讨论这个问题应该放在全社会大背

* 郭道晖,教授,中国法学会法理学研究会顾问。

景和时代的大趋势下来考察社会法制问题,考察社会法的习惯问题,要有一种开放的心态。这里有这么几个概念:一个是我们现在是国家和社会多元化,而不是一元化的。这是第一个情况。第二个情况是,权力也逐步社会化、多元化了,这个我就不详细叙述了。第三个情况是,社会本身也是多元化的,社会的多元化要求法制多元化,就是要开放一些研究,多样化的价值要允许有多样性社会的规范来治理社会,和国家互助互动。由于这些大社会背景和时代趋势,就要求往社会化和社会化法制方向走,也就是说,法要成为国家的法律的话,应该加强社会化的性质:第一个在程序上要广泛社会参与,第二个在内容上要体现社会主体,就是人民的意志或者利益。

第二,由此也产生了我们不但要建立法制国家,而且要形成法治社会。也就是说,不但国家要法制化,而且社会也要法制化,要形成一个真正的公民社会,和国家互动、互控。这需要公民的法制意识加强,公民社会和法治社会、非政府组织的社会权力应该是作为社会自发规范的强制力、执行力。我们靠国家权力去执行,那些社会规范要看社会权力,关于社会权力我写过很多文章,就不多说了,社会权力和国家权力又是互相对应、互相控制、互相补充的。另外,我们的社会规范,简单地说就是社会法,社会法应该作为国家法的一种补充,一种支撑,或者是一种监控力量。

第三,法制统一性和社会规范的多元性和多样性,还有自主性也应该全局协调。这里我也提一点,过去有人在《检察日报》写过一篇文章讲:我们只能搞法制国家,不能有法制社会。他也没有搞错,有时候社会自发的规范和国家的规范不统一,所以只能国家法制统治一切,不能有什么社会规范。我不同意他这个观点,这就体现了一个问题,我们的社会规范是社会法,它和国家法在立法原则上有什么本质的区分?社会组织,包括群众自治性组织等,它制定的自治规范,我认为只要不和宪法和法律抵触就可以,不一定要它非得遵循现存的宪法和法律,这是两个概念。也就是说,要执行国家法我授权兼禁止,但是社会法不禁止,自由。假如说你也按照国家法去执行,那社会的规范不

会有长效性。比如说,安徽 18 个农民按的手指印,那就是契约,那就是社会法,那就超过了当时的宪法和法律,但是它与宪法和法律精神并不违反。为了农民的利益,为了发展,符合社会进程。所以我认为法制统一性和社会规范的社会法的多元性应该是允许的。社会规范并不是依法制定社会规范,也不是根据宪法和法律来制定社会规范,而是根据他的习惯,能够体现人民意志利益的习惯,根据这个来制定,只要它不抵触宪法和法律就行了。

但是习惯法也好,习惯规范也好,或者社会自治法的规范也好,也有合理的习惯和不合理的习惯,这在马克思的习惯规则里面有,儿童去捡枯枝是合理的习惯、权力,而在那些统治阶级,某些特权就是不合理的习惯了,所以这里也要区分。这里有一个例子,比如说,满清规定留发不留头,这是他们的习惯,这个习惯是很不合理的,这样的习惯是应该明确反对的。那么讲到土地出租,或者是搞包产到户是合理的,也应该支持。所以现在对于延续的一些过去的习惯应该排斥。那么恐怕还有很多习惯法需要检验,这样搞下去根本是不行的。

从整个历史发展趋势而言,国家法也会消亡,现在国家法要服从世界法,法制应该是世界大同,国家还是受国际法、受世界法的制约,必要的时候把总统拿去审办都可以的,所以任何时候我们都要看到,国家法也是逐步地在淡化,最后甚至退出历史舞台。但是社会规范,因为社会是永远存在的,社会规范永存。但是这只是猜想,并不是事实,这也很值得我们作为理论来研究。