

2010

谢晖 陈金钊 主编

# 民间法



济南出版社

# 民间法

谢晖 陈金钊 主编

 济南出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民间法 / 谢晖, 陈金钊主编. — 济南: 济南出版社, 2010. 9

ISBN 978 - 7 - 5488 - 0137 - 5

I. ①民… II. ①谢… ②陈… III. ①习惯法—研究—中国 IV. ①D920. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 178734 号

出版发行 济南出版社  
地 址 济南市二环南路 1 号 (250002)  
网 址 www. jn. pub. com  
印 刷 山东省审计厅劳动服务公司印刷厂  
版 次 2010 年 9 月第 1 版  
印 次 2010 年 9 月第 1 次印刷  
开 本 787 × 1092 1/16  
印 张 22  
字 数 500 千  
定 价 38.00 元

(济南版图书, 如有印装错误, 可随时调换)

# 总 序

自文明时代以来,人类秩序,既因国家正式法而成,亦藉民间非正式法而就。然法律学术所关注者每每为国家正式法。此种传统,在近代大学法学教育产生以还即为定制。被谓之人类近代高等教育始创专业之法律学,实乃国家法的法理。究其因,盖在该专业训练之宗旨,在培养所谓贯彻国家法意之工匠——法律家。

诚然,国家法之于人类秩序构造,居功甚伟,即使社会与国家分化日炽之如今,前者需求及依赖于后者,并未根本改观;国家法及国家主义之法理,仍旧回荡并主导法苑。奉宗分析实证之法学流派,固守国家命令之田地,立志于法学之纯粹,其坚定之志,实令人钦佩;其对法治之为形式理性之护卫,也有目共睹,无须多言。

在吾国,如是汲汲于国家(阶级)旨意之法理,久为法科学子所知悉。但不无遗憾者在于:过度执著于国家法,过分守持于阶级意志,终究令法律与秩序关联之理念日渐远离人心,反使该论庶几沦为解构法治秩序之刀具,排斥法律调节之由头。法治理想并未因之焕然大光,反而因之黯然神伤。此不能不令人忧思者!

所以然者何?吾人以为有如下两端:

一曰吾国之法理,专注于规范实证法学所谓法律本质之旨趣,而放弃其缜密严谨之逻辑与方法,其结果舍本逐末,最终所授予人者,不过御用工具耳(非马克斯·韦伯“工具理性”视角之工具)。以此“推进”法治,其效果若何,不说也知。

二曰人类秩序之达成,非唯国家法一端之功劳。国家仅藉以强制力量维持其秩序,其过分行使,必致生民往还,惶惶如也。而自生于民间之规则,更妥贴地维系人们日常交往之秩序。西洋法制传统中之普通法系和大陆法系,不论其操持的理性有何差异,对相关地方习惯之汲取吸收,并无沟裂。国家法之坐大独霸,实赖民间法之辅佐充实。是以19世纪中叶、特别20世纪以降,社会实证观念后来居上,冲击规范实证法学之壁垒,修补国家法律调整之不足。在吾国,其影响所及,终至于国家立法之走向。民国时期,当局立法(民法)之一重大举措即深入民间,调查民、商事习惯,终成中华民、商事习惯之盛典巨录。

可见,国家法与民间法,实乃互动之存在。互动者,国家法借民间法而落其根、坐其实;民间法藉国家法而显其华、壮其声。不仅如此,两者作为各自自治的事物,自表面看,分理社会秩序之某一方面;但深究其实质,则共筑人间安全之坚固堤坝。即两者之共同旨趣,在构造人类交往行动之秩序。自古迄今,国家法虽为江山社稷安全之必备,然民间法亦为人类交往秩序所必需。故人间秩序者,国家法与民间法相须而成也。此种情形,古今中外,概莫能外。因之,此一结论,可谓“放之四海而皆准”。凡关注当今国家秩序、黎民生计者,倘弃民间法及民间自生秩序于不顾,即令有诤诤之声、煌煌巨著,也不啻无病呻吟、纸上谈兵,终其然于事无补。

近数年来,吾国法学界重社会实证之风日盛,其中不乏关注民间法问题者。此外,社会学

界及其他学界也自觉介入该问题,致使民间法研究蔚然成风。纵使坚守国家法一元论者,亦在认真对待民间法。可以肯定,此不唯预示吾国盛行日久之传统法学将转型,亦且表明其法治资源选取之多元。为使民间法研究者之辛勤耕耘成果得一展示田地,决定出版《民间法》。

本书宗旨,大致如下:

一为团结有志于民间法调查、整理与研究之全体同仁,共创民间法之法理,以为中国法学现代化之参照;

二为通过研究,促进民间法与官方法之比照交流,俾使两者构造秩序之功能互补,以为中国法制现代化之支持;

三为挖掘、整理中外民间法之材料,尤其于当代特定主体生活仍不可或缺、鲜活有效之规范,以为促进、繁荣民间法学术研究之根据;

四为推进民间法及其研究之中外交流,比较、推知相异法律制度的不同文化基础,以为中国法律学术独辟蹊径之视窗。

凡此四者,皆须相关同仁协力共进,始成正果。故鄙人不揣冒昧,吁请天下有志于此道者,精诚团结、互为支持,以辟法学之新路、开法制之坦途。倘果真如此,则不唯遂本刊之宗旨,亦能致事功之实效。此乃编者所翘首以待者。

是为序。

谢 晖

2010年6月10日

## 目 录

总 序..... 谢 晖(1)

## 学理探讨

民间法核心概念辨析

——基于规范法学的立场和司法的视角..... 魏治勋(1)

习惯法概念谱系的辨析与界定

——基于法律实证主义视角的分析..... 王林敏(43)

宗教规范的危机与再生

——从法律文化的视角考察 ..... 王宏选(74)

集体行动与民间集体自治规则

——诺贝尔经济学奖得主奥斯特罗姆理论

对民间法研究的可能贡献 ..... 钱锦宇 赵海怡(82)

社会权力视野中的当代中国民间组织..... 王月峰(89)

明清地缘社会解纷中的民间法及其与国家法的互动 ..... 陈会林(98)

社会性、私人性与独立性

——普通法视域下的司法权认知 ..... 刘吉涛 姜福东(111)

自由法学及其埃利希的“活法”理论

——读《法律社会学的基本原理》笔记 ..... 严存生(121)

自发性秩序:进化论理性主义视野下的民间规则 ..... 王 彬(147)

民间法的精神分析学解读 ..... 白广勇(155)



### 经验解释

同核相生:国家法、民间法关系的回眸与前瞻

- 从《黄岩诉讼档案》谈起 ..... 于语和 刘志松(164)
- 明清商人团体习惯法的表达与实践 ..... 李学兰(180)
- 清代民间坟山纠纷解决机制 ..... 李 哲(197)
- 习惯规范与民间契约
- 以民国华北乡村地区的雇佣关系为切入点 ..... 尚海涛 龚 艳(207)
- 秘密社会及其民间规则
- 基于帮会发展历史的考察 ..... 杨建军 余钊飞(216)
- 试论古代徽州司法官的思维特点及其影响 ..... 丁国峰(229)

### 社会调研

- 坡孝寨布依族习惯法民族志 ..... 周相卿(245)
- 市场经济因素影响下黔东南苗族习惯法的变异与流失
- 以凯里周边两个苗族乡区标志性的人和事物为例 ..... 李向玉(254)
- 纠纷和解中国家法与民间法的互动 ..... 唐 峰(263)

### 制度分析

- 论民俗习惯司法适用之制度构建 ..... 厉尽国(275)
- 谣言:一种社会权力 ..... 吕廷君(287)
- 景颇族习惯规范和国家法的调适 ..... 赵天宝(296)
- 法律与习惯的并存:民国财产继承与分家承嗣的法律实践
- 以新繁县民国司法档案为例 ..... 刘昕杰(309)
- “大波”中的“微澜”
- 南京国民政府时期离婚立法在川省新繁县的实践 ..... 里 赞(317)

### 域外视窗

- 西方慈善法人制度的历史变迁 ..... 李 芳(325)
- 中世纪商人法真的是现代商人法的渊源吗? ..... 姜世波 范佳佳(334)

# 民间法核心概念辨析

## ——基于规范法学的立场和司法的视角

魏治勋\*

(山东大学法学院 山东济南 250100)

**摘要:**从规范法学的立场看,任何一个法律概念都只能有一个统一而确定的意义。基于这一立场,文章借助于分析实证主义法学和法社会学的相关理论,对民间法研究中的核心概念进行了深入的分析 and 明确的界分,形成了从惯习(habit)、惯行(practice)、惯例(usage)到习惯(custom)和习惯法(customary law)的民间法研究领域的较为完善的概念链条。民间法核心概念的提炼和界定,对于司法判决的妥当性和社会秩序的构建都具有前提性和基础性的价值。

**关键词:**民间法;核心概念;规范法学立场;司法视角;概念辨析

从规范法学的立场看,对于法律概念和法律命题的理解应有一个最为基本的要求,那就是,法律概念和法律命题中的任何一个语词都只能有一个统一而确定的意义,否则就会造成人们对法律理解的混乱和多元,从而最终导致人们对彼此行为之“合理期待”的不可能,法律达成秩序的目标就会落空。<sup>[1]</sup>根本上说,“任何一种不借助赤裸裸社会暴力来完成的社会整合,都可以被看做是对这样一个问题的解决:多个行动者的行动计划,可以作怎样的彼此协调,以使得一方行动是同另一方行动‘相衔接’的。”<sup>[2]</sup>其根基在于普遍隐含于秩序建构中的这样一个前提:“对于交往行动者来说,它处于义务性的行为期待的层次,对于这种期待,他假定法律共同体成员之间是有一种合理推动的同意的。”<sup>[3]</sup>那么,对于司法者而言,通过其判决传达并巩固人们彼此之间以法律为中介的合理期待就是法治社会的一个最为基础性问题。而民间规

\* 魏治勋:(1969~ ),山东省昌邑市人,山东大学法学院副教授,法学博士、博士后,研究方向为法哲学、法律社会学。

[1] 美国法学家布莱恩·莱特在论及法律的客观性时就指出:“如果规则不是客观的,那么它们也就不能被称之为规范。如果我可以随意地修改规则的内容,那么用规则来限制(或者作为标准)我们后来的行为就不再有意义。”如此,则法律秩序就只能走向解体。因而,法律的客观性必须排斥对法律规则理解的任意性,而对法律规则理解的统一性则为法律的客观性奠定了重要根基。See Brian Leiter, “Objectivity, Morality, and Adjudication”, in *Objectivity in Law and Morals*, New York: Cambridge University Press, 2001, pp. 66 ~ 98.

[2] [德]哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治的商谈理论》,童世骏译,三联书店2003年版,第22页。英译本参见 Jürgen Habermas, *Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, translated by William Rehg, Massachusetts Institute of Technology, 1996, p. 17.

[3] [德]哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治的商谈理论》,童世骏译,三联书店2003年版,第37页。英译本参见:Jürgen Habermas, *Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, translated by William Rehg, Massachusetts Institute of Technology, 1996, p. 31.



范要能够作为可信赖的司法过程与行为的重要前提根据,也同样必须面对这样一个要求:对民间法重要概念的理解必须具有统一性和合理性。由此看来,作为民间规范之重要概念的“习惯”、“惯例”和“习惯法”等语词的意义界定工作,就不仅是我们研究民间规范必须予以解决的基础性问题,也是探讨民间规范进入司法过程问题时必须面对的重要理论问题。

## 一、习惯与习惯法等概念的混淆与区分策略

对“习惯”及其相关概念的界定与区分,是许多研究民间法的学者所必须进行的一项基础性工作。笔者粗略检索了一下谢晖先生主编的《民间法》集刊,在迄今已经出版的八卷共计大约200余篇论文、文献中,不涉及“习惯”或“习惯法”概念的作品极少,还有为数不少的论文专门对“习惯”或“习惯法”的概念进行了探讨。但是,我们不得不指出,目前中国学者关于“习惯”、“惯例”、“习惯法”等概念及其相互关系的探讨不仅没有达成哪怕是最起码的一致,反而呈现出界定越多混乱就愈甚一步的现象。

笔者将这些混乱概括为三个方面:其一,对“习惯”(custom)与“惯例”(usage)不加区分。这一问题很大程度上源自国外学者对这两个概念的混合使用和界定,如《布莱克法律词典》就将“custom and usage”不加区分地一起界定为:“因普遍采用和接受并通过长期的和不变的习俗而成为强制性的、并在特定的场合或相关的事项中获得法律效力的人们的惯例和做法。”〔4〕显然,在这一界定中,“custom”和“usage”这两个具有不同意义的概念被当成了可以互相替代的同义词。目前,对“custom”和“usage”的混用与混译广泛地存在于中国当前的法学研究中。人们通常对“习惯”与“惯例”倾向于作同一理解,极大地阻碍了人们对相关理论问题的认识的澄清。〔5〕其二,对“习惯”与“习惯法”概念不加区分地使用,或者虽然加以区分但区分不合理,由此造成的混乱亦不在少数。例如有的学者就认为:“在现代法治国家的语境下,在讨论民法典与民事习惯的关系时,不论是‘习惯’还是‘习惯法’,其所指称的对象是同一的,即未予法典化的不成文规则。我们认为,在这一层面上理解习惯与习惯法的关系也就足够了。”〔6〕因此倾向于将“习惯”与“习惯法”两个概念作同义使用。而有的作者虽未明确表示将两个概念视为同义,但在具体使用上却如出一辙。当将习惯法界定为“一定社会中,人们在长期的生产

〔4〕 转引自于语和:《民间法》,复旦大学出版社2008年版,第25页。

〔5〕 对“custom”和“usage”两词混译的典型情形是,人们往往在翻译外文文献时,要么将外文文献中的“custom”和“usage”都统一翻译为“习惯”,如此则存在于“custom”和“usage”之间的、作者刻意表达的微妙区分因翻译的缘故被遮蔽不见;要么在同一译著中,有时将“custom”和“usage”分别翻译为“习惯”和“惯例”,有时却又将两个词都翻译为“习惯”,使得阅读汉译本的读者深陷混乱之中却浑然不觉。一个例证就是,在庞德所著的《法理学》第三卷第十八章关于法的渊源与形式的论述中,庞德对“custom”和“usage”是明确区分使用的:在谈到“习惯作为法的渊源”(p. 389)这样一个问题时,庞德使用的是“custom”一词,当前的汉译本的翻译也是“习惯”;而在谈到北美殖民地法庭中逐渐成长起来的通行做法时,庞德用的是“usage”,汉译本亦能正确地译作“惯例”。问题在于,译者却将原文中的两处“popular usage”(p. 397)译作了“日常习惯”和“普遍习惯”(第299页),而非“日常惯例”,而在其他段落(p. 83, p. 397)则又有数处“usage”能够被正确地译作“惯例”。译者因为没有坚持对“custom”和“usage”的含义的一贯区分,使得汉译本未能完全准确表达出作者原意。而在后文的论述中,读者可见笔者对“custom”和“usage”的概念的明确区分,且这种区分对司法实践具有重大意义。参见 Pound, *Jurisprudence* (Volume III), West Publishing Co., 1959, pp. 389 ~ 397。汉译本参见[美]罗斯科·庞德:《法理学》(第三卷),廖德宇译,法律出版社2007年版,第287~299页。

〔6〕 王洪平、房绍坤:《民事习惯的动态法典化》,载《法制与社会发展》2007年第1期,第85页。

生活和生活实践中所惯行的,为一定群体的人们在心理上所接受的,能够像法一样规制约束人们行为的,不违背公序良俗的习惯”〔7〕时,二者之间的意义差别也就在“像法一样”的模糊修辞下被模糊掉了。其三,对“习惯法”概念的多义混用必然造成对这一概念自身认识的混乱与多元。有学者概括了中国当前法学研究中对“习惯法”概念界定的多元情形并将之归结为三种观点:第一种观点是站在国家主义立场上的一元论,认为法的效力来源于国家,习惯只有得到国家的认可才能成为“习惯法”,这种观点是“国家霸权主义”的必然结论;第二种是“多元论”的,即可以从法人类学、法社会学等多个视角界定和运用“习惯法”概念,由此对习惯法的理解就必定是多元的,且符合社会事实本身;第三种理解是中庸论的或曰折衷论的,即一方面承认“习惯法”概念的合理性在于它能够指称那种独立于国家之外的习惯规范和习惯作法,为法学研究提供一个分析性概念,但却不具有分类概念的功能,不能作为与国家法对应的概念来使用。〔8〕由此可见,在当前中国的民间法研究中,我们对于习惯、惯例和习惯法等之于这一领域具有基础性地位的概念尚未得到很好的分析和界定,混用和混译的情况十分普遍。而只要这种情形不得到根本的改变,我们就不可能真正阐明民间规范在司法适用过程中所发生的那种深刻而根本的变化。法学研究中的基础性概念的分析界定不仅仅是理论体系建构的切实起点,而且是现实社会中司法实践活动得以展开的思维预设。没有明晰的概念前提和理论指导的司法实践不仅是混乱的因而必然是低效率的,并且也会因为其缺乏自我反思的基点而注定不能生发出变革自新的进路,因而不可能担负起法治时代的基本使命。

但是,是什么使得当前的民间法研究在其基本概念的界定与使用上陷入了如此的困境呢?笔者认为原因主要有两个:其一是学术研究的立场不清晰,而这又是由于当前民间法研究尚缺乏一个基本的范式造成的。因为研究范式不仅为研究者提供基本的方法和概念体系,更重要的是它为研究团体提供基本信念与立场并具有构造学派的功能。〔9〕在中国当前的民间法研究中,诚如前文已经提及的那样,学者们是在完全不同甚至相互混杂的立场上从事民间法研究的:有的学者能够清醒地意识到其在研究民间法时所持的立场是法社会学的或者是法人类学的亦或者是法文化学的,那么如果他们是在上述立场中的某种单一立场来研究民间法,则这些学者所指称的民间法就未必具有我们在实在法的意义上所说的法律的属性,而往往是一些与实证法相对立的民间规范,如习惯或惯例;更有相当部分学者则基本上是在无意识于其学术立场的情况下开展民间法研究的,那么,一种不可避免的混乱就出现了,他们所持的学术立场往往不是单一的,而更多的是法社会学、法文化学、法人类学甚至还包括规范法学立场在内的混合物,则其所指称的民间法就不太可能是某种具有单一属性的事物,而往往是在同一篇作品中,同一个概念如“习惯”、“习惯法”等,既可以指称非法律意义上的民间规范、民间习惯或社会规范,也可能在同一文献的另一处指称着实在法意义上的“习惯法”、“法习惯”〔10〕等事物。如此一来,就必然造成对习惯、惯例、习惯法等概念不加区别地混用。诚如是,则民间法学术研究的意义和价值就在很大程度上被这种学术研究的混乱所消解、所破坏。笔者曾经撰文指出,

〔7〕 罗筱琦:《“交易习惯”研究》,载《现代法学》2002年第2期,第134页。

〔8〕 黄民:《习惯法涵义的新解读》,载谢晖主编:《民间法》(第三卷),山东人民出版社2004年版,第100~102页。

〔9〕 关于民间法研究范式的阐述,请参见魏治勋:《民间法研究范式辨正》,载《甘肃政法学院学报》2007年第2期。

〔10〕 后文中笔者将对这两个概念展开界定,请读者注意鉴别。

民间法研究领域存在的一个重要问题,就是还未曾将该领域的基础概念无论是在内涵还是在外延上做出清晰而完整的界定。<sup>[11]</sup> 此问题能否得到妥善解决,是决定“一门学科逐渐走上规范的外在表征。”<sup>[12]</sup> 因此,澄清我们的研究立场并以此为基础澄清民间法研究领域中的主要概念,就成为我们推进民间法研究并使之科学化的重要学术步骤。其二,我们在研究民间法领域的核心概念如习惯、惯例、习惯法时,所使用的分析方法和文献资料不足以胜任将这一系列概念区分开来的学术任务。目前国内研究民间法的学者们在探讨和区分上述概念时所使用的一般方法是,在批评其他学者对相关概念所下定义的基础上,根据自己的理解重新设计并提出一系列新的定义。如前文所述,既然学者们是站在不同的学术立场上并基于不同的学术偏好,将“民间法”作为某种学术对象加以研究的,那么对这一领域的核心概念的界定的多元化就是不可避免的。那么,一个必然的推论就是:如果罔顾其他学者对这些核心概念的界定所持的学术立场而展开批评,则这种批评的妥当性就是大可质疑的;而如果新作出的界定只不过是作者基于自身理论建构的需要对相关概念所做的一种新的主观的理解,那么这种界定也未必比其他学者的界定更加正确。相反,随着不同学者对民间法研究中的这一系列核心概念所作出的界定的不断推陈出新,我们所感受到的毋宁是:学者们对同一概念所作出的界定越多,人们对这些概念的理解就越模糊、越混乱。这实在是当代学术研究中的一个普遍现象。<sup>[13]</sup> 为此,我们就必须在确定自己的学术立场的基础上寻找到一种能够将民间法研究中的这些核心概念区分开来的恰当方法。我们知道,传统中国没有诞生自己的法理学,因此不可能产生一套成熟的研究民间法的概念体系;而我们所使用的民族语言在语词使用上往往是一字多音、一词多义,这就很容易造成一个语词指称多种不同事物的现象。这两个因素结合起来,就使得故有学术研究中一方面核心概念匮乏,另一方面一词多义、语义混杂。所以,欲解决上述问题及其连带产生的民间法研究中核心概念界定不清的现象,就必须进入到西方法理学的语言环境中,利用西方法学理论研究的相关成果去界定和区分民间法研究中的核心概念。

针对民间法核心概念界定中的上述问题,笔者将解决这一问题的方案概括为:首先,解决学术立场不明确或不清晰问题的根本措施在于,必须在民间法研究中区分“法”与“非法”的界限,也就是说,我们只有首先将自己的学术立场明确为“规范法学”或者“分析法学”的,<sup>[14]</sup> 才有可能区分“法”与“非法”的界限<sup>[15]</sup>,这样才可能将“习惯”、“惯例”等“非法”事物和规范法学与分析

[11] 魏治勋:《事实的规范力量:论事实性民间规范及其法律方法意义》,载《山东大学学报》(哲学与社会科学版)2009年第3期。

[12] 当然,在笔者看来,“民间法”是不能被作为一门学科来对待的,原因即在于研究民间法的立场可以是多元化的,既然如此,则“民间法”研究中的一些重要概念,如:习惯法,如果不首先表明研究者的学术立场,是不可能获得统一的定义的,而一个研究领域的核心概念如果不能获得一个统一而明确的界定,那么这种研究就不可能被构造成一个独立的学科。基于此,笔者认为,“民间法”仅仅是具有不同学术立场和不同学术偏好的多个学科学者的研究共同指向的研究对象而已,而不可能将民间法建设成一个独立的学科。参见徐显明、齐延平:《转型期中国法理学的多维面向》,载《中国法学》2008年第2期,第113~128页。

[13] 这种情形绝非仅仅存在于民间法研究过程中。在法学研究中,往往越是重要越是核心的概念,由于不同的人对之作出了太多的不同界定,它们的意义往往越来越混乱。例如,庞德就指出,尽管“权利”是法学中最核心的概念,但不幸的是:“在法律和法学文献中没有一个词比权利更加含糊不清。”参见[美]罗斯科·庞德:《法理学》(第四卷),王宝民、王玉译,法律出版社2007年版,第43页。

[14] 关于规范法学与分析法学的范围界定与相互关系,参见魏治勋:《“规范分析”概念的分析》,载《法学论坛》2008年第5期。

[15] 参见张文显主编:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第96页。

法学意义上的“习惯法”这种实在法类别区分开来。其次,在前述学术立场区分的基础上,就能够明确,法社会学、法文化学、法人类学等研究立场和方法所指称的“习惯法”,乃是非实在法意义的民间“习惯”、“惯例”等事物。明确了这一点,则持有不同学术立场的分析方法就可以在自己的领域就民间法问题阐发出具有本学科特点的独特意义和学术韵味。再次,既然传统中国未能给我们提供基本的法理学理论和学科概念体系,那么,要清晰地界分前述民间法诸核心概念,就必须借助于西方法理学近代以来积累的学术理论与概念体系资源,才有可能真正辨清民间法核心概念的准确意义。最后,鉴于我们的民族语言所具有的一字多音、一词多义等特点及其必然导致的概念界定上的含糊性这一后果,我们只有深入到西方法理学原著中对前述民间法核心概念的表达与区分的规范分析中去,才有可能细致入微地将这些核心概念予以清晰地界定和区分。

## 二、英文中表达“习惯”与“惯例”的语词及其意义

根据前文阐述的用以区分民间法核心概念所采取的学术立场与分析方略的原则,笔者在主要参照《美国传统法律词典》和《现代英汉综合大辞典》的基础上,<sup>[16]</sup>适当结合当前相关学术论述,首先对英文语境中具有“习惯”和“惯例”语义的诸多概念语词的含义进行简要界定。

从对《美国传统法律词典》的检索可知,在英文语境中,用于表达“习惯”和“惯例”及其相近语词的概念语词很多,主要有“habit”、“practice”、“usage”、“custom”、“tradition”、“convention”、“routine”等多个语词。这多个语词虽然都有“习惯”或“惯例”的含义,然而却各有其更加细致和独特的具体内涵,其在应用的场所和具体用法上是有所不同的,这使得我们能够从语义上可以较为清晰地予以区分。对于明晰民间法的核心概念而言,这种区分是基础性的和必要的。首先,根据这些概念语词在法律发展过程中从最初的无意识的行为到实在法规则的最终形成过程中所占有的发展层次上的不同地位,我们可以对它们做出第一步界分。梅因曾经指出,“如果我们能够通过任何方法,断定法律概念的早期形式,这将对我们有无限的价值。这些基本概念对于法学家,真像原始地壳对于地质学家一样的可贵。这些观念中,可能含有法律在后来表现其自己的一切形式。我们的法律科学所以处于这样不能令人满意的状态,主要由于对于这些观念除了最最肤浅的研究之外,采取了一概加以拒绝的草率态度或偏见。”<sup>[17]</sup>基于此,梅因认为,对于法学上的概念,必须从其最初出现于人类生活的初始状态进行探索。他指出,“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,唯一有权威的说明是,根据事实做出的司法判决,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。”<sup>[18]</sup>从梅因这段论述中,我们至少可以批判地解读出如下信息,即,法律在其生成与发展的过程中,至少可以按照其在发展的层次中所处的地位,划分为三个发展阶段:第一个阶段,此时所谓的“法律”还只是一种“惯行”甚至仅仅是一种“气氛”,它们是人们日常行为所积累的模式或积习,人们可能

[16] 需要指出的是,笔者所参照的《美国传统法律词典》和《现代英汉综合大辞典》等工具书,都收录在“金山词霸”(2007版)这一软件中,笔者这里对相关概念语词的检索正是借助于这一软件做出的。

[17] [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第2页。

[18] [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第5页。

仅仅是习惯于这种重复性的行为,但未必能够对之进行有意识地认识和把握,因此在存在样态上它们还仅仅属于行为事实性质的范畴;第二个阶段,按照梅因的理解,所谓的“法律”规则,在其发生学意义上,是由法官做出的司法判决首先创立的。但必须指出,人类事实上是很难从“惯习”或“气氛”直接进入法官创立的“习惯法”这一层次的,其中必然还包含了一系列更加复杂的发展阶段。从这些发展阶段所形成的规范成果的属性与特征来看,可以推论,在人们无意识的行为形成了“惯习”或“气氛”之后,具有智性的人类必然要对已经形成的这些事实性的行为模式进行反思性的认识、修正和整理,由此使得人类行为所遵循的“惯习”或“气氛”逐渐简约化、抽象化和普遍化,并最终实现规则化。由此,人类此时虽然尚未达到通过立法者制定体系化的法律的发展状态,但是在现实中逐渐衍生出规则化的习惯则是必然的后果,并为进一步发展为实在法创造了条件。大概正是基于这样一种类似的思考,博尔·维诺格拉多夫指出:“法律的历史发展自习惯发端”(The historical development of law starts with custom)。<sup>[19]</sup> 同样基于对人类法律生成与发展渐进过程的认识,马克斯·韦伯指出:“法律、习惯和惯例属于同一个连续统一体,即它们之间的演变难以察觉。”<sup>[20]</sup> 将梅因与马克斯·韦伯的论述逻辑地结合在一起,我们就可以得出一个更加接近于真理性的认识:法律从其最初萌芽到实在法的确立,其间至少经历了从无意识的“气氛”或“惯习”到规则化的习惯这样一个前期发展过程。至此,我们就可以将法律发展的第二个总体性阶段界定为习惯规则。第三个阶段,是法官通过司法判决形成习惯法的阶段。基于规范法学的立场,这一事实的发生只能是在国家权力已经出现这一情况下才有可能。此时,法官根据既存的习惯规则对争议的纠纷做出判决,那么被适用后的习惯就有可能由此演变为习惯法。而经由立法者一致的认可和续造,才产生出我们今天所称的成文化的法律和法典,自此以后,法律就进入实在法的自我完善与自我发展阶段。

根据对法律产生与发展过程上述三个阶段的大致界分,至此可以明确的是,具有习惯或惯例含义的多个概念语词中,民间法研究中最常用的四个概念即“habit”、“practice”、“usage”、“custom”,应当全部属于法律产生与发展的第一、第二阶段。其中,(1)“habit”的意义是:一种由于不断地重复而形成的反复出现的经常是无意识的行为方式(A recurrent, often unconscious pattern of behavior that is acquired through frequent repetition)。《美国法律词典》对“habit”的进一步界定是用来指一个人根深蒂固的一种行为方式,它如此地根深蒂固以至于人们不用有意识地去想就能完成这个动作。因此,最好将“habit”对译为“惯习”,其语义中心是“习性”。(2)在《美国传统法律词典》的解释中,“practice”是指一种个体或群体的常规的选择采取的行为方式(Practice denotes a customary, often chosen pattern of individual or group behavior),该词典对“practice”所做的补充性解释是惯常的举动,我们可以因此将“practice”对译为“惯行”,其语义中心是“行为”。从上述解释可见,“practice”在强调个体或群体行为的常规性的同时,注入了“选择性”这一特点,表明人们对常规性的行为方式已经注入了反思性的因素。从上述两个概念语词的具体含义来看,它们共享着这样一个特征:这两个语词都指向某种惯习性或常规性的行为方式,而且这种行为方式大多是未经反思的或无意识的。即使“practice”一词其含义内含着“选择性”向度,这种成分也是相当次要的,仅从“it is our practice to eat an early dinner”这一用法就可见存在于“practice”之中的反思性因素是相当弱的。(3)“usage”一词一般用于指称事实性的行业规

[19] Paul Vinogradoff, *Custom and Right*, H. Aschehoug & Co., Oslo, 1925, p. 21.

[20] [德]马克斯·韦伯:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,中国大百科全书出版社1998年版,第20页。

范,其对译词是“惯例”。《美国法律词典》对“usage”的界定是:“usage”指称一种已被公众接受为群体行为标准而能约束个人行为的习惯性做法(Usage refers to customary practice that has become an accepted standard for a group and thus regulates individual behavior)。(4)“custom”是指由于长时间的实践,尤其是公认传统确立的个人或群体的一种行为方式(Custom is either individual or group behavior as established by long practice and especially by accepted conventions),一般具有规则的形式。“custom”的对译词是“习惯”。“custom”和“usage”相同之处在于,它们共享着民间规范的多个面向:其一,“custom”和“usage”都具有定型化的稳定形式,是人类行为规范的提炼和表达;其二,二者都是可言述的,即它们都是可用语言文字进行确切表述的,都是规范人的行为的理性知识;其三,二者都经历了人类智识的反思性批判,因而都是从民间规范中有意识地择取的,有益于人类行为的效益和秩序的规范知识形态。但是,我们也必须着重指出,“custom”和“usage”无论在其概念内涵上还是在其实践功用上都是有着重大区别的,虽然,在汉语语境中这两个词经常被不加分别地混译为“习惯”或“惯例”。

除此之外,还有几个与民间规范有一定关联的概念语词,我们在此给以简要说明:(1)“tradition”,《美国传统法律词典》将其界定为“某民族一代代人一直遵守的一种思想或行为方式”(A mode of thought or behavior followed by a people continuously from generation to generation)。从该词的语义可见,“tradition”强调的是人们习惯性行为方式的民族文化特性,该语词虽然也可对译为习惯或惯例,但基于其历史的、民族的、文化的内涵,该词一般被对译为“传统”或“习俗”,如 Cultural Tradition(文化传统)。(2)“convention”,在民间规范的意义,该词一般具有三个方面的含义:其一,是指对某种惯常做法或态度的一致同意或接受认可(General agreement on or acceptance of certain practices or attitudes)。其二,是指一个团体中普遍遵循的惯常做法或程序,尤指有助于社会交往的惯常做法或程序(A practice or procedure widely observed in a group, especially to facilitate social interaction)。其三,该词还被用来指称那些在戏剧、文学或绘画中被广泛接受并使用的艺术手法或技巧(A widely used and accepted device or technique, as in drama, literature, or painting)。需要特别指出的是,“convention”一词在国际法中多被用来指称“(国际)惯例”,这和民间法研究中多用“usage”一词表达这一含义有所不同,而国际惯例不属于本书的研究范围。(3)“heritage”、“inheritance”、“legacy”,《美国传统法律词典》对上述三个语词和“tradition”一词所共享的中心意思概括为“由一代传给另一代的非物质性的东西,如习俗”(The central meaning shared by these nouns is “something immaterial, such as a custom, that is passed from one generation to another”)。(4)“rite”,《美国传统法律词典》对该词的解释是:仪式、祭典,举行宗教或其他严肃庆典的指定形式或习惯形式(The prescribed or customary form for conducting a religious or other solemn ceremony),如基督教的圣餐仪式就被称为“rite”。(5)“routine”,该词是指惯常遵循的已规定好的行为做法,其核心含义是标准化的程序(A prescribed, detailed course of action to be followed regularly; a standard procedure)。从以上对“tradition”等语词的解释来看,这些语词在含义上都与习惯或惯例密切相关,因其自身内涵的历史的、文化的、民族的、宗教的诸方面因素或者其所具有的外在程序性特征,这些语词所强调的重点都与上述因素密切相关,因此它们一般都不直接被对译为习惯或惯例。其中,“tradition”的对译词一般是“传统”或“风俗”;“convention”的对译词一般是“常规”或“习俗”;“heritage”、“inheritance”、“legacy”三词强调“精神文化遗产”这一内核,如习俗、知识、传统等;“rite”的对译词,是“仪式”、“仪礼”、“典礼”;而“routine”的对译词一般是“程序”、“常规”。

就本文的任务而言,我们需要详尽地分析和界定“custom”和“usage”这两个核心概念,并对之做出明确的区分,其中的重大学术与实践意义也将在我们的理论分析进程中逐步地显现出来。

### 三、习惯 (Custom) 与惯例 (Usage) 的混淆与意义区分

“习惯”(custom)和“惯例”(usage)是民间法研究中的最为核心的概念,民间法研究中的众多理论命题都取决于或受制于对这两个概念的界定和区分。由此可见,恰当地界定和区分习惯和惯例,就成为民间法概念研究中的首要和首先必须进行的重要工作。然而,不同学者基于不同的学术立场和不同的研究进路,对习惯和惯例的理解存在着巨大差异。因此,在界定和区分这两个概念之前,必须首先指出,我们是在规范法学的立场上用实证主义的眼光去审视和辨析这两个概念的。同时,与某些学者同时在广义与狭义两个层次上使用这两个概念的做法有所不同,我们是在最严格的狭义的意义使用这两个概念的。为此,我们分别使用两个不同的汉语术语“习惯”和“惯例”来对译“custom”和“usage”;同时,对汉语语境中往往与这两个概念相混淆的“habit”与“practice”二词,我们则分别用“惯习”与“惯行”这两个语词来对译它们。这样,在明确排除了“custom”、“usage”和“habit”、“practice”在汉语对译词使用上的混乱之后,我们就能够进一步对习惯和惯例做出更为明确的界定。

在对“习惯”(custom)和“惯例”(usage)进行具体的界定和区分之前,我们必须再次说明进行这一工作的必要性和价值。区分“习惯”(custom)和“惯例”(usage)的必要性是由这两个概念语词在理论与实践中的重大功用以及它们被普遍混用和误用的严峻现实决定的。只要看一看晚近以来中外法律学术界和实务界对这两个概念的使用情况,主要是英语语境中对这两个概念的使用情况——当然,如前已述,鉴于汉语语境对这两个概念的混用情况和进行区分的现实困难,在这里再列举国内学界相关现状已经没有任何意义——我们就不难理解这一工作的必要性。萨德勒在其《习惯与法律的关系》一书中,这样界定和使用 custom 一词:“在这篇论文中,custom 这个词通常用来指称得到国家认可之前的商业惯例(usages)和商法(law merchant),无论它们得到承认与否。……习惯可以是得到公开承认之前的具有普遍性的普通法,也可以是得到普遍承认之后的普通法。或者,在得到国家承认之前或之后,习惯可以是特定的习惯,或者它们可能已经成为商法的一部分。”<sup>[21]</sup>在萨德勒那里,习惯(custom)就成为了一个包含几乎所有类型和层次的社会规范在内的广义概念。事实上,他正是在这个意义上使用的:“在广义上,习惯是能够被某一社会群体的人们所能观察到的所有社会规范。”<sup>[22]</sup>然而,当萨德勒如此使用习惯这一概念时,存在于习惯与惯例之间的基本区别就被遮蔽不见了。事实上,在英语语境中,习惯与惯例这两个概念被混用的情况远比上述描述更加复杂和严峻。罗伯逊在其《印度对习惯的司法承认》一文中,对习惯与惯例这两个概念被混用的情况进行了细致分析。他认为,习惯与惯例这两个概念,在两种情况下被严重地混用和误用着。其一,这两个概念在司法实践中的混用。罗伯逊指出:“在习惯和惯例术语使用上的区分,毫无疑问是非常亟需的,但是即使对于那些杰出的法官

[21] Gilbert T. Sadler, *The Relation of Custom to Law*, London: Sweet & Maxwell, Limited, 1919, p. 2.

[22] Gilbert T. Sadler, *The Relation of Custom to Law*, London: Sweet & Maxwell, Limited, 1919, p. 2.

来说,也很难说他们总是在始终遵循着这种区分。”<sup>[23]</sup>比如,布莱克本法官曾经说道:“经由习惯‘加载到合同中去’的附属物,尽管并不久远,……假如它们默会地结合到合同中去。如果在措辞上……排除了这种默会结合,那么就不会有任何惯例能够向合同加载附属物。”<sup>[24]</sup>布莱克本法官在这里阐述的事实上是交易惯例对合同的解释功能,即是说,现实中的商业合同,往往是不完备的,商人们并不把他们经常使用的商业惯例写进合同的条款中去而是默认它。然而,一旦发生了商业上的纠纷,要完全阐明合同的内容或证实相关的商业行为,就必须借助于商业惯例在解释合同当中的功能。<sup>[25]</sup>在这里,布莱克本法官显然将习惯和惯例混用了,这里所谓的习惯,事实上是指商业惯例。其二,习惯与惯例概念在英文翻译中的混用。罗伯逊举了一个将摩奴法典由古印度文字翻译为英文的例子,其中有一句译文是这样的:“深知法律乃是建基于古老习惯的神圣先哲们,拥抱那些长久存在的善的惯例,并视之为虔诚之根。”<sup>[26]</sup>在这段经文中,译者同时不加区分地使用了习惯和惯例这两个概念。可见,惯例和习惯这两个不同概念在不少译者看来,是可以在互换的意义上使用的,这样的例子实在是不胜枚举。

当然,上述两种混用习惯和惯例概念的情形,只不过是第三种情形——学者们对这两个概念界定和区分上的混乱——的表现而已。因此,要准确地使用这两个概念,就必须从根本上界定和区分这两个概念。然而,尽管学者们为清晰地界定和区分这两个概念做出了不懈努力,但现实状况仍旧不容乐观。罗伊·古蒂在《跨国商法中的惯例及其承认》一文中概括了学术界对习惯和惯例这两个概念进行区分的几种模式:其一,在某些学者看来,习惯是某一地区的惯行(practice),而惯例是商业、职业或行业惯行,即习惯和惯例的区分在于,前者是地区性的,而后者是商业、职业或行业性的,它们仅仅在适用领域的特定性上相互区分。其二,有的学者认为,惯例仅仅是行为的模式,然而习惯是在具有拘束力的责任的意义上对惯例的运用。这实际上是说,惯例仅仅是行为的重复性,而习惯具有内在的规范性。其三,现代的进路则将这两个语词视为可以互换的术语。尽管古蒂本人认识到了习惯和惯例在界定和使用上的混乱情况及其原因——正如他所指出的:“商业惯例和商业习惯的中心含义是随着语言模糊的难题而被混淆的。惯例有时候被用于指称惯习或行为,有时指称一种上升到规范水平的行为模式。对习惯和惯例进行区分,是传统的做法……”<sup>[27]</sup>,然而不幸的是,古蒂本人仍然在一种十分混乱的意义上试图区分这两个概念,因为他说:“为方便起见,在本文中,惯例这一术语被用于指称某种固定的已然获得了规范的强制力的惯行,并因此被等同于习惯。既然惯例并不具有某种附加的形式,因此它需要参照商法或者习惯法规则。仅有行为的重复性将只能被视为惯例

[23] Lindsay J. Robertson, “The Judicial Recognition of Custom in India”, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Third Series, Vol. 4, No. 4(1922), p. 220.

[24] See Lindsay J. Robertson, “The Judicial Recognition of Custom in India”, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Third Series, Vol. 4, No. 4(1922), p. 220.

[25] John H. Gillette, *A Treatise on the Law of Indirect And Collateral Evidence*, Indianapolis And Kansas City: The Bowen - Merrill Company, 1897, pp. 172 ~ 173.

[26] See Lindsay J. Robertson, “The Judicial Recognition of Custom in India”. *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Third Series, Vol. 4, No. 4(1922), p. 220.

[27] Roy Goode, “Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, No. 1, Cambridge University Press (Jan., 1997), p. 7.



和惯行。”<sup>[28]</sup>古蒂上述界定的混乱如下所述:一方面,他认为惯例是一种获得了规范强制力的惯行并被等同于习惯,这样,他就将惯例和习惯混淆了;另一方面,他又认识到惯例并不具有某种附加的形式(在笔者看来,某种附加的形式就是具有规范性的规则形式),因此,惯例只有求助于商法或习惯法规则才具有实际效力,这就说明他所讲的惯例只能是行为的重复性,因而下位于习惯。从上述分析可见,习惯与惯例这两个概念无论在司法实践中,还是在文本翻译中,还是在学者们的学术界定和使用中,都是极其混乱的。即使那些认识到这一问题并试图克服这种概念界定上的混乱的学者,自身也很难避免再次陷入到这种混乱之中。由此可见,界定和区分这两个概念,无论在司法实践中还是在学术活动中,都是极具必要性的。

正是基于理论与实践中对习惯(custom)与惯例(usage)在使用上的这种惊人的混乱以及学术发展自身所提出的对界定和区分这两个概念语词的迫切需要,笔者沿着下述思路展开对这两个概念的认识和区分:在简要分析两个概念含义的基础上,指出这两个概念的本质性区分点——是否具有“规范性”的内核;在此基础上深入细致地分析“规范性”何以是存在于习惯(custom)与惯例(usage)之间的本质性区分以及这一“休谟难题”的求解进路,从而有助于加深对这两个概念语词的理解;然后转向这两个概念所指称的事物的构成条件与现实功能方面的区分性分析。总体上看,这是一个深入浅出的思维进路,在分析概念与本质的基础上转入具有实践向度的分析,从而与我们从事这一分析的现实语境——民间规范的司法适用问题——明通暗合、迂回衔接。

首先,习惯与惯例的概念内涵明显不同。早在100多年前,约翰·吉尔莱特法官在其《间接与附属证据法专论》一书中就对习惯(custom)和惯例(usage)的概念进行了较为严格的界定和区分:“惯例是事实;习惯是法。可能存在没有成为习惯的惯例,但没有惯例伴随或先于习惯,就没有习惯。惯例存在于行为的重复之中,习惯脱胎于这种重复性。”<sup>[29]</sup>对于吉尔莱特的这一界定,我们必须予以深入分析,保留其合理的内核并剔除其中的谬误。很明显,吉尔莱特是站在法社会学的立场上做出这一界定的。当吉尔莱特说惯例是事实的时候,他实证地指出了惯例事实上就是行为的重复性,行为的重复性或重复性的行为并不能自动使行为是事实这一特性发生任何质的改变。但习惯则不同,习惯是社会中具有规范效力的规则,它具有规范性的特征,因此吉尔莱特才会说,习惯是“法”。当然这里所谓的“法”是社会学意义上的,而不可能是分析法学所称的实在法。<sup>[30]</sup>在这里,吉尔莱特引用了“毛宁斯塔诉康宁汉姆”这一判例中的相关阐述来补强自己

[28] Roy Goode, “Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, No. 1, Cambridge University Press (Jan., 1997), p. 7.

[29] John H. Gillette, *A Treatise on the Law of Indirect And Collateral Evidence*, Indianapolis And Kansas City: The Bowen - Merrill Company, 1897, p. 171.

[30] 庞德在其《法理学》一书中提出了类似的看法:“当商法最初建立于商业习惯的基础上时,普通法系的法院逐渐持有这样的观点:关于什么是商业习惯,这是一个法律问题而不是事实问题。”这一表述至少阐明了以下两个重要问题:其一,商业习惯不同于商业惯例,二者之间的区别其实就是习惯与惯例的区别。因此,在商业习惯的性质判断上,必须明确这是一个“法律”问题,即商业习惯是具有内在规范性的规则,而不像商业惯例那样仅仅是社会事实。其二,在商业交易领域,不仅存在商业交易惯例,还大量存在发展为更高级形态的“商业习惯”,后者已经取得了规则的形式并具有了内在规范性,只有这些商业习惯而非商业惯例能够在司法过程中得到法官的适用并进而发展为商业习惯法。所以庞德进一步指出:“其结果,不是商人作为商业习惯的专家将法律提供给法院,而是法院为商人立法。”然而遗憾的是,当汉译本再次将“custom”误译为“惯例”时,我们在此及本条注释中所着力阐明的存在于习惯与惯例之间的区分以及只有具有内在规范性的规则化的习惯才有资格经由法院的判决而上升为“习惯法”等一系列理论判断,就都被这样的误译所遮蔽不见了。参见 Pound, *Jurisprudence* (Volume III), West Publishing Co., 1959, p. 398。汉译本参见[美]罗斯科·庞德:《法理学》(第三卷),廖德宇译,法律出版社2007年版,第300页。