



当代中国 法律对习惯的认 研究

高其才等/著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

2011年度国家社会科学基金一般项目：当代中国立法与习惯法研究；
(批准号11BFX002) 最终研究成果



当代中国 法律对习惯的认可研究

高其才 罗昶
李可 陈新宇
戴剑波 陈卯轩
张哲 张宏扬
陈春燕 郑建南
张剑源
叶慰
赵冬
詹翔宇

著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

当代中国法律对习惯的认可研究 / 高其才主编. —
北京: 法律出版社, 2013. 9
ISBN 978 - 7 - 5118 - 5375 - 2

I. ①当… 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(2013)第 217629 号

当代中国法律对习惯的认可研究

高其才 等著

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 2013 年 10 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 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 21.25 字数 279 千

印次 2013 年 10 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 978-7-5118-5375-2

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

导 论 / 001

上篇 理 论 篇

第一章 作为当代中国正式法律渊源的习惯法 / 021

一、作为正式法律渊源的习惯法 / 022

二、作为当代中国正式法律渊源的习惯法 / 024

三、重视习惯法的现代功能和价值 / 026

第二章 当代中国习惯法的价值 / 030

一、当代中国习惯法的作用 / 030

二、当代中国习惯法的地位 / 032

三、当代中国社会治理中的权力合作与习惯法的 价值提升 / 035

第三章 习惯如何进入国法

——对当代中国习惯处置理念之思考 / 039

一、习惯之官方处置 / 040

二、习惯官方处置之理念 / 048

三、习惯进入国法理念障碍之消除 / 057

四、习惯进入国法的条件和限度 / 067

五、问题之外的问题 / 070

第四章 习惯中国的法律宿命 / 072

中篇 规范篇

第五章 当代中国宪法对习惯的认可 / 077

一、当代中国宪法认可习惯 / 078

二、当代中国宪法保障习惯 / 080

三、当代中国的宪法惯例 / 083

四、结语 / 086

第六章 当代中国法律对习惯的认可

—— 基于“为生活立法”的思考 / 088

一、引言 / 088

二、法律认可的习惯概况 / 091

三、法律认可习惯的主要内容和调整领域 / 093

四、对法律认可习惯的评述 / 099

五、结语 / 105

第七章 当代中国行政法规对习惯的认可 / 107

一、行政法规认可的习惯概况 / 108

二、行政法规认可的习惯特征 / 114

第八章 当代中国地方性法规对习惯的认可 / 120

一、地方性法规认可的习惯概况 / 122

二、地方性法规认可的习惯内容 / 128

三、对地方性法规认可习惯的思考 / 134

第九章 当代中国民族自治地方法规对习惯的认可 / 138

一、民族自治地方法规认可习惯概况 / 139

二、民族自治地方法规认可习惯的内容 / 143

三、总结和思考 / 151

第十章 当代中国部门规章对习惯的认可 / 155

一、部门规章认可习惯的分布 / 156

二、部门规章认可的习惯内容、特点与成因 / 159

三、部门规章如何吸纳习惯 / 167

四、结语 / 169

第十一章 国际条约中的习惯

——以当代中国缔结和参加的国际条约为考察对象 / 170

一、国际交往中的习惯——从一起历史事件说起 / 171

二、当代中国缔结和参加的国际条约中的习惯 / 173

三、从国际条约中的习惯看国际交往的准则 / 180

下篇 个案篇

第十二章 《合同法》认可的交易习惯 / 185

一、问题的提出 / 185

二、交易习惯及其法律地位 / 186

三、《合同法》对交易习惯的认可 / 193

四、《合同法》中交易习惯的效力 / 196

五、《合同法》中交易习惯的适用 / 199

六、结语 / 203

第十三章 吸收、忽略、尊重：行政法规与习惯实例分析 / 204

一、引言 / 204

二、行政法规吸收习惯 / 206

三、行政法规忽略习惯 / 207

四、行政法规尊重习惯 / 209

五、结语 / 211

第十四章 尊重与吸纳:民族自治地方立法中的固有习惯

——以《大瑶山团结公约》订立为考察对象 / 213

一、引言 / 213

二、尊重:《大瑶山团结公约》的精神与瑶族固有习惯 / 215

三、采纳:《大瑶山团结公约》的议订与瑶族固有习惯 / 217

四、确认:《大瑶山团结公约》的内容与瑶族固有习惯 / 223

五、简短的结语 / 227

第十五章 民族自治地方立法与习惯的协调

——以四川省阿坝藏族羌族自治州、甘孜藏族自治州为
对象 / 229

一、引言 / 229

二、民族自治地方婚姻立法与习惯的协调 / 232

三、民族自治地方继承立法与习惯的协调 / 236

四、民族自治地方人口与计划生育立法与习惯的协调 / 239

五、民族自治地方义务教育立法与习惯的协调 / 242

六、结语 / 246

附 录

当代中国法律对习惯的认可研究综述 / 251

一、当代中国对习惯的认可相关理论问题 / 252

二、各部门法研究中有关习惯的讨论 / 265

三、地方立法研究中有关习惯的讨论 / 279

四、当代中国台湾、香港、澳门法律中的习惯 / 285

五、当代中国法律对习惯认可研究的特点和问题 / 289

台湾地区民事立法中的习惯 / 294

一、台湾地区民事立法中有关习惯规定的概况 / 295

二、台湾地区“民法”中的习惯 / 296

三、讨论 / 300

香港法律中的习惯 / 302

一、《香港特别行政区基本法》认可的习惯 / 303

二、香港法律中的习惯 / 305

三、总结与思考 / 313

习惯在澳门私法上的发展及功能 / 314

一、《华人风俗习惯法典》的废止 / 315

二、习惯功能在《澳门民法典》的体现 / 318

三、习惯在立法上的功能 / 327

后 记 / 330

导 论

在依法治国、建设社会主义法治国家的当代中国,制定法日益成为主要的法律渊源,中国正鲜明地进入制定法的时代。到2014年3月,我国已制定现行有效宪法和法律243件、行政法规700多件、地方性法规8700多件,并全面完成了对现行法律和行政法规、地方性法规的集中清理工作。目前,涵盖社会关系各个方面的法律部门已经齐全,各法律部门中基本的、主要的法律已经制定,相应的行政法规和地方性法规比较完备,法律体系内部总体做到科学和谐统一。一个立足中国国情和实际、适应改革开放和社会主义现代化建设需要的,以宪法为统帅,以宪法相关法、民法商法等多个法律部门的法律为主干,由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经形成。

中国特色社会主义法律体系中各法律部门的法律主要由法典、法规等成文的制定法组成。制定法通常为现代国家最主要的法律渊源,是国家特定机关依照一定职权和程序创制的成文法。制定法较为系统、抽象、严谨,对社会关系进行全面的调整,充分体现了人类的认识水平和智慧。制定法结构严谨、

逻辑严密、表述准确;制定法简洁明确,适用方便;系统具体,客观准确;制定法具有可预测性,有利于普通民众知法用法。制定法是理性主义的产物,为民众意愿的集中表达,体现了人民主权原则,具有较高的权威性。制定法以法典为主要表现形式。同时,制定法具有封闭、僵硬的局限性;制定法要保持一定的稳定性,不能朝令夕改,但社会生活却时刻处于变迁状态,因而制定法表现出滞后性。制定法的抽象性决定了其难以达到同种情况同种对待的效果和难以保证司法公正。制定法的局限性在一定程度上来源于人类认识的局限性,因而习惯法、判例法等法律渊源的存在便有了特殊的意义。

在当代中国建设现代法治过程中,探讨国家法律对习惯的认可问题,讨论当代中国的习惯法,建设开放性和包容性的法律渊源结构就极为必要。

导论就本书的研究意义、研究思路、研究方法、研究对象、主要内容、基本观点等进行讨论,较为概要的介绍本书的基本内容。

一、研究意义

习惯法为最古老的法律渊源。习惯法可从国家法意义上与非国家法意义上两方面进行认识。我国学界一般认为,国家法意义上的习惯法是国家特定机关将社会上已经存在的规范上升为法律规范,赋予其法律效力,从而使其得到国家强制力的保障;习惯法来自于习惯,但与其有本质的不同,习惯法属于国家法的范畴,习惯则为一般的社会规范。^{〔1〕}

国家法律对习惯的认可、国家法律中的习惯法问题一直是我国习惯法研究中较少关注的问题。近年来,随着学界对习惯法研究的逐渐

〔1〕 非国家法意义上的习惯法则与此不同。如高其才认为习惯法是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。参见高其才:《中国习惯法论》(修订版),中国法制出版社2008年版,第3~4页。

深入,产生了一些涉及当代中国法律对习惯认可问题的研究成果,如高其才的《中国习惯法论》(湖南出版社 1995 年)、李可的《习惯法:一个正在发生的制度性事实》(中南大学出版社 2005 年)、杜宇的《重拾一种被放逐的知识传统:刑法视域中“习惯法”的初步考察》(北京大学出版社 2005 年)、李德英的《国家法令与民间习惯》(中国社会科学出版社 2006 年)、张洪涛的《使法治运转起来:大历史视野中习惯的制度命运研究》(法律出版社 2010 年)、厉尽国的《法治视野中的习惯法:理论与实践》(中国政法大学出版社 2010 年)、苏力的《中国当代法律中的习惯——一个制定法的透视》(《法学评论》2001 年第 3 期)、李可的《论习惯法的法源地位》[《山东大学学报》(哲学社会科学版)2005 年第 6 期]、朱新力的《论行政法的不成文法源》(《行政法学研究》2002 年第 1 期)等。但是这些研究多为间接研究,直接讨论国家法律对习惯的认可较少;总体上缺乏有分量的个案研究,实证研究较为薄弱;大多数研究成果未能从法治变迁的角度探讨国家法律对习惯的认可的问题。同时,现有研究极少将当代中国国家法律对习惯认可问题作为一个独立的问题加以探讨,散见于各种研究中的当代中国国家法律与习惯关系的论述并不能使我们准确认识习惯法在当代国家法律中的地位 and 意义。我国学界全面系统地研究当代中国国家法律对习惯的认可尚属空白。

中国语境下的现代立法和法治建设立足于中国社会、文化和固有法传统。探讨当代中国国家立法与习惯法,是弘扬中国优秀法文化、传承中华文化、延续中华文明的要求。讨论国家法律对习惯的认可、总结法治建设进程中习惯法在国家法律中的意义和功能,是当代中国国家法治建设的重要内容;对于完善中央立法和地方立法体制、协调中央和地方关系、维护基层的社会安定、正确处理民族关系加强民族团结、统筹城乡发展、建设和谐社会,具有重要的意义。

法律的生命力来自于符合社会需要,法律的权威性来自于深厚的实践基础,法律的科学性来自于尊重客观规律。我国的国家立法需要坚持从中国国情和实际出发,应当从各地方实际情况出发、尊重历史

上形成的传统,需要考虑不同民族、地区的具体特点,进一步吸纳和认可固有习惯法,这是加强我国民主法制建设、做好国家立法工作的客观需要,是科学立法、民主立法的内在要求。研究当代中国国家法律对习惯的认可有助于我国立法工作的完善与发展,保障各民族人民法律权利的享有,在尊重百姓具体生活的基础上深入推进国家和地区立法工作;同时,也有利于正确处理国家制定法与习惯法的关系,有效调适和融合国家制定法和习惯法。

中国法学的发展需要具有中国意识,利用中国资源解决中国问题。探讨当代中国国家法律对习惯的认可,对于进一步推进中国法治研究、拓宽法学研究领域、丰富法学理论、提升本土法学水准,有一定的理论意义。将国家法律对习惯的认可作为一个独立的问题加以研究,于繁荣我国立法学研究、提升习惯法研究水准、促进民族法学发展亦颇为必要。

二、研究思路

我们认为习惯在当代国家立法中仍然具有极其重要的意义,在中国立法和法治建设中应当重视当代习惯法的积极功能,在国家法律发展中广泛吸纳习惯法的内容,推动习惯法的正式化和广泛肯定,实现习惯法与制定法的融合、互补,保障国家法律的权威,使当代中国法治建设具有坚实的基础。

立足于中国社会语境,我们将习惯法放在国家立法和现代法治的宏观背景下进行认识,注重从社会变迁、法治建设角度分析习惯法在国家立法中的地位和功能,把握习惯法被国家法律所“认可”、“吸纳”、“禁止”、“限制”、“忽视”及“变通”的具体情况,分析习惯法在立法中的现实表现和具体影响,总结习惯法在国家立法中的现代价值,揭示习惯法与现代国家立法和法治建设之间良性互动的可能,探讨在立法中继承和弘扬优秀的习惯法文化的途径,发挥习惯法对国家立

法、现代法治建设和中国法治发展的积极意义,对中国法治之路进行理论抽象和模式建构。

我们需要在当代中国法律对习惯的认可研究基础上进行理论创新,对西方主导话语下的立法和法治在中国社会的处境进行反思,跳出“西方发展一元模式”理论定式,探索具有中国历史渊源、固有文化特点和适应现代基层社会治理的立法理论和实践,寻求固有法资源在当代立法中的价值,从习惯法角度思考中国法律发展独特之路的可能性,建设立法、法制的中国模式。

需要注意的是,由于国家法治建设的推进和固有习惯法文化的变迁,当代习惯法的内容呈现出多样化的特征,习惯对国家立法的现实影响不尽一致,整体把握比较困难;有关当代习惯法的调查较少,既有研究比较薄弱,可供参考的资料较为有限;符合中国实际情况的立法理论和实践还在不断摸索的过程中,对国家法律对习惯的认可问题进行研究需要有科学的立法理论的支撑;我国法治建设的时间不长,对中国现代法治的理解和认识有待深入,这些因素使当代中国法律对习惯认可研究存在一定的困难,我们需要清醒认识和努力克服。

在研究框架方面,当代中国法律对习惯的认可研究从理论、规范、个案三方面展开。

关于当代中国法律对习惯认可的理论方面,我们重点讨论作为当代中国正式法源的习惯法;研究当代中国国家立法中习惯法的地位、当代中国国家立法中习惯法的价值、当代中国国家立法中习惯法的功能;探讨习惯进入国法的意义、途径及其障碍;思考当代中国国家立法中习惯法的发展、变化。

关于当代中国法律对习惯认可的规范方面,我们分析当代中国宪法对习惯的人口、当代中国法律对习惯的认可;探讨当代中国行政法规对习惯的认可、当代中国地方性法规对习惯的认可;总结当代中国民族区域自治法规对习惯的认可、当代中国部门规章对习惯的认可;讨论中国缔结和参加的国际条约中的习惯,以全面地揭示我国法律、法规认可习惯的整体状况。

关于当代中国法律对习惯认可的个案分析方面,我们讨论《合同法》认可的交易习惯;对行政法规与习惯的吸收、忽略、尊重三方面关系进行实例分析;以《大瑶山团结公约》为考察对象分析民族自治地方立法中的固有习惯;以四川省阿坝藏族羌族自治州、甘孜藏族自治州为对象思考民族自治地方立法与习惯的协调。

同时,我们在附录部分分别探讨了香港法律中的习惯、台湾地区“民法”中的习惯、习惯在澳门私法上的发展及功能,对大陆之外的中国地区法律中的习惯作一概括讨论。

此外,我们对当代中国法律对习惯的认可研究进行了学术综述,为进一步研究提供基础。

三、研究方法

当代中国法律对习惯的认可研究以辩证唯物主义和历史唯物主义为指导,坚持实事求是、从实际出发原则;本书采用规范分析、实证分析、比较分析、历史分析相结合的方法。一方面强调文献研究,针对正式法律文件进行深度剖析,探寻其中的习惯法规则和因素;另一方面采用社会调查方法,观察实际立法过程中的习惯状况、习惯法地位。

本书一方面强调法律文献分析,针对国家正式法律文件进行规范分析和深度剖析,探寻其中的习惯法规则和习惯法因素;另一方面采用参与式观察、调查方法,运用多种方式进行田野实证研究,实际观察和感受我国不同地区的法治建设中的习惯法状况,尤其是在立法过程中对待习惯法的相关态度及其社会背景。

同时,本书研究注重宏观与微观、面与点的结合,既有整体性、全局性的探讨,也有具体性、个案性的分析,对中央立法、地方法律对习惯的认可情况进行了完整的讨论,力图从多重角度较为全面地认识当代中国习惯法问题。

四、研究对象

习惯法为当代中国正式的法律渊源,当代中国宪法、法律、行政法规、地方性法规、民族区域自治法规、政府部门规章、中国缔结和参加的国际条约中都对习惯进行了认可,赋予习惯以法律地位,确认了习惯法在我国正式法律渊源中次要、补充的法律渊源地位。

《宪法》第一章总纲第4条第4款明确规定:“各民族都有使用和发展自己的语言文字的自由,都有保持或者改革自己的风俗习惯的自由。”无论是汉族还是少数民族,都可以保持或者改革自己的风俗习惯,这表明当代中国宪法承认风俗习惯,在宪法上明确认可了习惯,确认了习惯的正式法律渊源地位。

我们于2011年7月2日利用“中国法律检索系统”进行检索的结果,在法律中共有24部生效的43个条文涉及习惯。其中,有10部法律(15个条文)使用的是“风俗习惯”这一表述;有2部法律(2个条文)使用了“生活习惯”这一表述;有2部法律(2个条文)使用了“习惯法”这一表述;有3部法律(13个条文)使用了“习惯”或“交易习惯”的表述;有1部法律(1个条文)使用了“商业惯例”的表述;有1部法律(1个条文)使用了“航运惯例”的表述;有6部法律(9个条文)使用了“国际惯例”这一表述;有1部法律(1个条文)使用了“习俗”这一表述。这43条有关习惯的规定主要集中在民商法、行政法和宪法法律部门当中。从统计结果来看,含有习惯规定最多的法律部门为民商法部门,这些条文分别见于《民法通则》、《合同法》、《物权法》、《海商法》、《票据法》和《消费者权益保护法》6部法律当中,共20个条文。次多的法律部门则是行政法法律部门,有12条涉及习惯的法律条文,分布在《非物质文化遗产法》、《驻外外交人员法》、《人民武装警察法》、《归侨侨眷法》、《人民航空法》、《人民警察法》、《戒严法》、《监狱法》8部法律当中。在宪法法律部门中则有9个条文涉及习惯的规

定,分布于《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》、《全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法》、《民族区域自治法》、《国旗法》以及香港和澳门两个特别行政区的《基本法》和全国人大及其常委会对其进行的解释和决定等9部法律当中。此外,在社会法法律部门中的《老年人权益保障法》以及刑法法律部门中的《刑法》当中都分别存在1条关于习惯的有效条文。这些习惯法主要涉及民商事法律关系调整、风俗习惯保护、国际惯例的适用等。

截至2011年6月底为止,我国现行有效的行政法规就有692件。我们在北大法宝——中国法律检索系统中国法律法规规章司法解释全库和国务院法制办公室法律法规全文检索系统的行政法规库进行检索,作为正式法律渊源的的习惯法在行政法规中出现有35件,其中14件出现了“习惯”,出现了14次;18件出现了“风俗习惯”或者“风俗、习惯”,出现了21次;5件出现了“习俗”,出现了5次;2件出现了“风俗”,出现了2次。其中,“风俗习惯”出现的频率最高(21次),占到了总数的一半,再依次是“习惯”(14次)、“习俗”(5次)和“风俗”(2次)。从习惯的属性来看,行政法规认可的绝大部分习惯都是与民族特别是少数民族有关的习惯,只有很少一部分习惯是没有民族限定条件的一般意义上的习惯。全部行政法规中有16处使用的习惯是指少数民族的习惯,另有15处使用的习惯是与民族(没有限定为少数民族)有关的习惯,10处使用的习惯是一般意义上的习惯,1处使用的习惯是与宗教有关的习惯。

2011年8月18日22时止的“北大法宝”中国法规规章全库中所收录的“现行有效”的地方性法规全文文件。当前在为数6944件的地方性法规中包含有四个“具有可能习惯法指向”的关键词——“习惯”、“风俗习惯”、“习俗”、“惯例”的地方性法规为256件,包含有习惯规范的地方性法规在地方性法规中的存在比例仅为3.69%。从具体类型看,省级地方性法规包含有习惯的地方性法规的比例高于较大市地方性法规,在上述总数4476件的省级地方性法规中,包含有习惯的地方性法规是180件,在省级地方性法规中包含有习惯的省级地方

性法规的比例为 4.02%；而在总数 2468 件的较大市地方性法规中包含有习惯的规范是 76 件，比例为 3.08%。我国地方性法规中所包含的习惯规范比较丰富，包括宪政相关法习惯、民事习惯、婚姻家庭习惯、商事习惯、自然资源与环境保护习惯、社会生活习惯等。

我们于 2012 年 4 月 20 日进入“北大法宝”的“法律法规”库，在“地方性法规”中的“自治条例和单行条例”部分以“习惯”、“习俗”、“惯例”为主题词进行搜索，结果共有 1263 件自治条例和单行条例，其中现行有效的有 937 件，失效的有 94 件，已被修订的有 232 件。其中，自治条例和单行条例法规全文中包含“习惯”的有 354 件，其中现行有效的有 224 件，失效的有 14 件，已被修订的有 116 件；包含“习俗”的 35 件，其中现行有效的有 29 件，失效的 1 件，已被修订的 5 件；包含“惯例”的有 3 件，其中有效的有 2 件，失效的 1 件。总共包含“习惯”、“习俗”、“惯例”的我国现行有效的自治条例和单行条例为 255 件。在这些包含“习惯”、“习俗”、“惯例”的自治条例和单行条例中，绝大部分为自治条例，包含“习惯”、“习俗”、“惯例”的单行条例主要涉及民族团结进步、宗教事务、教育、民族教育、义务教育、法制宣传教育、非物质文化遗产、非物质文化遗产保护、民族文化村寨保护、民间传统文化保护、婚姻、继承、老年人权益保障、未成年人保护、暂住人口管理、对外劳务合作管理、城镇市容和环境卫生管理、县城市容和环境卫生管理、城镇管理、村庄规划建设管理、矿产资源管理、清真食品管理、发展牛羊业、保护和發展朝鲜族用品生产、殡葬管理、制定单行条例程序等方面事务。

根据 2012 年 1 月 3 日对北大法律信息网的访问，部门规章共计 5988 个，其中至少含“习惯”关键词一次的文件数为 117 件，至少含“风俗”关键词一次的文件数为 19 件，至少含“习俗”关键词一次的文件数为 16 件，至少含“惯例”关键词一次的文件数为 91 件。

使用“北大法宝——中国法律检索系统”，我们于 2011 年 3 月 30 日在“法律法规”数据库中选取“中外条约”（中华人民共和国条约库）进行检索，发现中国缔结和参加的国际条约中含有“风俗”、“习惯”及